

PROTECCIÓN SOCIAL DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE Y POLIGAMIA ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD?¹

María Teresa Díaz Aznarte

Universidad de Granada

En la actualidad, nos encontramos inmersos en un proceso de reforma permanente de los instrumentos de protección social, siendo la pensión de viudedad una de las prestaciones del sistema que más afectada se ha visto por los cambios legislativos.

Desde el Pacto de Toledo se ha venido poniendo de manifiesto la necesidad de adecuar esta prestación a la realidad social del momento. Y así, en los últimos años hemos asistido varias modificaciones de calado de la normativa ordenadora de la pensión de viudedad, que han pasado prácticamente desapercibidas por la ciudadanía. De este modo se ha intentado atender a la especial situación de necesidad de los posibles beneficiarios (adecuando la cuantía de la prestación al nivel de renta de la unidad familiar), se ha reconocido el derecho a percibir esta prestación a los supervivientes de relaciones homosexuales (tras la reforma del Código civil y la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo), se han incluido entre los posibles beneficiarios a los supervivientes de relaciones de hecho (cumpliendo, eso sí, una serie de requisitos) o se ha condicionado el derecho a esta pensión en los supuestos de separación legal o divorcio.

Sin embargo, el legislador no ha querido pronunciarse sobre un tema candente, que de forma creciente se está planteando en España: ¿nuestro sistema de protección social va a reconocer efectos jurídicos a la poligamia?

La presente comunicación tiene por objeto ahondar en esta cuestión, analizando la normativa interna, los convenios internacionales suscritos por nuestro país y la escasa y contradictoria jurisprudencia existente sobre esta materia. Como anticipo, cabe reseñar que resulta, cuanto menos llamativo, que mantengamos la tipificación de la bigamia como delito (art. 217 Cp) y de manera paralela, estemos reconociendo el derecho a percibir la pensión de viudedad a varias supervivientes del causante de la prestación, con las que ha mantenido vínculos matrimoniales simultáneos. Se impone una llamada a la reflexión y al diseño de políticas legislativas coherentes que den respuesta a estos interrogantes.

1. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Las prestaciones por muerte y supervivencia se encuentran reguladas por los arts. 171 a 179 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Bajo esa rúbrica el legislador hace referencia a tres prestaciones diferenciadas que tienen su origen en el fallecimiento del sujeto causante: nos referimos a la pensión de viudedad, la pensión de orfandad y la pensión o el subsidio en favor de familiares.

Cualquier estudio que se acometa sobre la pensión de viudedad, no puede sustraerse a la polémica que rodea a esta prestación, cuyo origen se sitúa en un contexto social en el que la mujer no se encontraba masivamente incorporada al mercado laboral y por tanto, en el momento del fallecimiento de su cónyuge, necesitaba la intervención del sistema de protección social para su subsistencia. Con el tiempo, la pensión fue adquiriendo unos contornos diferentes, de tal manera que al margen de la situación de necesidad de los posibles beneficiarios (tanto de sexo femenino como masculino, tras la entrada en vigor de la Constitución española), si se cumplen una serie de requisitos fijados por el legislador, la pensión se devenga. Concretamente, para causar derecho a percibir la prestaciones por muerte y supervivencia nuestro Ordenamiento jurídico exige la concurrencia de dos circunstancias: en primer lugar, el sujeto causante, en el momento del fallecimiento, ha de encontrarse en alta en el sistema de Seguridad Social o situación asimilada; por otro lado, debe haber cubierto un período mínimo de cotización, aunque sólo en el caso de que su fallecimiento derive de enfermedad común, ya que cuando la muerte del trabajador deriva de contingencias profesionales o accidente común, no se exigirá período de carencia.

Nos encontramos frente a una prestación contributiva del sistema de Seguridad Social español, sobre la que cada vez planean más dudas, de manera que el propio legislador considera que a pesar de las diferentes

¹ Este estudio se inscribe en el marco del Proyecto DER2010-21398 (Subprograma JURI). La pensión de viudedad: Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares (Convocatoria 2010.Plan Nacional I+D+i 2008-2011). Ministerio de Ciencia e Innovación.

reformas que ha venido experimentando, es imprescindible reflexionar sobre su configuración jurídica. Tanto es así que la Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007 de Medidas de la Seguridad Social, ya nos avisa de que "El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad". Hasta que eso suceda, el soporte normativo de las prestaciones por muerte y supervivencia se localiza en los arts. 171 a 179 del TRLGSS, desarrollados por la Orden Ministerial de 2 de febrero de 1967, aún vigente, en la cual se establecen normas para la aplicación y desarrollo de estas prestaciones, aunque la interpretación de este texto normativo preconstitucional, ha sido objeto de diversas matizaciones a través de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

No cabe duda de que nos encontramos frente a una materia necesitada de una intervención legislativa integral, mediante la cual se dote de racionalidad y se actualice realmente el modelo de protección por muerte y supervivencia vigente en nuestro país. Hasta este momento, el legislador se ha limitado a acometer reformas parciales, entre las cuales podemos destacar las impulsadas mediante el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, el RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad y, especialmente, las introducidas mediante la recién aprobada Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

La nueva redacción de los preceptos de la Ley General de Seguridad Social que abordan la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, es fruto del consenso alcanzado a finales de 2006 en virtud del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, firmado el 13 de julio de ese mismo año por el Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO. No obstante, hemos de subrayar que la reforma alumbrada se limita a desarrollar una parte del mencionado Acuerdo, sin llegar a agotar todos sus contenidos².

Sin lugar a dudas, la pensión de viudedad fue la prestación más afectada por reforma de 2007 (ciertamente era la más necesitada de actualización). Las principales novedades que incorporó se podrían sistematizar del siguiente modo:

- Equiparación de los matrimonios y las parejas de hecho en relación con la pensión de viudedad, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de determinados requisitos. Se reconoce por tanto la prestación de viudedad a las parejas de hecho con convivencia estable y notoria (al menos cinco años), dependencia económica y/o hijos comunes con derecho a percibir pensión de orfandad. El legislador por tanto continúa manteniendo una notable diferencia de trato respecto al acceso a la pensión de viudedad de los beneficiarios según se trate de personas con un vínculo matrimonial (pasado o presente) con el sujeto causante o de parejas de hecho, dando por sentado, ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley, que "habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad".
- El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas se condiciona a la extinción por el fallecimiento del sujeto causante de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 Cc. Por tanto, en caso de divorcio o separación, sólo se reconoce la pensión de viudedad a la pareja o cónyuge superviviente si tiene reconocida previamente pensión compensatoria (este requisito ha sido recientemente matizado en el sentido que apuntaremos más adelante).
- Si mediado el divorcio, existiera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, se garantiza el 40 por 100 de la base reguladora de la prestación de viudedad a favor del cónyuge sobreviviente o de quien sin ser cónyuge conviviera con el causante de la pensión, siempre que en este último caso el beneficiario cumpla los requisitos anteriormente mencionados.
- En relación a la cuantía de las pensiones de viudedad y orfandad, se prevé la posibilidad de que la suma de ambas pueda rebasar el importe de la base reguladora del sujeto causante en los casos en los que el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70 %.
- Se reconoce una pensión temporal de viudedad durante dos años para los supuestos en los que el fallecimiento del sujeto causante se deba a enfermedad común y, o bien no se pueda acreditar una duración mínima del matrimonio (concretada en un año) o bien no existan hijos en común.

Finalmente, en el contexto de este inacabado proceso de reforma, debemos citar la última de las modificaciones legislativas operadas en relación a esta prestación. La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado³, en su Disposición Transitoria Decimoctava (en vigor desde el 1 de enero de 2010), corrige parcialmente lo establecido en la Ley 40/2007, ya que permite que las personas separadas judicial-

² El Pleno del Consejo Económico y Social (CES) aprobó el 24 de enero de 2007 por 37 votos a favor y 7 abstenciones el Dictamen favorable al Anteproyecto de reforma de la Seguridad Social, remitido por el Gobierno. En cuanto a las pensiones de viudedad y supervivencia, el CES consideró un "avance especialmente reseñable" el reconocimiento de la pensión de viudedad a "nuevas realidades sociales", como es el caso de las parejas de hecho.

³ BOE de 24 de diciembre de 2009.

mente o divorciadas antes del 1 de enero de 2008 puedan percibir la pensión de viudedad, aunque no estuvieran percibiendo pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que entre la fecha de divorcio o separación judicial y la de fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de 10 años.
- Que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años.
- Que el solicitante tenga una edad superior a 50 años en la fecha de fallecimiento del causante o que haya hijos comunes del matrimonio.

Para aquellos supuestos en que el fallecimiento haya tenido lugar entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y por tanto, antes de la entrada en vigor de esta nueva Disposición Transitoria, se continuará aplicando la previsión del art. 174.2 LGSS; es decir, no tendrán derecho a la pensión de viudedad, quienes no fuesen acreedores de la pensión compensatoria.

¿Significa todo lo expuesto que el anunciado proceso de reforma de la pensión de viudedad ha finalizado? Todo lo contrario. Desde el Pacto de Toledo se invita a la reflexión sobre la compatibilidad de la pensión de viudedad con cualquier actividad laboral y pensión, incluida la de jubilación o SOVI. Los portavoces de PSOE, PP y CIU en la Comisión del Pacto de Toledo recientemente han redactado un documento⁴ en el que especifican las materias que el Ministerio de Trabajo e Inmigración debe plantearse para una "reforma integral" de la pensión de viudedad que incide en el incremento de la base reguladora empleado para el cálculo de estas prestaciones, el estudio de límites de edad para su percepción y la revisión de la compatibilidad con otras pensiones. En dicho documento se aboga por valorar la posibilidad de conceder diferentes pensiones "temporales" de viudedad hasta determinados tramos de edad, teniendo en cuenta como "elemento clave" la existencia o no de hijos.

En definitiva, la normativa reguladora de la pensión de viudedad en nuestro país, define a los posibles beneficiarios de la misma rechazando el mantenimiento de vínculos matrimoniales o de análoga naturaleza simultáneos (sí admite los sucesivos) y estableciendo criterios muy concretos de reparto de la prestación entre ellos.

¿Cómo aplicar entonces el régimen jurídico vigente en materia de protección por muerte y supervivencia a beneficiarias que mantengan vínculos matrimoniales polígamos con el sujeto causante?

2. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL MATRIMONIO MONÓGAMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Al igual que sucede en los diferentes Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la legislación española únicamente reconoce el matrimonio monógamo. En concreto, el art. 46.2 del Código civil niega la capacidad para contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial, al tiempo que el art. 73.2 del mismo texto legal considera nulo el matrimonio celebrado por persona ya casada. Como norma de cierre el art. 12.3 CC dispone que "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

Pero además, la poligamia está tipificada como delito en nuestro Código penal, concretamente en el art. 217, según el cual "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".

En consonancia con dichas previsiones legislativas, el Tribunal Supremo, ha venido defendiendo que "el delito de bigamia (...) supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio, y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior"⁵. Se entiende que el bien jurídico protegido es el interés público en asegurar un determinado modelo de relaciones familiares, basado en el matrimonio monogámico.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que los fenómenos migratorios que caracterizan la época que estamos viviendo, han de llevar a cuestionarnos si las fórmulas contenidas en nuestro Ordenamiento, son capaces de dar respuesta a las controversias jurídicas de una sociedad multicultural. En lo que respecta a los efectos jurídicos que puede desplegar el matrimonio polígamico en materia de Seguridad Social, la aplicación estricta de la literalidad de los preceptos tanto civiles como penales españoles, nos llevaría a admitir que únicamente los matrimonios celebrados sin contravenir nuestra legislación (aunque se hayan celebrado en el

⁴ Remitido al Ministerio de Trabajo e Inmigración en Diciembre de 2010.

⁵ STS de 22 de diciembre de 1978 (Ar. 2492) y 31 de enero de 1986 (Ar. 212), entre otras.

extranjero e inscrito a posteriori en España⁶), se pueden beneficiar de las prestaciones oportunas por muerte y supervivencia. En definitiva, a primera vista, una interpretación literal de la normativa vigente, conduce a admitir que sólo los matrimonios monogámicos sucesivos, son susceptibles provocar efectos jurídicos en las prestaciones que estamos estudiando.

Llegados a este punto, parece lógico preguntarse si el legislador español se ha posicionado en torno a esta materia en la legislación específica sobre extranjería. Y efectivamente lo ha hecho.

La LO 4/2000, de 11 de enero (LOEXIS), varias veces modificada⁷, establece en su art. 17.1 a), al regular la figura del reagrupamiento familiar, "en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta posibilidad matrimonial". Por tanto, aunque en ningún momento se alude de manera directa a la poligamia utilizando dicho término, queda claro que el concepto de familia que maneja el legislador es el que resulta acorde con la concepción monógama del vínculo matrimonial contenida en nuestro Derecho interno.

Y, básicamente, esta es legislación vigente que se encuentra directa o indirectamente relacionada con el tema que nos ocupa.

¿Qué está sucediendo entonces? ¿Realmente existe un posicionamiento legal sólido, sin grietas, en contra de la posibilidad de que el matrimonio poligámico despliegue efectos en materia de Seguridad Social?

Lo que ha ocurrido es que a pesar de que la legislación civil rechace de plano cualquier unión matrimonial que no sea monógama, el Código penal tipifique la bigamia como delito y la normativa específica sobre extranjería indirectamente se pronuncie en contra de la poligamia cuando niega al extranjero el derecho a reagrupar a más de un cónyuge, toda esta batería de disposiciones legales, convive con dos Convenios internacionales suscritos por España que atribuyen efectos concretos a las uniones matrimoniales polígamas en lo que respecta a la pensión de viudedad.

Resulta interesante detenerse tanto en el contenido de estos Convenios, como en la fecha en la que fueron acordados para intentar arrojar luz sobre este asunto.

3. LA POLIGAMIA EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES BILATERALES SUSCRITOS POR ESPAÑA

A pesar de que el legislador se ha pronunciado de manera meridianamente clara en relación al tema que nos ocupa, es llamativo que, paralelamente, nuestro país haya suscrito dos convenios internacionales que apuntan en dirección contraria. En concreto, nos referimos a los Convenios Hispano-Marroquí e Hispano-Tunecino, ambos sobre Seguridad Social, a los cuales nos vamos a referir con más detenimiento. Y no somos el único país que ha optado por esta vía. Considerando que en el mundo hay un número considerable de Estados en los que el matrimonio poligámico es legal⁸, este debate se ha abierto tanto en Reino Unido como en Francia o Italia.

El Convenio Hispano-Marroquí sobre Seguridad Social (firmado el 8 de noviembre de 1979 y publicado en el BOE de 5 de julio de 1982)⁹, en su artículo 23 dispone lo siguiente:

- Para adquirir las prestaciones de carácter contributivo previstas en el Convenio Hispano-Marroquí, se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y en Marruecos.
- Las prestaciones económicas de carácter contributivo se podrán percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o en Marruecos.
- Cada país abonará sus propias prestaciones directamente al beneficiario.
- Las personas que reúnan los requisitos exigidos por las legislaciones de ambos países para tener derecho a pensión contributiva, podrán percibir ésta de cada uno de ellos.
- Y en concreto, en lo que se refiere a prestaciones por muerte y supervivencia, contiene una previsión específica: "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación".

Paralelamente, el Convenio Hispano-Tunecino (firmado el 26 de febrero de 2001, BOE de 26 de diciembre de 2001 y en vigor desde el 1 de enero de 2002)¹⁰ contiene idénticas disposiciones de carácter general y en

⁶ La STSJ del País Vasco, de 5 de febrero de 2002, (Nº Rec. 2786/2001) deniega la pensión de viudedad por no concurrir la cualidad de cónyuge, alegando que "la falta de inscripción priva de toda eficacia al matrimonio contraído por españoles en el extranjero".

⁷ La última vez a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre (BOE de 12 de diciembre de 2009).

⁸ Efectivamente, la mayoría de ellos son africanos y de religión musulmana, pero también el judaísmo permite la poligamia en sus comunidades de Yemen o Marruecos (Israel la penalizó en 1959). *El País*, domingo 17 de febrero de 2008.

⁹ Interesa hacer notar que este Convenio fue suscrito durante la legislatura presidida por el Gobierno de UCD.

¹⁰ Convenio suscrito durante la legislatura presidida por el Partido Popular.

materia de pensión de viudedad dispone que «en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales».

Llegados a este punto, no cabe por menos que preguntarse cómo es posible que hayamos llegado a esta situación. ¿Un Convenio internacional bilateral en materia de Seguridad Social es el instrumento adecuado para contravenir lo dispuesto por la legislación penal y civil en cuanto a los efectos en nuestro Ordenamiento del matrimonio poligámico?

Son varias las cuestiones de calado que merecen nuestro reproche:

En primer lugar, analizando la cuestión desde una perspectiva netamente técnico-jurídica, la opción del legislador nos parece poco acertada. Se impone una llamada a la coherencia, pues resulta indefendible mantener la tipificación de una conducta como delito, al tiempo que se le reconocen efectos en materia de protección social.

Tampoco podemos obviar una pregunta clave: el matrimonio de un hombre con varias mujeres simultáneamente ¿es compatible con nuestro texto constitucional? El derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y el derecho fundamental a la dignidad de la persona (art. 10 CE), entran en clara pugna con esta práctica.

Por otro lado cabe destacar que, adicionalmente, no resulta de recibo que se eludan de manera flagrante las reglas de reparto de la pensión fijadas para el resto de beneficiarios en nuestro Derecho interno. El legislador español lleva décadas elaborando fórmulas jurídicas complejas para lograr el reparto equitativo de la pensión de viudedad en los casos en los que concurren varios beneficiarios. Fundamentalmente se ha venido atendiendo, como criterio central, al tiempo de convivencia con el sujeto causante, aunque las últimas reformas han incidido en aspectos mucho más concretos, como la necesidad de introducir elementos correctores a esta regla general garantizando un mínimo al cónyuge sobreviviente o a la pareja de hecho que con el causante de la pensión en el momento de su muerte (el 40 % de la prestación). ¿Cómo es posible que en ambos Convenios se asuma sin más que la pensión de viudedad se reparte a partes iguales entre las posibles beneficiarias?

Finalmente, en el orden jurisdiccional social se ha recurrido a la aplicación analógica de estos Convenios para resolver controversias suscitadas por nacionales de terceros países que admiten el matrimonio poligámico en su legislación, y ello a pesar de que no tengan suscritos instrumentos normativos de idéntica naturaleza con España.

En definitiva, sea como fuere, la existencia de los mencionados Convenios ha dado pie a que en sede judicial se abra todo un debate en torno al tema que nos ocupa.

4. LA POLIGAMIA EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA

El análisis de la escasa jurisprudencia existente sobre esta materia, conduce inexorablemente a poner una vez más de manifiesto las quiebras del sistema. Por un lado, encontramos la doctrina emanada tanto de la Audiencia Nacional como de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Ambos órganos rechazan sin ambages la poligamia, afirmando que el régimen familiar poligámico es “contrario al orden público en España porque presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos” y que quien ostenta tal régimen familiar «no satisface el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española necesario para adquirir la nacionalidad”. Y así lo afirman en numerosos pronunciamientos: SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2010 (JUR 2010/174556); STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 2010 (RJ 2010/1571); SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2010/17359); SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de junio de 2009 (RJCA 2009/567); STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/7068); STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de junio de 2008 (RJ 2008/6478); SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de enero de 2005 (RJCA 2005/840); SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de junio de 2002 (JUR 2003/58420).

La reiterada jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación a este tema no deja lugar a dudas. La poligamia atenta contra el derecho fundamental a la igualdad entre personas de distinto sexo, implica sumisión de la mujer al hombre y por tanto, supone un impedimento para adquirir la nacionalidad española.

Sin embargo, la percepción de esta cuestión por parte del orden jurisdiccional social, ha sido bien distinta.

Hasta el momento, los pronunciamientos judiciales emanados del orden social en torno a esta materia, se podrían clasificar del siguiente modo:

a) Sentencias que rechazan que la poligamia despliegue efectos en materia de pensión de viudedad:

- Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de julio 2003. Un ciudadano de Gambia había contraído matrimonio, de acuerdo con la ley de su país, con dos mujeres. El INSS había reconocido la pensión a favor de las dos esposas, repartiendo la cuantía al 50 por 100. La primera mujer interpuso demanda solicitando la pensión de viudedad íntegra, que fue desestimada en la instancia. Interpuesto recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia lo estima, afirmando que tan sólo la primera esposa tiene derecho, y en cuantía íntegra, a la pensión de viudedad. La sentencia afirma que la poligamia es contraria al orden público español y, por ello, «a los efectos de la ley española únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio».
- Sentencia del TSJ de Valencia de 6 de junio de 2005 (2005/2454): “a efectos de la Ley española, en el presente caso, el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto «quod nullum est ab initio, nulum effectum producet», y por ello la Sala no comparte el criterio mantenido por el juzgador de instancia. A los efectos de la Ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge el que deriva del primer matrimonio”.

b) Sentencias que reconocen efectos a la poligamia en materia de protección social, si bien rechazan los criterios de reparto contenidos en los Convenios Hispano-Marroquí e Hispano-Tunecino, abogando por el reparto en función al tiempo de convivencia con el sujeto causante:

- Sentencia del TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899): El fallecido es un nacional de Senegal, casado, de acuerdo con las leyes de su país, con dos mujeres, y que trabajaba en España como autónomo. El INSS había denegado la pensión de viudedad solicitada por considerar que el causante no estaba incluido dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social española. La sentencia de instancia consideró que el causante estaba incluido dentro del campo de aplicación del sistema, que los matrimonios eran perfectamente válidos conforme a la ley personal de los contrayentes y que, en consecuencia, ambas esposas eran beneficiarias de la pensión de viudedad causada, que deberían repartirse por mitad. Contra esta sentencia recurrieron todas las partes. El INSS, porque negaba que el causante estuviera incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social española, y las dos viudas porque solicitaban dos pensiones de viudedad cada una en su integridad. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestima los recursos planteados. La sentencia confirma que el causante estaba incluido dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social de España. En cuanto al derecho a la pensión de las viudas, afirma que «el concepto de orden público admite matizaciones o flexibilizaciones», de forma que «sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos» del matrimonio poligámico «en el contexto prestacional de Seguridad Social». El Tribunal, *obiter dicta*, defiende el reparto de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el causante, de acuerdo con una aplicación analógica del art. 174.2 LGSS pero, al no haberse impugnado el reparto por mitad realizado en la instancia, mantiene esa distribución y confirma la sentencia del Juzgado.
- STSJ de Madrid de 29 julio de 2002: Un nacional de Marruecos había contraído dos matrimonios sucesivos en ese país: uno en 1993 y otro en 1995, este último disuelto por divorcio al año siguiente. A la muerte del varón, el INSS, en un primer momento, reconoció la pensión de viudedad íntegra a la primera esposa, pero, posteriormente, notificó a esta la modificación de la pensión, por habersele reconocido también a la segunda esposa la mitad de la cuantía, reclamando el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. La primera esposa interpuso demanda, solicitando que le reconocieran el derecho a percibir íntegramente la pensión de viudedad. La sentencia de instancia estimó su pretensión y contra ella recurrieron en suplicación tanto el INSS como la segunda esposa. El art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí establece que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». El problema es que, de acuerdo con la ley marroquí, en caso de disolución del matrimonio, el ex cónyuge no tiene derecho a la pensión de viudedad. ¿Cómo interpretamos la remisión a la legislación marroquí que realiza el art. 23 del Convenio? La sentencia entiende que «la remisión, por su propia excepcionalidad, debe ser interpretada de forma restrictiva, entendiéndose que alude solamente a la posible situación de poligamia del causante» y no a los requisitos necesarios para ser beneficiario de la prestación, que corresponde determinar a la legislación del Estado que la reconoce. El Tribunal aplica el art. 174.2 LGSS y distribuye la pensión entre ambas mujeres, en proporción al tiempo convivido con el causante.

c) Sentencias que reconocen efectos a la poligamia en lo que respecta a la pensión de viudedad y defienden los criterios de reparto contenidos en los Convenios bilaterales suscritos por España, esto es, la distribución de la prestación a partes iguales entre las beneficiarias.

- STSJ de Andalucía (Málaga) 30 enero de 2003: El fallecido era un nacional de Marruecos polígamo (dos matrimonios simultáneamente vigentes). El INSS inicialmente había reconocido a la primera esposa la pensión de viudedad íntegra. Posteriormente, la segunda esposa reclamó su pensión de viudedad. La Entidad Gestora presentó demanda contra la primera esposa al amparo del art. 145.1 LPL, solicitando que se revocase el acto declarativo de derecho por el que se le había reconocido la pensión de viudedad íntegra y

se fijase su importe en el 50 por 100, reintegrando la beneficiaria la cantidad indebidamente percibida. La sentencia de instancia estimó la demanda del INSS y, contra ella, recurrió en suplicación la demandada. El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia, afirmando que "la situación familiar de un extranjero se gobierna por las leyes de su estatuto personal, que permite la poligamia, y que los arts. 3 y 23 del Convenio Hispano-Marroquí conllevan la distribución a partes iguales de la pensión entre las beneficiarias, con independencia del tiempo de convivencia".

Tanto de la normativa estudiada como de los pronunciamientos jurisprudenciales citados se desprenden, en relación a los matrimonios poligámicos de ciudadanos extranjeros, las siguientes conclusiones:

- Se impone una llama a la coherencia. El legislador ha de poner orden en este caos normativo, pronunciándose con claridad sobre la postura del Estado de Derecho frente a la posibilidad de que un matrimonio polígamo despliegue efectos jurídicos en nuestro Ordenamiento en materia de protección social.
- Desde nuestro punto de vista, se ha cometido un grave error al incorporar en los Convenios bilaterales con Marruecos y Túnez una referencia expresa al reconocimiento de la pensión de viudedad a varias esposas simultáneas del sujeto causante. En tanto se encuentren vigentes, habrá que respetar su contenido, por más que nos produzca rechazo la orientación que contienen. Pero de *lege ferenda*, abogamos por un replanteamiento en profundidad de la cuestión.
- Resulta igualmente sorprendente que en los mencionados Convenios se acepten criterios de reparto de la prestación diferentes a los exigidos por la legislación española para el resto de los ciudadanos.
- La política legislativa en torno a la pensión de viudedad no puede ser errática. En nuestra legislación a duras penas se ha conseguido equiparar (con múltiples matices) a las parejas de hecho con las uniones matrimoniales en lo que respecta a esta prestación (2007), los sobrevivientes de parejas homosexuales han tenido que esperar hasta la reforma del Código civil (2005) para que se reconozca su derecho a contraer matrimonio y, como hemos señalado, se avecina una reforma integral de esta pensión. Parece que el momento es oportuno para reconsiderar este tema.
- La discusión sobre este particular, no debe perder nunca de vista un hecho: la pensión de viudedad que puede generar conforme a nuestra legislación un trabajador extranjero casado simultáneamente con más de una mujer, es una, y su cuantía asciende al 52 o al 70 por 100 de la base reguladora. Por tanto, de lo que estamos hablando es de repartir una única pensión, a partes iguales entre varias beneficiarias sin ningún criterio corrector. La suficiencia de la prestación en estos casos, queda completamente en entredicho.
- Se acerca el momento en el que el Tribunal Supremo tendrá que pronunciarse en unificación de doctrina para zanjar esta cuestión. La situación actual es insostenible, pues dependiendo del órgano jurisdiccional, los sobrevivientes de uniones matrimoniales poligámicas, obtienen respuestas divergentes: pueden ver denegada su pretensión al reconocerse efectos jurídicos únicamente al primer matrimonio inscrito conforme a Derecho o son consideradas beneficiarias de la pensión de viudedad, que tendrá que distribuirse o bien a partes iguales entre todas ellas, o bien en proporción al tiempo de convivencia con el sujeto causante.
- En mi opinión, en lo tocante a este tema, se impone la homogeneización en la aplicación del Ordenamiento jurídico español a quienes se encuentren en nuestro país, máxime cuando determinadas instituciones, como es el caso del matrimonio, despliegan sus efectos en múltiples parcelas de nuestro sistema jurídico. Una misma conducta, no puede estar tipificada como delito en el Código Penal, y coetáneamente, aunque sea de modo excepcional, desplegar efectos en materia de Seguridad Social. Consecuentemente, no resulta adecuado analizar individualmente las instituciones y aceptar, vía judicial, sólo aquellos aspectos de las mismas que se entiendan convenientes, caso por caso, ya que con esta actuación se lesionan derechos fundamentales en los que se asienta nuestro modelo de sociedad y se vulnera gravemente el principio de seguridad jurídica, aunque la intención sea loable.
- El Estado de bienestar debe arbitrar instrumentos para atender las diferentes situaciones de necesidad de los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros que residan en su territorio. No se trata de negar la atención del sistema a las mujeres que se encuentren en esta tesitura. Todo lo contrario. Habrá que repensar este tema, regulando si es necesario nuevas ayudas públicas para este colectivo. Pero admitir en el siglo XXI, en una sociedad como la nuestra, que un hombre mantenga vínculos matrimoniales simultáneos con varias mujeres y ello despliegue efectos jurídicos en materia de prestaciones de la Seguridad Social, es inaceptable.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.W. (1999). *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: MTAS.
- Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dir.). (1999). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*. Granada: Comares.
- Barrios Baudor, G.L. (1998). Recientes modificaciones operadas en las prestaciones por muerte y supervivencia (problemas de transitoriedad) y en la Disposición Adicional Octava de la LGSS (problemas interpretativos). *Aranzadi Social*, 7.
- Blasco Lahoz, J.F. (1998). La última reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia. *TS*, 91.
- Castro Argüelles, M.A. (1998). *Prestaciones de la Seguridad Social en favor de familiares*. Madrid: La Ley.
- Cruz Villalón, J. y de la Flor Fernández, M.L. (1999). El Capítulo VIII de la Ley General de Seguridad Social. Muerte y Supervivencia. Artículos 171 a 179. En J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida. (Dir.). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*. Granada: Comares.
- de la Flor Fernández, M.L. (2002). *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*. Sevilla: CARL.
- Desdentado Bonete, A. (1985). La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. *AL*, 7.
- Díaz Aznarte, M.T. (2001). Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena. *AL*, 43.
- Díaz Aznarte, M.T. (2003). *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*. Barcelona: Bosch.
- Díaz Aznarte, M.T. (2008). Las prestaciones por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En J. L. Monereo Pérez. (Dir.). *La Reforma de la Seguridad Social*. Madrid: La Ley.
- Fernández Domínguez, J.L. (2000). Muerte, supervivencia y protección familiar: situación actual y perspectivas de futuro. *Aranzadi Social*, V.
- Gala Vallejo, C. (2000). *Las pensiones de invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social española*. Madrid: MTAS.
- García Viña, J. y Rivas Vallejo, M.P. (1996). *Las prestaciones de Supervivencia en el sistema de Seguridad Social*. Barcelona: CEDECS.
- Lalaguna Holzwarth, E. (2010). Diferencia de trato en el reconocimiento de la pensión de viudedad por razones de origen étnico. *Aranzadi Social*, 54.
- Leónés Salido, J.M. (1998). *Las pensiones de viudedad y orfandad*. Granada: Comares.
- Marín Correa, J.M. (1999). Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia. *AMTAS*, 4.
- Martínez Lucas, J.A. (2002, junio). La modificación parcial de las prestaciones por muerte y supervivencia. *AL*.
- Molins García-Atance, J. (2005). Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual. *Aranzadi Social*, 10.
- Pérez Alonso, M.A. (2000). *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rivas Vallejo, P. y García Viña, J. (1999) Las prestaciones de muerte y supervivencia. La necesidad de una reforma estructural. En AA.W. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Madrid: MTAS.
- Rodríguez Iniesta, G. (1991). Las prestaciones a favor de familiares. *ADT*, 49.
- Sastre Ibarreche, R. (1996). Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma. *TL*, 39.
- Sempere Navarro, A.V. (1985). Compatibilidad de pensiones (viudedad e invalidez-SOVI) y principios de no discriminación. *AL*, 2.
- Sempere Navarro, A.V. y Barrios Baudor, G. (1998). La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. *AS*, 8.
- Vida Soria, J. (1980). Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978. En AA.W. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Bayón Chacón*. Madrid: Tecnos.
- Vida Soria, J. (1984). La Seguridad Social en la Constitución de 1978. En AA.W. *Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social*. Madrid: IELSS.
- Vida Soria, J. (1996). El art. 41 de la CE. Seguridad Social. En O. Alzaga Villaamil. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: EDERSA.