

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y EL «MATRIMONIO GITANO»

CRISTINA BERENGUER ALBALADEJO  
Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad de Alicante

Recepción: 03/06/2010  
Aceptación después de revisión: 28/06/2010  
Publicación: 10/12/2010

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS, LOS ARGUMENTOS Y LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES QUE CONOCIERON EL ASUNTO: 1. *Las sentencias de los tribunales españoles*. 2. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. III. EL VÍNCULO MATRIMONIAL COMO PRESUPUESTO LEGAL PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: 1. *Cuestión previa: análisis de las formas matrimoniales con eficacia civil en el ordenamiento español. Exclusión del matrimonio celebrado por el rito gitano*. 2. *Posible contravención por el artículo 174 LGSS del artículo 14 de la CE y del artículo 14 del CEDH*. IV. PAREJAS DE HECHO Y UNIONES CELEBRADAS POR EL RITO GITANO: ¿UN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN?: 1. *La discriminación por indiferenciación en la jurisprudencia del TC*. 2. *La discriminación por indiferenciación en la jurisprudencia del TEDH*. V. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CONCESIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD Y MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO GITANO: 1. *El asunto resuelto por la STC de 15 de noviembre de 2004: el matrimonio canónico no inscrito*. 2. *La Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. 3. *Matrimonio nulo de buena fe*. VI. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El punto de partida de nuestro estudio se sitúa en el polémico y discutido asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, *Caso Muñoz Díaz c. España*, donde se condena al Estado español por denegar la pensión de viudedad a una ciudadana casada exclusivamente por el rito matrimonial gitano. Al hilo de esta resolución analizaremos, entre otras cuestiones, las diversas formas matrimoniales a las que nuestro legislador otorga efectos civiles, la incidencia de dichas disposiciones en el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 14

del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la posible vulneración de dicho principio en el marco de las prestaciones sociales reguladas en la Ley General de la Seguridad Social, recientemente reformada.

*PALABRAS CLAVES:* matrimonio gitano; sistema matrimonial; pensión de viudedad; principio de igualdad y no discriminación; minorías étnicas.

#### ABSTRACT

The starting point of our study is placed at the controversial and discussed case decided by the sentence from The European Court of Human Rights on the 8<sup>th</sup> of December of 2009, *Case Muñoz Díaz c. Spain*, in which the Spanish State is condemned for refusing the widow's pension for a citizen married exclusively by the gypsy marriage rite. Following the thread of this resolution we will discuss, among other things, the various marriage forms on which our legislator bestows civil effects, the impact of these provisions on the principle of equality and non-discrimination as enshrined in artículo 14 of the Spanish Constitution and artículo 14 of the European Convention on Human Rights, and the possible infringement of this principle in the context of the social benefits regulated by the General Law of the Spanish Social Security recently renovated

*KEY WORDS:* marriage gypsy; marriage system; survivor's pension; the principle of equality and non discrimination; ethnic minorities.

## I. INTRODUCCIÓN

El gran impacto mediático que ha suscitado el caso de la señora Muñoz Díaz — conocida popularmente como «La Nena» — y las conclusiones que la sociedad española ha extraído de dicha resolución, motivadas sin duda alguna por los medios de comunicación, obligan a los juristas a aclarar una serie de cuestiones de extraordinaria relevancia en nuestro ordenamiento jurídico y que, sin embargo, podrían haber sido malinterpretadas por los legos en Derecho. Nos estamos refiriendo, sobre todo, al hecho de que la sociedad concluya — erróneamente — que con esta sentencia se está otorgando eficacia civil a un matrimonio no formalizado conforme a la ley. Pero previamente al análisis de ésta y otras cuestiones conviene exponer los hechos enjuiciados en el caso concreto y los diferentes razonamientos empleados por los tribunales españoles y por el Tribunal Europeo para justificar sus respectivas resoluciones.

## II. LOS HECHOS, LOS ARGUMENTOS Y LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES QUE CONOCIERON EL ASUNTO

### 1. *Las sentencias de los tribunales españoles*

Fue tras el fallecimiento de su esposo, el 24 de diciembre del año 2000, cuando la demandante, la señora Muñoz, comenzó su particular «batalla» legal solicitando al Instituto Nacional de la Seguridad Social —en adelante, INSS— la prestación de viudedad que, según su parecer, le correspondía. La actora había contraído matrimonio en 1971 por el rito gitano, comunidad a la que pertenecía junto a su marido, y en base a tal unión<sup>1</sup> solicitaba la pensión. A lo largo de su matrimonio la pareja tuvo seis hijos, de cuyos nacimientos quedó constancia en el *libro de familia* expedido en el Registro Civil en 1983, y tres años después, en 1986, la Administración reconoció su situación de *familia numerosa* de primera categoría. En el momento del fallecimiento, el esposo, de profesión albañil, había cotizado a la Seguridad Social durante más de diecinueve años y era titular de una *cartilla sanitaria* en la que figuraban como familiares a su cargo la señora Muñoz y sus seis hijos. Por todo ello, la demandante consideraba que tenía derecho a obtener una pensión de viudedad. Sin embargo, mediante resolución de 27 de marzo de 2001, el INSS se la denegó «por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento», es decir, no se reconoció a la solicitante su condición de «cónyuge» del fallecido. Dicha negativa fue confirmada por la citada entidad el 10 de mayo de 2001, lo que llevó a la señora Muñoz a interponer recurso contra dicha decisión ante la jurisdicción social.

El Juzgado de lo Social n.º 12 de Madrid estimó la demanda y concedió la pensión de viudedad a la actora a través de su sentencia de 30 de mayo de 2002. Los argumentos que se arguyen para fallar a favor son: por un lado, la ausencia de prohibición expresa para inscribir el matrimonio gitano en el Registro Civil; por otro, la adecuación de dicho matrimonio a la ley personal de los contrayentes al tratarse de una forma válida y admitida por la costumbre y los usos de esta etnia; en tercer lugar, la obligación del Estado español de paliar los diversos es-

<sup>1</sup> Debemos señalar, *a priori*, que la trascendencia de la que goza este acto en la cultura gitana no es cuestión baladí, ya que se trata de uno de los actos más importantes en la vida de los miembros de dicha comunidad, que despliega efectos sociales, goza del reconocimiento público y conlleva la obligación de convivencia de los esposos así como un conjunto de derechos y deberes propios de la institución matrimonial.

tados de necesidad de la sociedad a través de las normas de la Seguridad Social, incluso en ausencia de un reconocimiento legal previo de este tipo de uniones; además, reconduce toda su argumentación a la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, y, por último, se acoge al artículo 4.1 CC para considerar aplicables por analogía las disposiciones reguladoras de los matrimonios celebrados conforme a los usos y costumbres de las religiones evangélica, judía y musulmana, en virtud de las cuales se reconocen efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme a sus propios ritos<sup>2</sup>. Aprovecha también el órgano jurisdiccional en su sentencia para dejar patente, con cierto aire de reproche, la indiferencia de la legislación española hacia el matrimonio gitano pese al fuerte arraigo de esta etnia en nuestro país, y considera que la denegación de la pensión de viudedad a la demandante supone un trato discriminatorio por motivos raciales o étnicos contrario al artículo 14 del Texto Constitucional y a la Directiva comunitaria citada.

Dichos razonamientos jurídicos fueron posteriormente rebatidos en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) en su sentencia de 7 de noviembre de 2002. Tras declarar en el fundamento jurídico cuarto que la cartilla de la Seguridad Social del fallecido no constituía un documento fehaciente para determinar el carácter de la relación o vínculo entre las partes, en el fundamento siguiente el Tribunal es tajante al considerar que «ni existe discriminación alguna en el caso de la demandante porque ésta pertenezca a la etnia gitana, ni el matrimonio celebrado conforme a ese rito tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español». Comienza la Sala recordando que «el principio de igualdad y no discriminación implica otorgar un trato igual a los iguales y que tratar de forma idéntica situaciones que no lo son constituye una injusticia, debiendo partirse en todo caso de la observancia por todos los españoles de la legalidad vigente y de la imposibilidad de hacer más excepciones que las expresamente previstas en el ordenamiento jurídico». En base a esta primera premisa, el Tribunal considera que no supone discriminación alguna la obligación de respetar las normas reguladoras del matrimonio impuestas por el Código Civil en sus artículos 42 y siguientes y que se

---

<sup>2</sup> Leyes 24, 25 y 26 de 1992, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, publicadas en el *BOE* n.º 272, de 12 noviembre de 1992.

debe diferenciar «la legalidad vigente y aplicable en cada momento, de aquella que pudiera entenderse *deseable* por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados por sus consecuencias [...]». Respecto a la comunidad gitana, y sin perjuicio de que ésta pudiese ver reconocidos efectos civiles a su rito matrimonial en un futuro, el Tribunal considera que «mientras dicha aspiración no se materialice en una norma al efecto, no es posible adoptar soluciones voluntaristas, por bienintencionadas que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el Estado de Derecho y hacen concebir infundadas esperanzas —aunque formalmente lo estén— a los interesados». La Sala considera que el Juzgado de lo Social se excede en sus competencias al reconocer efectos civiles a un matrimonio celebrado exclusivamente por el rito gitano, ya que no se trata de una de las formas previamente admitidas por el legislador en el artículo 49 CC, esto es, ni se trata de un matrimonio en forma civil, ni se trata de un matrimonio en una de las formas religiosas legalmente previstas. Puesto que nos encontramos simplemente ante un matrimonio entre españoles celebrado en España, y teniendo en cuenta que las normas de la comunidad gitana no trascienden de su propio ámbito, los contrayentes deben respetar la normativa general vigente y aplicable al efecto si desean que su matrimonio adquiriera eficacia.

A continuación, el TSJ desarticula otro de los argumentos de la sentencia de instancia que, por referirse a una cuestión básica de nuestro ordenamiento jurídico, nos parece especialmente relevante. Tal y como se afirma en ambas resoluciones, el rito matrimonial gitano no es más que una «costumbre o ceremonia» de dicha comunidad. Si bien esto no se cuestiona, ni se discute por los órganos judiciales la adecuación de este ritual a la moral y al orden público —cuestión a nuestro juicio más controvertida, como en su momento señalaremos—, sí se niega por el TSJ la aptitud de las normas consuetudinarias para «obligar *erga omnes* cuando existen normas legales que regulan el matrimonio en España». Es decir, la existencia de una serie de normas con rango de ley aplicables al caso en cuestión, impide la puesta en escena de esta fuente supletoria de primer grado. Y es precisamente la subsidiariedad de las costumbres con respecto a las leyes la que elude el Juzgado de lo Social en su razonamiento.

Igualmente cae por su propio peso la afirmación de que a pesar de que el matrimonio de la actora no tiene acceso al Registro Civil, no existe norma alguna que expresamente prohíba su inscripción, manifestación calificada incluso de «sorprendente» por el TSJ. No hay más que observar sin especial detalle la normativa al efecto —arts. 61 a 65

CC, 69 a 80 LRC y 255 a 259 RRC— para comprender que está excluida la inscripción de las uniones celebradas por el rito gitano en la medida en que sólo pueden tener acceso al Registro aquellos matrimonios celebrados conforme a la legalidad vigente, es decir, conforme a alguna de las formas especialmente admitidas por el legislador en el ya citado artículo 49 del CC.

El TSJ manifiesta también sus reservas acerca de la aplicación a este caso de la Directiva 2000/43/CE y de otra serie de normas internacionales encaminadas a conseguir la igualdad de los individuos en el disfrute de sus derechos y la no discriminación. Según su opinión, en la medida en que estas disposiciones se limitan a recoger declaraciones programáticas y genéricas, o se dirigen a eliminar cualquier forma de discriminación racial, no serían aplicables en el presente asunto al no constituir una discriminación prohibida el no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado por un rito particular.

Finaliza el TSJ su argumentación rechazando cualquier tipo de analogía entre el matrimonio celebrado por el rito gitano y los celebrados conforme a una de las formas religiosas legalmente previstas. La identidad de razón que observa el Juzgado de lo Social entre ambos supuestos es radicalmente desterrada por el TSJ, cuyo discurso merece su cita literal: «[...] tal afirmación contiene una fundamental contradicción en su seno, y es precisamente la puntualización que hace finalmente: la de que *el matrimonio gitano no es la forma de celebración de una determinada religión*, que además, por otra parte y conforme a la legislación actual, tendría que haber alcanzado una normativa *ad hoc* como es el caso de las enumeradas anteriormente, sin cuyo requisito, incluso si de una religión se tratase, estaría en las mismas condiciones imposibilitantes del reconocimiento pretendido a los efectos litigiosos». La diferencia sustancial existente entre «rito gitano» y «forma religiosa» impide la analogía y descarta la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Y es que no hay discriminación alguna cuando se tratan de forma distinta situaciones que también lo son.

Ante la desfavorable resolución del TSJ, la señora Muñoz decidió interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que aducía la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de raza y condición social consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al habersele denegado la pensión de viudedad por equiparar su situación con la convivencia *more uxorio* y no reconocer efectos civiles a su matrimonio. Junto a este principal motivo añadió otros dos que, si bien no fueron analizados por el Tri-

bunal Constitucional al no haber sido objeto de planteamiento en la vía judicial previa, sí fueron acogidos posteriormente por el Tribunal de Estrasburgo, a saber, la posible aplicación de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y la posibilidad de aplicar por analogía al matrimonio de la recurrente el tratamiento establecido en el artículo 174.2 LGSS para los matrimonios nulos. En consecuencia, la sentencia de amparo se limitó a analizar la vulneración del artículo 14 CE por haber dispensado a la señora Muñoz el mismo trato que a las uniones de hecho con el único fin de denegarle la pensión de viudedad, concluyendo el TC que no existía en este caso discriminación alguna, ni por razones sociales ni por motivos raciales o étnicos<sup>3</sup>. Pero esta resolución cuenta con un significativo voto particular emitido por el magistrado Rodríguez-Zapata. Interesantes cuestiones aportan tanto la argumentación mayoritaria como la disidente al analizar el principio de igualdad y no discriminación recogido en la Constitución. Estos extremos, junto con otros temas tratados en la STC de 16 de abril de 2007, serán objeto de un estudio detallado más adelante.

## 2. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El agotamiento de los recursos internos llevó a la señora Muñoz a presentar su caso ante el más alto órgano jurisdiccional de salvaguardia de los derechos humanos, que sí le concedió una indemnización con el fin de reparar los perjuicios causados por el Estado español al denegarle la pensión. Y lo hizo a través de una sentencia que no ha pasado desapercibida<sup>4</sup> y que también cuenta con un importante voto disidente. La trascendencia de su fallo y la debilidad de sus argumentaciones nos llevan a realizar este estudio, en un humilde intento de dar luz a la oscuridad de sus razonamientos.

En su recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH o el Tribunal—, se queja la señora Muñoz de que al no reconocer el Estado español efectos civiles al matrimonio gitano —único que goza de eficacia en su comunidad— se ha vulnerado su *derecho al matrimonio* y ha sido discriminada simplemente por pertenecer a una minoría étnica y actuar conforme a las creencias de la

<sup>3</sup> STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007/69).

<sup>4</sup> Numerosas publicaciones de tirada nacional o autonómica recogen la noticia: entre ellas, periódicos como el *ABC*, *El Mundo* o *El País*, en sus ediciones de 9 de diciembre de 2009. Datos extraídos de la página web de la Fundación Secretariado Gitano (recortes de prensa): <http://www.gitanos.org/servicios/prensa/dossieres/17895.html>.

misma. Por ello, invoca la violación por el Estado español del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —en adelante, CEDH o el Convenio— en combinación con el artículo 12 del mismo texto. El primero de los preceptos consagra la *prohibición de discriminación*, estableciendo que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», y el segundo proclama el *derecho a contraer matrimonio*, disponiendo que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Además, aduce en su demanda que el hecho de que el Estado le deniegue la pensión de viudedad exclusivamente sobre la base de que su matrimonio está desprovisto de efectos civiles, vulnera también el artículo 14 citado en combinación esta vez con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, que consagra la protección de la propiedad y según el cual «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes» y «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional». En respuesta a dichas alegaciones, el TEDH resuelve unánimemente que el Estado español no vulnera el artículo 14 en combinación con el artículo 12 del Convenio, pero concluye, por seis votos contra uno, que sí vulnera el artículo 14 del Convenio en conexión con el artículo 1 del Protocolo n.º 1<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre la aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 CEDH, en el apartado 44 de la sentencia el Tribunal declara que «desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social —independientemente de que la concesión de dicha prestación dependa del pago de una cotización previa—, se deberá considerar que esta normativa genera un *interés patrimonial* dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplan sus condiciones». Como afirma SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto *Gaygusuz*», *REDT*, n.º 95, 1999, pág. 402, puesto que ni el CEDH ni sus Protocolos hacen referencia a la protección social, la única vía para que el Tribunal pueda conocer un litigio sobre discriminación en el reconocimiento de prestaciones sociales es alegar la vulneración de uno de los derechos sí reconocidos en dichos textos. En su trabajo «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, n.º 18/2009, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2009/2052), pág. 7, señala que las demandas en este sentido se han tramitado por la vía del artículo 14 en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 debido a que el TEDH ha llevado a cabo una interpretación amplia del concepto de *propiedad*, incluyendo en él las «expectativas de derecho», y que la primera vez que el Tribunal reconoció que el contenido patrimonial de las prestacio-

Expuestos los hechos y los fallos de los diferentes órganos judiciales, es momento ahora de dejar sentadas las tres cuestiones primordiales sobre las que se construye nuestro estudio: en primer lugar, ¿vulnera el principio de igualdad y no discriminación por razones étnicas que determinados ritos matrimoniales no gocen de efectos civiles en nuestro ordenamiento?; en segundo lugar, ¿supone un trato discriminatorio por razones de condición o circunstancia social que la prestación de viudedad se limite a los supuestos en que exista vínculo matrimonial?; en tercer lugar, ¿se está discriminando por motivos raciales al matrimonio gitano al tratarlo igual que a las parejas de hecho? Son todos estos interrogantes los que, con mayor o menor acierto, trataremos de despejar a continuación.

### III. EL VÍNCULO MATRIMONIAL COMO PRESUPUESTO LEGAL PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Es el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social —en adelante, LGSS—, recientemente reformado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, el que establece los requisitos o condiciones de acceso a la prestación de viudedad. Una de las novedades más importantes que introduce dicha Ley es la posibilidad de que el miembro superviviente de una pareja de hecho pueda también lucrar pensión de viudedad siempre que cumpla una serie de requisitos. Pero es evidente que nuestro estudio debe partir de la legislación vigente en el momento del acaecimiento de los hechos enjuiciados, sin perjuicio de que tengamos en cuenta las modificaciones legislativas posteriores, las cuales además, en nuestro caso, gozan de especial relevancia<sup>6</sup>. En el momento del óbito del causante, el 24 de di-

---

nes sociales permita su inclusión en el ámbito de aplicación material del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio fue en el asunto *Gaygusuz contra Austria*. Sobre el artículo 1 Protocolo n.º 1 pueden verse también JIMÉNEZ HORWITZ, M., «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2000, asunto ex rey de Grecia y otros c. Grecia)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, 2001, págs. 239-264; AGUILERA VAQUÉS, M., «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (artículo 1 Protocolo 1)», en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J./Santolaya, P. (coords.), Madrid, 2005, págs. 767-799.

<sup>6</sup> Y es que, por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, la señora Muñoz venía cobrando una pensión de viudedad en tanto que pareja de hecho del causante con efectos económicos desde el 1 de enero de 2007.

ciembre de 2000, la redacción vigente del artículo 174 LGSS establecía lo siguiente: «Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el *cónyuge superviviente* [...]». Es especialmente relevante, por lo que a nuestro análisis atañe, el hecho de que el legislador social exija la cualidad de «cónyuge» para poder ser beneficiario de la pensión de viudedad. Teniendo en cuenta que dicho estatus jurídico deriva del matrimonio, la remisión a las normas civiles para determinar cuándo se adquiere esta condición resulta inevitable<sup>7</sup>.

1. *Cuestión previa: análisis de las formas matrimoniales con eficacia civil en el ordenamiento español. Exclusión del matrimonio celebrado por el rito gitano*

El *ius connubii* está reconocido tanto en el artículo 32 CE como en el artículo 12 CEDH, y en ambos textos se remite su desarrollo a la ley estatal. Es el Estado el que ha de fijar las condiciones, requisitos y límites de su ejercicio, por lo que para el reconocimiento de los derechos que conlleva el matrimonio deben cumplirse plenamente las exigencias previstas por la ley nacional. Es el legislador civil el que se ha encargado de regular la institución matrimonial en los artículos 42 y siguientes del Código Civil, afirmando en el artículo 44.1 que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones del propio Código».

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Len-

---

<sup>7</sup> Como acertadamente señala RODRÍGUEZ CARDO, I., «Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16/2007 (Estudio), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2007/2256), pág. 10, «el Derecho de la Seguridad Social no participa, ni influye, en la determinación de los ritos matrimoniales a los que el Estado reconoce efectos civiles. En puridad, el Sistema de Seguridad Social carece de medios propios para resolver si se puede acceder o no a la pensión de viudedad en caso de matrimonios celebrados por el rito gitano o por cualesquiera otras modalidades. Esa solución viene predeterminada por el Derecho Civil y, en su caso, por las normas de la confesión religiosa respectiva que impongan los pertinentes requisitos para la válida celebración del matrimonio». A pesar de ello, en numerosas ocasiones «los tribunales sociales deben pronunciarse sobre estas situaciones más propias de otras ramas jurídicas». Por esta razón, el autor propone la creación de un mecanismo administrativo o judicial a través del cual pudiese determinarse, con carácter previo, la existencia o no de matrimonio. De esta forma «se proporcionaría seguridad jurídica a todas las ramas del ordenamiento [...] y se evitaría que se produjeran equiparaciones al matrimonio póstumas con efectos limitados a la pensión de viudedad».

gua<sup>8</sup>, se entiende por *matrimonio* la «unión de hombre y mujer *concertada* mediante determinados *ritos o formalidades legales*». Dejando a un lado su evidente desfase, puesto que desde el año 2005 también tiene la consideración legal de «matrimonio» en nuestro país el celebrado entre personas del mismo sexo<sup>9</sup>, lo que nos interesa de la definición aportada es que refleja con claridad los cimientos sobre los que el mismo se asienta. La base de esta unión es la voluntad concorde y libre de los contrayentes de llevar a cabo un proyecto de vida en común, es decir, de compartir su existencia con otra persona<sup>10</sup>. Sin embargo, este concierto de voluntades no es suficiente para determinar la existencia del matrimonio, sino que es fundamental, a estos efectos, que el consentimiento se exteriorice de acuerdo a una serie de formalidades legales que lo convierten por ello en un acto solemne, amén de libre y voluntario<sup>11</sup>. En el caso de la señora Muñoz, y contrariamente a lo que ella misma alega, no se cumplen a través del rito gitano los requisitos formales necesarios para la existencia del matrimonio, por más que los contrayentes hubiesen consentido el enlace y se considerasen casados<sup>12</sup>.

Por lo que se refiere al sistema matrimonial español, actualmente nos encontramos ante un sistema de matrimonio único con pluralidad

<sup>8</sup> <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>9</sup> Fue la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la encargada de introducir esta posibilidad en nuestro Derecho, recogida ahora en el segundo inciso del artículo 44 CC.

<sup>10</sup> Definen en estos términos el matrimonio, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 61; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, *Familia*, Madrid, 2008, pág. 41. Además, el propio artículo 45 CC establece con rotundidad que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».

<sup>11</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *ibid.*, pág. 58, señala que «la forma, entendida ésta como la emisión del consentimiento y su recepción por persona que ejerza públicamente las funciones que lo hacen competente para su autorización, es un requisito sustancial en el ordenamiento español». LASARTÉ ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, vol. VI, *Derecho de familia*, Madrid, 2009, pág. 20, añade que si estas formalidades no se cumplen la convivencia de las partes con intención de permanencia habría de considerarse técnicamente una unión de hecho.

<sup>12</sup> En este sentido señala CABEZUELO ARENAS que «no basta con “sentirse casada” por haber emitido un consentimiento deseando instaurar una comunidad de vida con alguien. Hay que consentir conforme a unas pautas o reglas, acatar unas solemnidades, para alcanzar ese estado civil del que ahora se reclaman ciertas ventajas en el orden económico». CABEZUELO ARENAS, A. L., «Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 21, 2007, pág. 13. Cita también esta autora en pág. 13 la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10008), cuya relevancia en esta materia es indudable y donde se califica el consentimiento formal como «médula esencial» del matrimonio.

de formas. Es el artículo 49 CC el que refleja el criterio adoptado por nuestro legislador en cuanto a la forma de celebración civilmente eficaz del matrimonio. Así, se otorgan efectos civiles a los matrimonios celebrados ante el juez, alcalde o funcionario señalado por el Código —matrimonios en forma civil—, y a los celebrados ante los ministros de culto de aquellas confesiones religiosas inscritas en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste —léase matrimonios religiosos católicos, musulmanes, hebreos y protestantes—. Son éstas las formas legalmente válidas de contraer matrimonio por los españoles en nuestro país, de lo que se deduce que el matrimonio contraído por cualquier otro rito, sea éste religioso o no, no despliega los efectos típicos de la institución matrimonial. Por tanto, la unión por el rito gitano no está reconocida por la legislación nacional y no equivale a un matrimonio capaz de desplegar efectos en nuestro ordenamiento.

¿Esconde algún tipo de discriminación el reconocimiento de efectos civiles a ciertas formas de celebración matrimonial y no a otras? ¿A qué responde este sistema? La promulgación de la Constitución en 1978 consagró una serie de principios que chocaban frontalmente con el sistema de matrimonio civil subsidiario vigente hasta la fecha. Entre ellos, y al margen del fundamental principio de igualdad y no discriminación en el que posteriormente incidiremos, el artículo 16 de nuestra Norma Suprema garantizó la libertad ideológica y religiosa, el derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias personales y la aconfesionalidad del Estado. Sin embargo, y sin perjuicio de que el Estado español se declarase aconfesional, el precepto también habilitó a los poderes públicos para mantener relaciones de cooperación con diferentes confesiones religiosas en función de las creencias imperantes en la sociedad española, entre las cuales el catolicismo ocupaba una posición privilegiada por ser la religión mayoritariamente profesada —razón de su expresa mención en el artículo 16.3 *in fine* CE—. Por ello, el Estado decidió adoptar en primer lugar el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979, en cuyo artículo 6 se reconocía, por lo que a nuestro estudio interesa, la eficacia civil del matrimonio contraído según las normas del Derecho canónico. Pero posteriormente, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980, dictada en desarrollo del artículo 16 CE, que establecía en su artículo 7 las condiciones necesarias que debían cumplir las confesiones que desearan pactar con el Estado, a saber, gozar de personalidad jurídico-civil y de notorio arraigo en territorio español, se abrió paso a la celebración del

matrimonio según los usos y costumbres de otras confesiones distintas a la católica, previo Acuerdo de cooperación con el Estado. El 10 de noviembre de 1992, España firmó dichos Acuerdos con las confesiones evangélica, hebrea e islámica, reconociéndose en el artículo 7 de las Leyes correspondientes la eficacia civil del matrimonio celebrado según sus propios ritos.

Como se observa, son factores *exclusivamente religiosos* los que llevaron a este reconocimiento de efectos. Volviendo a nuestro caso concreto, el matrimonio gitano no es religioso ni puede equipararse al que se lleva a cabo conforme a una de estas formas válidas y reconocidas de celebración. Así lo reconoce incluso la demandante cuando afirma que se trata de un «consentimiento matrimonial, ni civil ni religioso, pero firmemente anclado en la cultura de su comunidad». Por esta razón, creemos acertada la postura del TC al no considerar *términos válidos de comparación* los matrimonios basados exclusivamente en consideraciones religiosas y aquellas uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas —FD 4.º—<sup>13</sup>. Puesto que las situaciones fácticas no son equiparables al existir una diferencia sustancial entre ellas, la dispensa de un trato jurídico distinto no vulnera el principio de igualdad y no discriminación alegado por la actora.

Pero es que además, y al margen de la celebración en forma religiosa del matrimonio, el ordenamiento pone a disposición de cualquier español el matrimonio en forma civil para los casos en que los interesados no profesen religión alguna o ninguna de las religiones inscritas sea acorde a sus creencias personales. Por ello, el TC califica este modo de acceso al vínculo de «escrupulosamente neutral» desde el punto de vista racial, y añade que «incluso en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana», afirmación que se corrobora si se tiene en cuenta que en la práctica un número considerable de gitanos contrae matrimonio por el rito evangélico<sup>14</sup>. Por tanto, según el TC, los criterios fijados por el legislador español «[no] están condicionad[o]s a la pertenencia a una raza con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos

<sup>13</sup> Postura que también había sostenido el TSJ en el FD 5.º de su sentencia.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)», *Actualidad Laboral*, n.º 3, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 febrero 2010, T. I, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 52/2010), pág. 3.

o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ell[o]s una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana» —FD 4.º—<sup>15</sup>.

A similares conclusiones llega también el Tribunal de Estrasburgo al observar que «desde el año 1981 el matrimonio civil está abierto a todos», gitanos o payos, sin distinciones basadas en criterios prohibidos —ap. 79—. Además, este sistema es fruto del amplio margen de libertad que en esta materia ostenta el Estado, según el propio artículo 12 del Convenio. Pero si bien es cierto que los Estados son soberanos a la hora de establecer las condiciones y límites del *ius connubii*, no lo es menos que no pueden limitar su ejercicio de tal manera que se acabe atentando a su contenido esencial —ap. 78—. Unánimemente, el TEDH considera que el Estado español no ha sobrepasado su margen de actuación por lo que al desarrollo de este derecho se refiere.

Dicho margen de apreciación es recordado por el juez Myjer en su voto particular al considerar inadmisibles «que el Estado tenga una *obligación positiva* de adaptar su derecho matrimonial a los deseos de individuos o grupos que sigan un particular estilo de vida, incluso si, como los gitanos en España, esos individuos o grupos constituyen un porcentaje elevado de la población». El Convenio no obliga al Estado español a aceptar y reconocer al rito matrimonial gitano como otra de las formas susceptibles de generar los efectos de esta institución, y más aún cuando nada les impide acceder a la misma a través de los criterios neutrales ya reconocidos. Por ello, coincidiendo con el TC, el TEDH concluye su argumentación considerando —acertadamente a nuestro juicio— que «el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal» —ap. 81—. Ésta es la razón por la que no considera vulnerado el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 12 CEDH.

<sup>15</sup> En este sentido se manifestaban ya las sentencias del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social) n.ºs 6818/1999, de 7 de octubre (AS 1999/4205), y 7949/2002, de 12 de diciembre (AS 2003/422): «abstracción hecha de la dificultad terminológica que ya supone asimilar “rito gitano” a “forma religiosa”, en cualquier caso, y sin perjuicio de su posible regulación, hoy día, la unión de hombre y mujer concertada mediante el rito gitano, no tiene la consideración legal de matrimonio; siendo la forma de contraer el matrimonio y no la raza lo que determina los efectos legales del mismo, por lo que no existe la vulneración del principio de discriminación por razón de raza que se denuncia». Siguiendo la doctrina sentada por dicha resolución, CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, pág. 47, y RIVAS VALLEJO, P., «Prestaciones por muerte y supervivencia: últimas tendencias jurisprudenciales», *Aranzadi Social*, n.º 15/2000 (Estudio), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2000/1720), que en la pág. 10 añade que «lo que se rechaza es la forma de celebrar el matrimonio y no la raza, aun cuando la forma sea propia de la raza y por consiguiente pudiera considerarse discriminación indirecta».

Por tanto, con esta resolución el Tribunal de Estrasburgo no está reconociendo validez y eficacia civil a las uniones celebradas por el rito de la comunidad gitana, ya que este cometido compete exclusivamente al legislador español<sup>16</sup>. Ésta es, sin embargo, una de las erróneas conclusiones extraídas por determinados sectores de la sociedad, que debería ser corregida<sup>17</sup>.

Cuestión distinta es si los legisladores nacionales *deberían* legalizar los matrimonios celebrados exclusivamente conforme a los ritos propios de las minorías. Tal y como afirma el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, n.º 157 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, «la *diversidad cultural* ha de ser una fuente y un factor de enriquecimiento de una sociedad y no de división de la misma». En este sentido, Sartori señala los riesgos que el denominado fenómeno de la *multiculturalidad* puede suponer para el pluralismo de las sociedades libres. Este autor contrapone los conceptos de *pluralismo* y *multiculturalismo* y considera que mientras «el pluralismo se manifiesta como una sociedad abierta muy enriquecida por pertenencias múltiples, el multiculturalismo significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y heterogéneas»<sup>18</sup>. Basándose en los postulados esgrimidos por el citado autor, el Abogado del Estado, Rivero

<sup>16</sup> Así lo pone de manifiesto el juez Myjer en su voto particular. El magistrado comprende que los gitanos quieran que su matrimonio se reconozca como un matrimonio legalmente válido ante las autoridades civiles, pero considera que no corresponde al Tribunal convertir tal deseo en una obligación derivada del Convenio. Por tanto, con esta sentencia no se ha dado cobertura a la petición que lanzaba la Unión Romaní, que intervino en el procedimiento escrito en calidad de *amicus curiae*, para que el Estado reconociese la validez de sus ritos —ap. 77—.

<sup>17</sup> Prueba de ello son los titulares de los periódicos que recogieron la noticia. Entre ellos, llaman la atención afirmaciones como la del periódico *20 minutos* (edición de Valencia): «Europa concede plena validez a una boda española por el rito gitano»; el periódico *ADN* (ediciones de Madrid y Valencia): «Estrasburgo declara legal una boda gitana»; *El Correo* (edición Andalucía): «La validez a todos los efectos del matrimonio de rito gitano», o edición de Vizcaya: «Casada y bien casada» —todos ellos del 9 de diciembre de 2009—. Datos extraídos de <http://www.gitanos.org/servicios/prensa/dossieres/17895.html>.

<sup>18</sup> Así lo recoge RIVERO GONZÁLEZ, M., «Multiculturalismo, derecho e identidades nacionales. Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre las bodas gitanas», *Diario La Ley*, n.º 7244, Sección Tribuna, 18 septiembre 2009, Año XXX, Ref. D-290, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 14031/2009), tomando como punto de referencia la obra de SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, 2001. En la pág. 2 añade, además, que mientras «la sociedad pluralista es tolerante, abierta e incluyente, el multiculturalismo es determinista porque incluye a las personas en grupos necesarios de pertenencia étnica, religiosa, idiomática y cultural, que, a modo de *getthos* totalitarios, se yuxtaponen y discurren paralelos, sin integrarse en el cuerpo social común».

González, lleva a cabo una serie de interesantes reflexiones sobre lo que la defensa de la sociedad multiétnica podría provocar en nuestro ordenamiento: «Desde una perspectiva multicultural [...] cabría considerar o argumentar que cada grupo social o étnico perfectamente diferenciado, con pautas de comportamiento definidas y con valores asumidos como propios *tendría derecho a que todo ese acervo se reconociese por el Estado con valor jurídico*. Incluso cabría matizar que, con respeto a las normas de orden público del Estado [...] las *formas* que cada comunidad, etnia o grupo adoptase o practicase para formalizar sus relaciones sociales debieran ser automáticamente reconocidas por el Estado, como muestra de respeto del Estado democrático a los grupos, más o menos minoritarios, eso es lo de menos, dotados de pautas de conducta definidas e identitarias. De este modo, el pleno desenvolvimiento de los individuos se realizaría dentro del grupo, limitándose el Estado a asumir los efectos jurídicos de lo decidido por el grupo, haciendo suyos los valores de éste»<sup>19</sup>. Ésta no parece ser la postura defendida por el TC ni tampoco por el TSJ, que en su sentencia declara que las etnias «no constituyen sino un grupo diferenciado por razón de la raza, pudiendo ser múltiples las que albergue un Estado *sin que por ello se diluya o fragmente su ordenamiento jurídico general en tantos cuantas razas lo integren*» —FD 5.º—. Pero sí parece ser la postura de la demandante. Es decir, lo que ésta pretende conseguir es que se reconozcan las señas de identidad o características propias de su etnia, exigencia que pone de manifiesto cuando afirma que «la legislación española no tiene en cuenta las especificidades de la minoría gitana puesto que le obliga a someterse a una forma de expresión del consentimiento matrimonial que los miembros de esta comunidad no reconocen».

---

<sup>19</sup> RIVERO GONZÁLEZ, M., *ibid.*, pág. 10. MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?», en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián, 1 al 3 de junio de 2000*, Bilbao, 2001, pág. 657, también sostiene que «la multiculturalidad, que es uno de los rasgos más significativos del mundo contemporáneo, provoca que coexistan en nuestra sociedad individuos de culturas diferentes que están más adheridos a sus identidades culturales que a las de la sociedad que los recibe».

## 2. Posible contravención por el artículo 174 LGSS del artículo 14 de la CE y del artículo 14 del CEDH

No sólo hemos analizado las posibilidades admitidas por el ordenamiento español para adquirir el estado civil de «casado», sino que también hemos puesto de manifiesto la neutralidad de nuestro sistema y la ausencia de vulneración por el Estado español, en el caso concreto, del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 12 CEDH. Es decir, no se vulnera el derecho a contraer matrimonio de la demandante cuando no se equipara su unión con un matrimonio válidamente celebrado. Sin embargo, el Tribunal declara vulnerado el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 y considera que la denegación de la pensión es discriminatoria y afecta al derecho de propiedad de la demandante por la cuantía no percibida.

La redacción del artículo 174 LGSS vigente en el momento de los hechos reservaba la pensión de viudedad al «cónyuge» supérstite, y el no reconocimiento de efectos al matrimonio gitano impedía la existencia del *vínculo matrimonial* exigido para lucrar dicha prestación. Nos preguntamos entonces en qué se basa el TEDH para considerar vulnerada la prohibición de discriminación por privar a la demandante de la pensión: ¿considera que es una medida discriminatoria, y por tanto contraria al CEDH, que la pensión de viudedad se limite exclusivamente a las uniones basadas en una convivencia matrimonial?

El TEDH ha afirmado en reiteradas ocasiones que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para adoptar las medidas que consideren convenientes en materia económica y social, al poseer las autoridades nacionales un conocimiento más directo de su sociedad y de sus necesidades<sup>20</sup>. Por este motivo, el Tribunal debe respetar, en principio, dichas medidas. Sin embargo, cuando un Estado crea un régimen de prestaciones sociales debe hacerlo de manera compatible con el Convenio. La libertad del legislador nacional en la configuración de su sistema de Seguridad Social es una libertad limitada en el sentido de que las medidas adoptadas deben estar provistas de una *base razonable*. Por tanto, no cualquier distinción de trato que establezca el legislador estatal queda justificada por su libre margen de apreciación en ese ámbito, sino que los derechos reconocidos en el Convenio operan como un límite que le obliga a justificar en todo caso que la medida adoptada es *objetiva y razonable*. Esto significa que, sin perjuicio de

<sup>20</sup> Así lo afirma el Tribunal en el apartado 49 de la sentencia analizada.

que sean los Estados los que deban configurar su sistema de prestaciones sociales, el TEDH tiene la última palabra acerca de si las medidas adoptadas son acordes al Convenio<sup>21</sup>.

Pues bien, la posición del TEDH en relación con la medida establecida en el artículo 174 LGSS, esto es, la reserva de la prestación de viudedad al «cónyuge supérstite» con exclusión de los convivientes de hecho o de aquellas personas unidas según ritos o costumbres no reconocidos legalmente, se refleja con claridad meridiana en su reciente sentencia de 20 de enero de 2009 que resuelve el *Caso Serife Yigit contra Turquía*, en el que también se reclamaba una prestación por viudedad que, según la demandante, había sido injustamente denegada por los tribunales turcos. En este asunto la señora Serife Yigit había contraído matrimonio *religioso* con su difunto marido, siendo el matrimonio *civil* el único reconocido por la legislación turca. Para justificar la denegación de la pensión, el Gobierno alegaba que sólo era posible reconocer los derechos derivados del matrimonio a aquellos que cumplieran con las exigencias previstas por la ley, situación en la que no se encontraba la demandante, que, oficialmente, no estaba casada. Por su parte, la demandante rebatía lo dispuesto por el Gobierno afirmando que el matrimonio religioso era una realidad en Turquía vinculada a la tradición y a las costumbres. Con objeto de dirimir la controversia y tras haber sido desestimada su petición en la vía interna por considerar que el matrimonio no había sido validado y reconocido legalmente, el Tribunal de Estrasburgo declaró, por un lado, que no era irrazonable que el legislador turco concediese protección únicamente al matrimonio civil, por ser éste una institución ampliamente reconocida que confería un estatus particular a los que lo contraían, y, por otro, que la diferencia de trato existente en materia de prestaciones de viudedad entre cónyuges y personas no casadas perseguía un *fin legítimo* y tenía una *justificación objetiva y razonable*, que se concretaba en la protección de la familia fundada tradicionalmente en los vínculos del matrimonio. Las semejanzas entre este caso y el de la señora Muñoz no pueden pasar desapercibidas ya que en ambos se trataba de un matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres de los contrayentes —cierto es que en el *Caso Serife* el

---

<sup>21</sup> En ocasiones, para determinar la existencia o no de una medida discriminatoria contraria al artículo 14 CEDH, el Tribunal tiene en cuenta si existe o no uniformidad de criterios en las legislaciones de los Estados miembros con relación a la cuestión concreta. CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)», en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J./Santolaya, P. (coords.), Madrid, 2005, pág. 674.

rito de celebración era religioso y no basado en la tradición de una etnia— y dicha forma de celebración no gozaba de eficacia civil en el ordenamiento correspondiente<sup>22</sup>. Sin embargo, el fallo del Tribunal es bien distinto en uno y otro caso: mientras la señora Serife Yigit vio desestimada su pretensión, la señora Muñoz Díaz obtuvo la protección solicitada.

Por lo que se refiere a la legislación española, el TEDH también ha tenido oportunidad de pronunciarse en los casos en que el Estado ha sido demandado por denegar prestaciones de viudedad<sup>23</sup>. En todos ellos considera justificado el rechazo de la pensión y entiende que la legislación española en materia de prestaciones de viudedad persigue un *fin legítimo* y que la distinción de trato entre uniones matrimoniales y extramatrimoniales depende del margen de apreciación del propio Estado. Por tanto, que el derecho a recibir la pensión se reserve al superviviente de una unión matrimonial no supone discriminación alguna. Lo llamativo es que, salvo por el hecho de que los interesados no pertenecían a ninguna minoría étnica, en alguno de estos supuestos las circunstancias eran muy similares a las de la señora Muñoz Díaz —nacionalidad española, convivencia análoga a la matrimonial prolongada en el tiempo, buena fe e hijos comunes<sup>24</sup>— y, sin embargo, a los primeros se les denegó una pensión que sí vio reconocida la señora Muñoz.

En el mismo sentido que el TEDH se pronuncia el Tribunal Constitucional español, considerando que no supone una «discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia»<sup>25</sup>. Esta postura no es en absoluto novedosa en la doctrina de dicho Tribunal, sino que se sitúa en la línea mantenida desde su sentencia de 15 de noviembre de 1990, en la que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura n.º 1 de Álava contra el artículo 160 LGSS —antiguo artículo 174—, declarándolo plenamente constitucional por

<sup>22</sup> En el *Caso Serife Yigit* la demandante alega vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio —derecho al respeto a la vida privada y familiar—. Pero en el voto particular de esta sentencia se manifiesta que habría sido posible examinar la queja desde el punto de vista del artículo 1 del Protocolo n.º 1 en relación con el artículo 14 del Convenio.

<sup>23</sup> SSTEDH de 10 de mayo de 2001, *Caso Mata Estévez contra España* (JUR 2004/129420); de 4 de marzo de 1998, *Caso Fernanda Quintana Zapata contra España* (JUR 2007/44112); de 30 agosto de 1993, *Caso G.A.B. contra España* (JUR 2008/350120).

<sup>24</sup> STEDH de 4 de marzo de 1998, cit.

<sup>25</sup> FD 4.º de la STC 69/2007, cit.

no vulnerar lo dispuesto en los artículos 10, 14 y 39 CE<sup>26</sup>. En principio, el legislador es libre para establecer consecuencias jurídicas distintas a las uniones matrimoniales y no matrimoniales puesto que se trata de supuestos de hecho distintos<sup>27</sup>. Sin embargo, no cualquier medida que diferencie entre ambos tipos de uniones y que tenga como únicos beneficiarios a los primeros es siempre compatible con el principio de igualdad. Por esta razón, el artículo 14 CE opera como un límite frente al legislador en el sentido de que la diferencia de trato establecida ha de estar siempre justificada, esto es, ser objetiva y razonable y perseguir un fin legítimo<sup>28</sup>. En esta resolución, el TC estima que «no son inconstitucionales las medidas a través de las cuales los poderes públicos tratan de forma distinta y más favorable a las uniones matrimoniales que a otras unidades convivenciales, siempre y cuando dichas medidas no coarten ni dificulten irrazonablemente la convivencia *more uxorio*», y concluye que «la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria o carente de fundamento»<sup>29</sup>.

Si bien es cierto que sobre esta cuestión se han alzado siempre voces discordantes<sup>30</sup>, existe una postura mayoritaria y consolidada que

<sup>26</sup> STC 84/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990/184). En el mismo sentido, SSTC 29/1991 (RTC 1991/29), 31/1991 (RTC 1991/31), 35/1991 (RTC 1991/35) y 38/1991 (RTC 1991/38), de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril (RTC 1991/77); 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/66); 39/1998, de 17 de febrero (RTC 1998/39).

<sup>27</sup> Así lo afirma con claridad la STSJ de Cataluña de 12 diciembre 2002, ya citada, en la que el Tribunal considera que «no son equiparables para el reconocimiento de la pensión de viudedad, las situaciones de convivencia *more uxorio* y las derivadas de una convivencia matrimonial, no pudiendo asimilarse ambas situaciones ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.1 del Código Civil».

<sup>28</sup> Vid., en este sentido, el voto particular a la STC 184/1990 del magistrado López Guerra.

<sup>29</sup> Son interesantes las declaraciones del Abogado del Estado y del Fiscal General sobre esta cuestión. Pueden verse también en este sentido los votos particulares de la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992/222), emitidos por los magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López.

<sup>30</sup> Vid. el propio voto particular de la STEDH de 20 de enero de 2009, *Caso Serife Yigit*, donde fueron tres los magistrados que se apartaron del fallo mayoritario. Sus razonamientos suscitan interés porque ponen de manifiesto que para que una medida adoptada por un Estado esté justificada no basta con que sea objetiva y razonable, sino que, además, ha de ser *proporcionada* y *necesaria*, es decir, debe posibilitar la consecución del fin legítimo que se persigue —en el caso en cuestión, la protección de la familia matrimonial— y ser necesaria para alcanzar dicho objetivo, extremos que, según ellos, no se tuvieron en cuenta por la opinión mayoritaria al resolver a favor del Estado. También en la jurisprudencia española hay quien considera que esta distinción de trato es inconstitucional por discriminatoria: vid., por ejemplo, los votos particulares de los magistrados Gimeno Sendra y López Guerra a la STC 184/1990.

ha prevalecido en nuestros tribunales —e incluso en el TEDH—, dejando siempre, eso sí, la puerta abierta al cambio<sup>31</sup>. Cambio que en nuestro país se ha producido con la Ley 40/2007, que amplía el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones fijadas por el legislador<sup>32</sup>, y en virtud de la cual la señora Muñoz venía cobrando una pensión de viudedad con efectos económicos desde el 1 de enero de 2007. Con esta reforma no se ha conseguido la plena equiparación de ambas uniones en esta materia —ya que se exigen requisitos distintos según sea el cónyuge o el miembro de la pareja de hecho el que solicita la pensión—, pero se viene a zanjar la polémica existente sobre la posible inconstitucionalidad de la medida y se da cobertura a una realidad social cada vez más acuciante.

En conclusión, y al margen de las opiniones disidentes, con anterioridad a la modificación operada por la Ley 40/2007, tanto el TEDH como el TC venían considerando que excluir de la pensión de viudedad a las uniones de hecho o a los matrimonios celebrados según ritos no reconocidos, no vulneraba ni el artículo 14 del Convenio ni el artículo 14 de la CE, respectivamente. Sin embargo, el TEDH considera que la denegación de la pensión a la señora Muñoz sí vulneraba, en el caso concreto, el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. ¿En qué se basa el Tribunal para argumentar esta decisión? ¿Por qué considera que se ha discriminado a la señora Muñoz al negarle la prestación de viudedad? Porque el Tribunal considera que las autoridades nacionales dispensan a la recurrente un trato distinto y peor al otorgado por la ley y la jurisprudencia a otros supuestos análogos en los que tampoco existía vínculo

---

<sup>31</sup> Así lo expresa el TC en su sentencia 69/2007, donde considera que «el Pleno de este Tribunal también ha hecho especial incidencia en que la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador tampoco resulta vedada por el artículo 14 CE ni encuentra obstáculos en los artículos 32 y 39 CE, ya que la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a otras uniones, según este Tribunal ha venido señalando». En la STC 184/1990 el Tribunal también sostiene que «una cosa es que tal decisión de ampliar el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad sea constitucionalmente posible, en el marco de una nueva ordenación de dicha prestación, y que desde algunas posiciones se vea como socialmente deseable, y otra bien distinta, que, por el hecho de no hacerlo así la vigente, la exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la misma sea discriminatoria desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, pues ya se ha dicho que tal exigencia no está privada de justificación objetiva y razonable».

<sup>32</sup> Véase artículo 174.3 LGSS.

matrimonial válido, estando dicha diferencia de trato basada únicamente en que la demandante había contraído matrimonio conforme a los usos y costumbres de la comunidad étnica a la que pertenecía.

Es precisamente aquí donde encontramos la piedra angular de la argumentación del TEDH, que le lleva a fallar de forma contraria a como lo había hecho nuestro TC. El punto de partida de sus argumentaciones es distinto: mientras el TC equipara el matrimonio de la señora Muñoz con una pareja de hecho, tal y como hasta ahora venían haciendo los tribunales internos<sup>33</sup>, el TEDH lo considera como «algo más» que una simple unión *more uxorio*. En concreto, equipara *este* matrimonio gitano, el de la señora Muñoz, con los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes y, por eso, no estima suficiente que se le dispense el mismo trato que a una pareja de hecho<sup>34</sup>. Si el TEDH hubiese considerado el matrimonio de la señora Muñoz una mera unión *more uxorio*, no hubiese tenido más remedio que confirmar la sentencia del Constitucional en la medida en que se habría dispensado el mismo trato a situaciones análogas, tal y como exige el principio de igualdad y no discriminación. En los dos epígrafes siguientes trataremos ampliamente esta cuestión.

#### IV. PAREJAS DE HECHO Y UNIONES CELEBRADAS POR EL RITO GITANO: ¿UN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN?

Como hemos señalado, el TC equipara las uniones celebradas por el rito gitano con las parejas de hecho. Esto nos lleva al tercero de los interrogantes planteados al inicio de esta exposición: ¿incurren las autoridades españolas en algún tipo de discriminación al dispensar el mismo trato al matrimonio gitano que a las uniones de hecho? Nos preguntamos si el hecho de que el matrimonio de la señora Muñoz recibiese el mismo tratamiento que hubiese recibido cualquier persona que

<sup>33</sup> SSTSJ Cataluña de 7 de octubre de 1999 y de 12 de diciembre de 2002, ya citadas. Contra, STSJ Madrid de 30 de mayo de 2002, analizada. El hecho de equiparar la situación de la señora Muñoz con la de una pareja de hecho permite el cobro de la pensión desde el 1 de enero de 2007 y no desde el momento de fallecimiento del esposo, en el año 2000.

<sup>34</sup> Debemos matizar que son las circunstancias del caso concreto, y así lo reitera el TEDH, las que le llevan a realizar dicha equiparación con los matrimonios nulos. Es decir, es la buena fe mostrada por la demandante y los propios actos llevados a cabo por el Estado los que le llevan a considerar «desproporcionada» la denegación de la pensión, extremos que, posteriormente, analizaremos con más detalle.

se encontrase en una situación similar, pero en la que no estuviese presente el factor racial, es precisamente lo que lleva al TEDH a entender que el Estado español infringe el artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. Para responder a esta cuestión habría que plantearse si dichas situaciones son comparables o no y, en función de esto, determinar si el hecho de aplicarles las mismas consecuencias jurídicas —denegación pensión viudedad— vulnera la prohibición de discriminación.

Esta cuestión entronca directamente con la interpretación que se mantenga acerca del principio de igualdad y no discriminación. El diverso fallo al que llegan el TC y el TEDH sobre el mismo asunto motiva el análisis de sus respectivas posturas sobre dicho principio y sobre lo que el mismo conlleva: ¿permite exclusivamente a los individuos exigir un trato igual en situaciones idénticas o permite también exigir un trato distinto ante situaciones diferentes? Y, en el caso concreto, ¿podría exigirse, tal y como hace la demandante, que a efectos de la pensión de viudedad se dispensase un tratamiento diferente a los matrimonios celebrados por el rito gitano y a las uniones de hecho, por tratarse de supuestos distintos?

### 1. *La discriminación por indiferenciación en la jurisprudencia del TC*

De los diversos motivos alegados por la señora Muñoz en su recurso de amparo, el único que finalmente analiza el Tribunal Constitucional es el de la posible vulneración del artículo 14 CE por haber equiparado la situación de la demandante con la de una pareja de hecho, a pesar de haber quedado probada la existencia de un matrimonio celebrado por el rito gitano. El TC desestima el recurso y considera que no se da en el presente asunto la discriminación alegada. Descarta, en primer lugar, la discriminación por motivos sociales por las razones analizadas en el epígrafe anterior y, en segundo lugar, afirma que debe excluirse también la existencia de un trato discriminatorio *directo* o *indirecto* por motivos raciales o étnicos, por aplicar a la situación de la demandante el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*, por lo que a la prestación de viudedad se refiere.

Para comprender el fallo debe analizarse la doctrina que ha venido manteniendo el máximo intérprete de nuestro Texto Constitucional acerca del principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE. Dicho precepto establece la igualdad de todos los espa-

ñoles *ante la ley*, consagrando así la tradicionalmente denominada «igualdad formal», que abarca tanto la igualdad *en la aplicación de la ley* como la igualdad *en el contenido de la ley*. Esto significa que, por un lado, los órganos competentes deben aplicar la ley de la misma forma a todas las personas que se encuentren en idénticas situaciones y, por otro lado, que, teniendo en cuenta la posibilidad de que sea la propia ley la que establezca un trato discriminatorio, debe entenderse este principio como un límite frente al propio legislador, quien, ante supuestos de hecho iguales, tiene la obligación de establecer iguales consecuencias jurídicas<sup>35</sup>. Pero, además de esta *cláusula general de igualdad*, el artículo 14 CE contiene una *prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio* por las razones que en él se establecen, esto es, nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La discriminación consiste en tratar de forma diferente, *sin justificación objetiva y razonable*, a personas que se encuentran en situaciones similares; por tanto, no se prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino tan sólo aquella injustificada, o, lo que es lo mismo, aquella que no persiga un fin legítimo<sup>36</sup>.

Como ha venido afirmando la jurisprudencia constitucional, se consagra en dicho precepto tanto un *principio general del derecho* como un *derecho subjetivo* que otorga a los individuos la posibilidad de exigir un trato igual ante situaciones comparables<sup>37</sup>. Pero lo que no ampara la ci-

<sup>35</sup> Así lo establece, entre otras muchas, la STC 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004/199).

<sup>36</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2008, pág. 198, considera que el elemento clave para la interpretación del artículo 14 CE es probablemente la utilización del término «discriminación», que, por influencia anglosajona, ya no significa exclusivamente «diferenciación o separación», sino diferenciación injustificada o arbitraria. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M./FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en *Comentarios a la Constitución española*, Casas Baamonde, M. E./Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dirs.), Madrid, 2009, pág. 281, señalan que «la concepción valorativa de la igualdad impone la justificación de las desigualdades de trato que explique un tratamiento diverso entre quienes se encuentran en una situación igual, evitando reglas arbitrarias, pero sin tratar de sustituir al legislador en el establecimiento de las diferencias». En jurisprudencia pueden verse en este sentido las SSTC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983/75); 23/1984, de 20 de febrero (RTC 1984/23); 123/1987, de 15 de julio (RTC 1987/123); 25/1989, de 3 de febrero (RTC 1989/25). Más actuales, SSTC 76/2008, de 3 de julio (RTC 2008/76), y 122/2008, de 20 de octubre (RTC 2008/122).

<sup>37</sup> En el voto particular de la STC 75/1983, cit., formulado por cinco magistrados, se establece lo siguiente: «El artículo 14 CE contiene tres figuras distintas: a) un principio general del derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una “estricta” interpretación “restrictiva”; b) un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea

tada disposición, como reiteradamente ha establecido el TC, es la falta de distinción entre supuestos diferentes, es decir, no existe un derecho subjetivo a recibir un trato normativo desigual<sup>38</sup>. Y ésta es precisamente la razón por la que se desestima el recurso de amparo interpuesto por la señora Muñoz, en el cual *exigía* que se le dispensase un trato distinto al otorgado a las uniones de hecho al tratarse de situaciones también distintas. Alegaba la recurrente que «el matrimonio gitano, si bien puede ser considerado *algo menos* que un matrimonio civil, debe también ser considerado como *algo más* que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello»<sup>39</sup>. Pero, como dice el TC, el artículo 14 CE no impide que a varios colectivos —en nuestro caso parejas de hecho y matrimonios gitanos— se les dispense el mismo trato aunque cuenten con características peculiares, ya que la decisión de tratar particularizadamente a cada uno de ellos corresponde en exclusiva al legislador<sup>40</sup>. Por tanto, no puede exigirse una *diferencia de trato* amparada en el principio de igualdad, porque lo que dicho principio impide es el trato desigual de situaciones idénticas sin justificación, pero no el trato igual de situaciones desiguales o «discriminación por indiferenciación»<sup>41</sup>.

Cuestión distinta es que, en virtud del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, los poderes públicos deban «adoptar medidas de trato

---

restablecida; c) una limitación al poder legislativo que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades». Citando la STC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001/200), RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M./FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad ante la ley...», *ibid.*, pág. 276, señalan que «la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley se configura como un principio general de igualdad, y, también, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual».

<sup>38</sup> Entre otras, SSTC 86/1985, de 10 de julio (RTC 1985/86); 52/1987, de 7 de mayo (RTC 1987/52); 48/1989, de 21 de febrero (RTC 1989/48); 308/1994, de 15 de febrero (RTC 1994/38); 36/1999, de 22 de marzo (RTC 1999/36); 241/2000, de 16 de octubre (RTC 2000/241); 117/2006, de 24 de abril (RTC 2006/117).

<sup>39</sup> Así lo recoge el Antecedente de Hecho 3.º de la STC 69/2007. Señala RODRÍGUEZ CARDO, I., «Forma matrimonial y pensión de viudedad...», cit., pág. 6, que «desde esta perspectiva, el rito gitano constituiría un *tertium genus* que se situaría en una posición intermedia entre el matrimonio con efectos civiles y las parejas de hecho».

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I., «Forma matrimonial y pensión de viudedad...», *ibid.*, pág. 8; CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)», cit., pág. 680.

<sup>41</sup> SSTC 75/1983 (RTC 1983/75); 86/1985, cit.; 52/1987, cit.; 19/1988, de 16 de febrero (RTC 1988/19); 308/1994, cit.; 36/1999, cit.; 88/2001, de 2 de abril (RTC 2001/88). En estas resoluciones el Tribunal dispone que «el artículo 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato». También lo establece así el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/4253).

diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Por esta vía podrían tenerse en cuenta las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, pero, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual bajo la invocación del artículo 14 CE<sup>42</sup>. Consagra el artículo 9.2 CE la denominada «igualdad material», interpretada por el TC como un *principio matizador* de la igualdad formal contenida en el artículo 14 CE, que justifica el tratamiento legal diferenciado y favorable de ciertos sujetos o grupos sociales situados en una posición de inferioridad real o de tradicional discriminación, con el fin último de conseguir su plena integración y equiparación con el resto de la sociedad<sup>43</sup>. Por tanto, la elaboración de normas aparentemente desiguales queda justificada cuando lo que se pretenda sea la consecución de una igualdad *real y efectiva* de todos los ciudadanos. Este tipo de medidas adoptadas por los poderes públicos en *pro* de la igualdad material se conocen como *acciones positivas*<sup>44</sup>, las cuales, a pesar de establecer un trato más favorable para determinados sujetos, no vulneran el principio de igualdad porque intentan compensar situaciones de desventaja social<sup>45</sup>.

De lo expuesto hasta ahora resultaría que mientras el artículo 14 CE recoge el principio de igualdad formal, el artículo 9.2 CE contendría el principio de igualdad material. Y la apreciación es importante

<sup>42</sup> Así lo pone de manifiesto el TC en el FD 4.º de la sentencia 69/2007 para denegar el amparo a María Luisa Muñoz.

<sup>43</sup> SSTC 98/1985, de 29 de julio (RTC 1985/98); 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988/166). En doctrina, sobre el principio de igualdad material, CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84, abril-junio 1994, págs. 271-285, y «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 8, 2004, págs. 1-21 y doctrina citada.

<sup>44</sup> Para hacer referencia a la *acción positiva* se han empleado también expresiones como «discriminación positiva» o incluso «discriminación inversa». El término es la traducción de una expresión norteamericana, *affirmative action*, que hace referencia a «todo trato *formalmente* desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad *sustancial*, en especial a favor de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos». DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 212.

<sup>45</sup> SSTC 114/1983, de 6 de diciembre (RTC 1983/114); 98/1985, cit.; 19/1988, cit.; 19/1989, de 31 de enero (RTC 1989/19). De la interpretación conjunta de los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías también se extrae sin dificultad que las medidas adoptadas con el fin de promover en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría no se consideran actos de discriminación.

si tenemos en cuenta el distinto lugar que ocupan en el Texto Constitucional cada uno de estos preceptos, ya que mientras el artículo 14 se encuentra entre los derechos fundamentales —Título Primero—, el artículo 9.2 está recogido en el Título Preliminar y se trata de una «norma programática que impide su consideración como norma fundamentadora de derechos subjetivos esgrimibles ante los tribunales»<sup>46</sup>. Sin embargo, un sector doctrinal y jurisprudencial aboga por la innecesariedad de acudir al artículo 9.2 CE para justificar la adopción de acciones positivas y por la conveniencia de realizar una interpretación amplia del artículo 14 CE, comprensiva de ambos aspectos del principio de igualdad<sup>47</sup>. Según esta postura, teniendo en cuenta que el artículo 14 CE no prohíbe cualquier desigualdad de trato sino sólo aquella injustificada o arbitraria, la pretensión de corregir jurídicamente desigualdades existentes en la sociedad con el fin de conseguir la plena equiparación de todos los ciudadanos constituiría por sí misma una justificación objetiva y razonable que permitiría ese trato diferente y favorable. ¿Significa esto que tanto la *igualdad formal* como la *igualdad material* se configuran como derechos subjetivos fundamentales esgrimibles ante los tribunales? Como ya hemos afirmado, el artículo 14 CE sí consagra un derecho subjetivo en virtud del cual los sujetos pueden exigir ante los tribunales un trato igual en situaciones iguales. Sin embargo, por lo que a la igualdad material se refiere, hay que tener en cuenta que la misma puede tener dos funcionalidades<sup>48</sup>: la primera permitiría la elaboración de normas que, siendo aparentemente contrarias a la igualdad formal, estuviesen dirigidas a conseguir la igualdad material. Esta primera funcionalidad sí ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales españolas, tal y como

<sup>46</sup> CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», cit., pág. 6. Añade la autora que se trataría simplemente de un criterio interpretativo del resto del ordenamiento, incluido el artículo 14 CE.

<sup>47</sup> CARMONA CUENCA, E., *ibid.*, pág. 7. REY MARTÍNEZ, F., «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T. II, Navarra, 2006, pág. 4864, haciendo referencia expresa a la prohibición de discriminación racial, considera que el artículo 14 CE comprende: 1. La prohibición de discriminaciones directas, esto es, cualquier trato jurídico diferente y peor en atención a la raza. 2. La prohibición de discriminaciones indirectas, esto es, un trato jurídico diferenciado en razón de un criterio formalmente neutro pero que impacta adversamente sobre los miembros de la minoría racial. 3. El mandato de acciones positivas, esto es, tratos jurídicos favorables a aquellos que fácticamente están en desventaja. 4. Licitud, bajo ciertas condiciones, de las discriminaciones positivas.

<sup>48</sup> Así lo expone CARMONA CUENCA, E., *ibid.*, pág. 8, siguiendo la doctrina elaborada por el profesor ALEXY, R., en su obra *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid, 1993, págs. 406-415.

acabamos de exponer. Sin embargo, la admisión de la segunda funcionalidad de este principio es más problemática en tanto que conllevaría el reconocimiento de un derecho subjetivo a exigir ante jueces y tribunales un trato normativo distinto y favorable en aras de la consecución de la igualdad real. Esta segunda funcionalidad es la que no admite el Tribunal Constitucional, debido a los importantes problemas que podría suponer por contradecir tanto el propio principio de igualdad formal<sup>49</sup> como el principio general de distribución de competencias entre el poder legislativo y el judicial<sup>50</sup>.

En el procedimiento judicial objeto de nuestro estudio está implícita desde la primera instancia la idea de que para conseguir la plena equiparación de las minorías y evitar discriminaciones por motivos raciales es imprescindible la adopción de ciertas medidas por los poderes públicos<sup>51</sup>. Sin embargo, el TSJ, si bien admite la necesidad de tales medidas, considera que hasta que las mismas se lleven a cabo los tribunales no pueden «adoptar soluciones voluntaristas al respecto, por bienintencionadas que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el Estado de Derecho y hacen concebir infundadas esperanzas —aunque formalmente lo estén— a los interesados» —FD 5.º—. Y en esta misma línea se sitúa la sentencia del TC.

## 2. *La discriminación por indiferenciación en la jurisprudencia del TEDH*

En la propia sentencia del caso Muñoz, previamente a resolver el fondo del asunto, el Tribunal expone su doctrina sobre esta cuestión.

<sup>49</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 214, afirma que «es difícil determinar hasta qué punto la acción positiva es compatible con el principio de igualdad ante la ley [...] Parece, en todo caso, que la introducción de excepciones a la asignación de derechos y deberes sobre la base de características personales exige una extremada prudencia, pues puede perjudicar a personas que de ningún modo son responsables de la situación que se trata de paliar». Por estas razones, el autor considera imprescindible que dichas medidas se adopten con carácter *temporal* y que se sometan al juicio de proporcionalidad.

<sup>50</sup> PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, pág. 146, a pesar de que admite en determinados casos la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad material, señala que «reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una tarea positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho».

<sup>51</sup> Así lo expresa en el FD 14.º de su sentencia el Juzgado de lo Social n.º 12 de Madrid.

En primer lugar, manifiesta que la *discriminación* consiste en «tratar de manera diferente a personas en situaciones similares sin que dicha distinción de trato esté justificada objetiva y razonablemente, esto es, sin que persiga un fin legítimo o sin que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»<sup>52</sup>. Hasta aquí no se observan diferencias con respecto a la postura mantenida por nuestro TC. Sin embargo, a continuación, y tras reconocer cierto margen de libertad a los Estados para determinar cuándo las diferencias entre situaciones análogas justifican distinciones de trato y en qué medida, afirma que el artículo 14 CEDH «no prohíbe a los Estados tratar a ciertos grupos de manera diferente para corregir *desigualdades de hecho* entre ellos y que, en determinadas circunstancias, *es precisamente la ausencia de este tratamiento diferenciado para corregir una desigualdad la que puede, sin justificación objetiva y razonable, dar lugar a una violación de la disposición en cuestión*»<sup>53</sup>. Por tanto, está admitiendo el Tribunal la denominada «discriminación por indiferenciación» o, como algún autor acertadamente matiza, «discriminación por igualación»<sup>54</sup>, según la cual el principio de igualdad no sólo prohibiría el tratamiento desigual a situaciones iguales, sino también la igualdad en la diversidad, es decir, que dos supuestos de hecho diversos reciban un mismo tratamiento jurídico<sup>55</sup>.

La primera vez que el Tribunal empleó esta doctrina fue en su sentencia de 6 de abril de 2000, *Caso Thlimmenos contra Grecia*, en la que admitió esta segunda faceta de la prohibición de discriminación al afirmar que, además de vulnerarse el artículo 14 CEDH cuando los Estados otorgan un trato distinto a personas que se encuentran en situaciones análogas sin justificación objetiva y razonable, «también se infringe el derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación *cuando, sin justificación objetiva y razo-*

<sup>52</sup> También puede verse STEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2007, *Caso D. H. y otros contra República Checa* (JUR 2007\329300), ap. 175 y jurisprudencia citada.

<sup>53</sup> También, en este sentido, STEDH (Gran Sala) de 6 de abril de 2000, *Caso Thlimmenos contra Grecia* (TEDH 2000/122); STEDH (Gran Sala) de 12 de abril de 2006, *Caso Sec y otros contra Reino Unido* (TEDH 2006/28); STEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2007, cit.

<sup>54</sup> REY MARTÍNEZ, F., «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?», *Diario La Ley*, n.º 7344, Sección Tribuna, 17 febrero 2010, Año XXXI, Ref. D-51, www.laleydigital.es (LA LEY 193/2010), pág. 3.

<sup>55</sup> CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)», cit., pág. 680.

*nable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente diferentes» —ap. 44—. La aceptación de este tipo de discriminación conllevaría la existencia de un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato distinto y favorable en determinadas circunstancias, y si el Estado no otorgase dicho trato por no haberlo previsto así en su legislación, estaría infringiendo la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH. Esto es lo que puede deducirse de lo afirmado por el Tribunal en el *Caso Thlimmenos* —ap. 48—: «[...] es el Estado quien, al aprobar la legislación correspondiente sin introducir las excepciones apropiadas a la regla [...] ha vulnerado el derecho del demandante que prohíbe la discriminación en el goce de su derecho establecido en el artículo 9 del Convenio». Por tanto, en este caso parece que se está sancionando al Estado por no actuar cuando debería haberlo hecho.*

En el caso que nos ocupa, también se podría pensar que el Tribunal está castigando *indirectamente* al Estado español por no adoptar una legislación que tuviese en cuenta la concreta situación de la etnia gitana. A esta conclusión parece llegar el juez Myjer, tal y como expone en su voto disidente<sup>56</sup>. Sin embargo, la sentencia no argumenta su fallo por la vía de la «discriminación por indiferenciación», a pesar de que parece claro que para el Tribunal el factor étnico debe considerarse una condición sustancial que obliga a diferenciar los matrimonios celebrados por el rito gitano y las uniones *more uxorio* en las que no interviene factor racial alguno<sup>57</sup>. El Tribunal resuelve el asunto aplicando el principio general de igualdad de trato y no la específica prohibición de discriminación por motivos raciales, argumentación que, como acertadamente expone Rey Martínez, «va a limitar en el futuro el valor de esta sentencia como precedente»<sup>58</sup>. En opinión del Tribunal, los órganos judiciales españoles debían haber tenido en cuenta las circunstancias particulares del caso y los aspectos étnicos. Al no hacerlo, están ignorando tanto el consenso internacional imperante en el

<sup>56</sup> Refiriéndose a la opinión mayoritaria declara: «[...] tengo la [incómoda] impresión de que han buscado llamar la atención de las autoridades españolas sobre lo que perciben como un rechazo a adoptar una legislación que refleje, de manera adecuada, la concreta situación de la etnia gitana».

<sup>57</sup> Pero condenar al Estado español por no haber adoptado una medida de acción positiva favorable a la minoría gitana iría en contra de lo establecido en el Protocolo 12 del CEDH, el cual otorga únicamente a los Estados la *posibilidad* de adoptar medidas o acciones positivas, pero no les obliga a ello. Ésta podría ser una de las razones por las que el Tribunal no argumenta su sentencia por la vía del derecho antidiscriminatorio.

<sup>58</sup> REY MARTÍNEZ, F., «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», cit., pág. 6.

Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida, como la doctrina sentada por el propio Tribunal según la cual «la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica que se deba prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario como en la adopción de decisiones en casos concretos»<sup>59</sup>. Doctrina que sí respeta el único magistrado del Tribunal Constitucional, Rodríguez-Zapata, que manifiesta una opinión disidente a la de la mayoría por entender que «en los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige medidas de *discriminación positiva* a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural», y que por estos motivos debía haberse otorgado a la recurrente el amparo solicitado<sup>60</sup>. A la discriminación positiva parece aludir también el TEDH al considerar que «si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, *sí puede influir en la manera de aplicarlas*»<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> STEDH de 25 de septiembre de 1996, *Caso Buckley contra Reino Unido* (TEDH 1996/42); STEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2007, cit.

<sup>60</sup> En contra de aplicar la discriminación positiva en este caso, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Dura lex, sed lex», *Aranzadi Civil*, n.º 7/2007 (Tribuna), www.westlaw.es (BIB 2007/905), pág. 2, quien considera que, a pesar de que probablemente éste sea un caso en el que este tipo de discriminación es adecuada, «conviene recordar que las medidas de discriminación positiva deben estar reservadas exclusivamente al legislador». En igual sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Forma matrimonial y pensión de viudedad...», cit., pág. 9. Por su parte, CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, pág. 15, considera que la discriminación inversa «no puede ser una excusa para eximir del cumplimiento de la ley a un colectivo [...] en la medida en que puede quedar comprometida la seguridad jurídica, la igualdad y el orden público». En nuestra opinión, si los tribunales españoles hubiesen concedido la pensión a la gitana, a pesar de no estar reconocida dicha unión como matrimonio por el Estado, hubiesen «creado» una excepción al artículo 174 LGSS, excepción que debe ser creada en todo caso por el legislador, como ocurre con los otros supuestos especiales previstos en la ley en los que se permite la concesión de la prestación de viudedad sin existir vínculo matrimonial previo y válido.

<sup>61</sup> A pesar de dicha alusión, como señala REY MARTÍNEZ, F., «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», cit., pág. 5, el fallo del *Caso Muñoz* no es una acción positiva ni una discriminación positiva, sino la reparación de una discriminación general prohibida, y no se entiende de qué modo las especificidades de la minoría gitana podrían haber llevado en este caso a la aplicación favorable de la ley. En nuestra opinión, la influencia favorable de las especificidades de la minoría gitana está en que, a efectos de la pensión de viudedad, se ha comparado la situación de la señora Muñoz con un matrimonio nulo, y no con una pareja de hecho —como venían haciendo los tribunales españoles—, simplemente por tratarse de un matrimonio celebrado por el rito gitano, comparación que no se ha llevado a cabo en supuestos análogos de convivencia prolonga-

Tanto la sentencia del TEDH como el voto particular del TC en el que parece basarse la primera se inclinan por el reconocimiento del derecho de las minorías a ser tratadas de forma distinta con el fin de conseguir su integración, en contra de lo fijado por el TC sobre la no admisión de la discriminación por indiferenciación. Señala incluso Rodríguez-Zapata que para conceder la pensión de viudedad a la recurrente no hubiese sido ni siquiera necesario el reconocimiento previo por el legislador de la eficacia civil del matrimonio gitano, puesto que existía sustento jurídico suficiente para ello, teniendo en cuenta que la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, consagraba la denominada «discriminación indirecta» en su artículo 2.2.b). Según establece dicho precepto, este tipo de discriminación se da «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios»<sup>62</sup>. Por lo que se refiere a la exigencia del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, a pesar de que a simple vista parece un criterio *neutro* desde el punto de vista racial, en la medida en que impacta de forma adversa sobre las personas de un determinado grupo en desventaja —viudas casadas conforme al rito gitano—, sin que exista para ello justificación suficiente, podría considerarse un criterio discriminatorio<sup>63</sup>.

En cualquier caso, ninguna de estas categorías de discriminación ha sido empleada por el Tribunal para argumentar su fallo. El factor étnico podría haber tenido un gran peso si se hubiese argumentado por

---

da de la pareja, hijos comunes, no inscripción en Registro, etc., a quienes se ha equiparado a las parejas de hecho para justificar la denegación de la pensión de viudedad —véase STEDH de 4 de marzo de 1998, cit.—. Aquí es precisamente donde nosotros observamos ese trato favorable hacia el matrimonio de la señora Muñoz, en la utilización de un «término de comparación» distinto al empleado en supuestos similares simplemente por haberse celebrado la unión conforme a las costumbres ancestrales de esta etnia.

<sup>62</sup> Sobre los conceptos de discriminación directa e indirecta, vid. AGUILERA RULL, A., «Discriminación directa e indirecta», *Indret*, n.º 396, enero 2007, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>63</sup> Así lo pone de manifiesto REY MARTÍNEZ, F., «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...», cit., págs. 6-7. Este autor considera que el TEDH también podría haber argumentado por esta vía en el *Caso Muñoz*, puesto que había introducido recientemente en su jurisprudencia el concepto de discriminación indirecta —*Caso D. H. contra República Checa*, cit.—.

la vía de la política antidiscriminatoria, pero, a pesar de ello, el TEDH sólo lo utiliza para valorar la buena fe de la demandante y reprochar a los tribunales españoles su indiferencia respecto al mismo.

## V. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CONCESIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD Y MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO GITANO

Bastaba con que en su argumentación el TEDH hubiese señalado el factor étnico como criterio justificativo de la «discriminación por diferenciación» para poder encauzar su sentencia por esta vía. Sin embargo, el Tribunal no considera vulnerada la prohibición de discriminación por haber dispensado el mismo trato al matrimonio gitano que a las uniones *more uxorio*, sino por no haber equiparado la situación de la señora Muñoz con otras situaciones, *que considera análogas*, en las que el legislador excepcionalmente admite la concesión de la pensión a pesar de la inexistencia de vínculo matrimonial válidamente formalizado<sup>64</sup>.

A la regla general del artículo 174 LGSS, *el propio legislador* introduce una serie de excepciones en las que también podía lucrarse pensión de viudedad a pesar de no existir vínculo matrimonial si concurrían determinadas circunstancias. Asimismo, los tribunales, y más concretamente el propio TC, reconocen también el derecho a obtener la citada prestación sin necesidad de inscribir el matrimonio en el Registro. Teniendo en cuenta el tratamiento favorable concedido por la legislación y la jurisprudencia a todos estos supuestos por lo que a la pensión de viudedad se refiere, el TEDH se pregunta si el hecho de que las autoridades nacionales denegaran a la señora Muñoz la prestación refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana. Tras repetir hasta la saciedad, en primer lugar, que la demandante actuó siempre de buena fe arrastrada por sus propias creencias —aps. 55, 56, 58, 59, 64—; en segundo lugar, que las autoridades españolas reconocieron oficialmente su condición de esposa

<sup>64</sup> Así lo declara el TEDH en el apartado 51 de su sentencia: «Esta discriminación se basa en el hecho de que su solicitud de la pensión de viudedad ha recibido un trato diferente *en comparación con otros casos equivalentes en los que el derecho a la concesión de la pensión de viudedad fue reconocido, incluso en ausencia de formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales*, mientras que, en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tomadas en cuenta».

del causante —aps. 55, 56, 62, 63, 64, 69—, y, por último, que el Estado español no tuvo en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a esta minoría cuando estaba obligado a ello en virtud del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales —aps. 60, 61, 64, 67—, concluye que «teniendo en cuenta todas estas circunstancias, la denegación de la pensión a la señora Muñoz constituye una diferencia de trato desproporcionada *en relación* a otras situaciones que deben considerarse equivalentes» —aps. 65 y 69—. Concretamente, son tres las situaciones que toma en consideración el Tribunal: el caso resuelto por el TC en su sentencia 199/2004; lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y los supuestos de matrimonios nulos de buena fe. Pero creemos que ninguno de estos supuestos es comparable con el de la señora Muñoz. Y es precisamente la *inadecuación de los términos de comparación* la que nos lleva a rechazar la argumentación del Tribunal.

A esta conclusión llegamos después de analizar si las situaciones que se relacionan en la sentencia reflejan un término adecuado y suficiente de comparación, ya que la igualdad es un concepto relacional y requiere como presupuesto «que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso»<sup>65</sup>. Esto no es tarea sencilla, sino que requiere llevar a cabo un juicio de valor para determinar los criterios que se deben tener en cuenta para crear situaciones justificadas de igualdad y de diferenciación<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> SSTC 148/1986, de 25 de noviembre (RTC 1986/148); 29/1987, de 6 de marzo (RTC 1987/29); 261/1988, de 22 de diciembre (RTC 1988/261); 68/1989, de 19 de abril (RTC 1989/68); 1/2001, de 15 de enero (RTC 2001/1); 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001/200); 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004/199); 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004/253). En estas sentencias se establece que es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 CE aporte un término de comparación válido para demostrar así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato.

<sup>66</sup> Así lo exponen RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M./FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *op. cit.*, págs. 280-283; DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 199; CARMONA CUENCA, E., «La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)», cit., pág. 678, quien, con respecto a los juicios de valor llevados a cabo por el TEDH, añade que sería deseable que este Tribunal concretase los criterios en los que se basa para decidir cuándo una situación es comparable a otra y cuándo no lo es. Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que «dos supuestos de hecho han de considerarse iguales cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falto de un fundamento racional y sea, en consecuencia, arbitrario, por no resultar necesario tal factor diferencial para la consecución del fin perseguido por el legislador». Vid., por todas, STC 199/2004, cit.

### 1. *El asunto resuelto por la STC de 15 de noviembre de 2004: el matrimonio canónico no inscrito*

El propio TC, previamente a entrar a resolver el asunto de la señora Muñoz, manifiesta la falta de identidad entre este supuesto y el resuelto en su STC 199/2004, de 15 de noviembre, donde se concedió la pensión de viudedad a un viudo que había contraído matrimonio por el rito de la Iglesia católica, pero cuyo enlace no había sido inscrito en el Registro. Sin embargo, el TEDH sí lo tiene en cuenta a la hora de argumentar su decisión, basándose, sin lugar a dudas, en el voto particular emitido por el magistrado Rodríguez-Zapata defendiendo la equiparación de ambos supuestos. Según esta opinión, en ninguno de estos dos casos los recurrentes «tenían lo que afirmaban ser su matrimonio debidamente inscrito en el Registro civil». Por ello, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la señora Muñoz al denegarle la pensión de viudedad que sí se concedió al otro recurrente. Sin embargo, debemos analizar el objeto del recurso resuelto por la STC 199/2004 para determinar si ambas situaciones son comparables.

En dicha resolución se establece que la falta de inscripción del matrimonio canónico en el Registro, a pesar de no estar exenta de consecuencias, no implica que deba equiparse a una mera unión de hecho<sup>67</sup>. ¿Qué consecuencias conlleva la ausencia de inscripción de un matrimonio celebrado conforme a Derecho? ¿Impide que surja entre las partes el *vínculo matrimonial* y, por tanto, el requisito fundamental exigido por el legislador social para lucrar pensión de viudedad? La envergadura de la cuestión relativa al *valor de la inscripción registral del matrimonio* nos obliga a realizar una serie de consideraciones sobre el particular. Sin embargo, su amplio tratamiento doctrinal y jurisprudencial nos impide, por razones obvias, analizar este interesante tema con la exhaustividad que se merece<sup>68</sup>. Por lo que a nuestra expo-

<sup>67</sup> En este sentido, ALDANONDO SALAVERRÍA, I., «Efectos del matrimonio canónico no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad», *RGDCDEE*, n.º 15, 2007, www.iustel.com (§ 794646), pág. 23, considera que «el incumplimiento del trámite de la inscripción no puede desembocar en la consideración de que los contrayentes no están casados equiparando su *status* al de las parejas de hecho», y CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, pág. 38, apunta que «la sola exclusión a nivel particular de la inscripción no convierte en irrelevante a una ceremonia perfectamente apta para generar el vínculo entre dos persona que, recalquemos, no se han limitado a “cumplir con Dios”, sino que también están “casados ante la sociedad civil” por más que encubran esta realidad para enriquecerse». Una opinión contraria sobre esta cuestión mantiene la magistrada PÉREZ VERA en su voto particular a esta sentencia.

<sup>68</sup> Las opiniones doctrinales y jurisprudenciales, tradicionalmente numerosas, aumentan al hilo del caso resuelto por la STC 199/2004 y se sitúan en dos líneas contra-

sición se refiere, trataremos únicamente de determinar si la situación de los matrimonios inscritos y no inscritos es diversa a efectos de generar el derecho a la prestación de viudedad.

El tenor literal del artículo 61 CC establece que «el matrimonio produce *efectos civiles* desde su celebración», pero «para el *pleno reconocimiento* de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil». Además, la falta de inscripción «no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». De aquí se deduce, tal y como afirma el magistrado Conde Martín de Hijas en su voto particular, que «la inscripción en el Registro no es problema de existencia o inexistencia de matrimonio, sino problema de plena eficacia del matrimonio». El matrimonio existe y es eficaz desde el mismo momento que los contrayentes prestan su consentimiento *de acuerdo con alguna de las formas permitidas por la legislación civil*. Una vez que se cumplen los requisitos formales y de capacidad necesarios, se reconocen efectos civiles al matrimonio sin necesidad de inscribirlo en Registro alguno. Esta postura, mayoritariamente defendida por la doctrina y la jurisprudencia, concede a la inscripción registral un valor meramente declarativo del matrimonio<sup>69</sup>. Ahora bien, el hecho de que la inscripción del matrimonio no tenga carácter constitutivo no significa que no deba llevarse a cabo o que dependa de la libre voluntad de los contrayentes<sup>70</sup>,

---

puestas: la de otorgar *valor constitutivo* a la inscripción o la de otorgarle *valor meramente declarativo*.

<sup>69</sup> Manteniendo esta postura, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, cit., pág. 88; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 61 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Navarra, 2009, pág. 182; ROMERO COLOMA, M. A., «Matrimonio no inscrito y pensiones de viudedad: problemática jurídica», *Diario La Ley*, n.º 7186, Sección Tribuna, 1 junio 2009, Año XXX, Ref. D-199, www.laleydigital.es (LA LEY 11351/2009), pág. 1; ALDANONDO SALAVERRÍA, I., *op. cit.*, pág. 12 y pág. 9; ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, paraf. 35/2007 (Presentación), www.westlaw.es (BIB 2007/1233), pág. 6; DÍAZ MÉNDEZ, A., «Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2001, Ref. XIII, T. I, www.laleydigital.es (LA LEY 3089/2001), pág. 3. También la Dirección General de Registros y del Notariado ha defendido el valor declarativo de la inscripción registral en muchas de sus resoluciones; entre ellas, 19 octubre 1979, 23 diciembre 1981, 11 abril 1985, 4 marzo 1988, 1 julio 1989 y 12 febrero 1994, donde declara que «la circunstancia de que el matrimonio no esté inscrito implicará una dificultad de prueba y de pleno reconocimiento de sus efectos, pero no puede provocar la grave consecuencia de estimar que el contrayente no está casado».

<sup>70</sup> Sobre la cuestión de la autonomía de la voluntad en la inscripción del matrimonio, BARBER CÁRCAMO, R., «La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito. Consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 199)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 4/2005 (Estudio), www.westlaw.es (BIB 2005/906), pág. 11 y bibliografía citada.

sino que es la unión de ambos actos —celebración *más* inscripción— la que genera la plenitud de los efectos civiles del matrimonio<sup>71</sup>.

Por consiguiente, lo realmente importante va a ser determinar qué significa o qué diferencia existe entre la *producción* o *reconocimiento* de efectos civiles y el *pleno reconocimiento* de los mismos. La expresión «pleno reconocimiento de efectos civiles», calificada por algún autor de «confusa y técnicamente inapropiada»<sup>72</sup>, no ha sido objeto de una interpretación unánime en la doctrina. Lo limitado de nuestra exposición nos impide analizar esta polémica y nos obliga a exponer únicamente la tesis mayoritaria por ser, a nuestro juicio, la más adecuada<sup>73</sup>. Tal y como afirma autorizada doctrina, de la interpretación conjunta de los incisos segundo y tercero del artículo 61 CC se desprende que el «pleno reconocimiento» de los efectos civiles no es sino la posibilidad de oponer dichos efectos a los terceros de buena fe, cosa que sólo podrá hacerse tras la inscripción del matrimonio en el Registro<sup>74</sup>. Por tanto, teniendo en cuenta el valor declarativo de la inscripción registral, una vez celebrado el matrimonio se despliegan todos sus efectos entre los cónyuges y frente a aquellos terceros que tengan conocimiento del mismo; ahora bien, para poder oponer dichos efectos también a los terceros de buena fe será necesaria su previa inscripción.

<sup>71</sup> La inscripción es fundamental por la triple funcionalidad de que goza el Registro, como medio privilegiado de prueba, como título de legitimación del estado civil de casado y como calificación del matrimonio por el juez encargado del Registro (art. 63.2 CC). Tal y como afirma ALDANONDO SALAVERRÍA, I., *op. cit.*, en su nota al pie 12, lo más normal es que las inscripciones registrales sean declarativas, pero esto no significa que el Registro no pueda producir efectos adicionales, entre ellos servir de mecanismo de control de legalidad y producir efectos que el propio acto no produce (por ejemplo, oponibilidad frente a tercero del acto). Pero esta producción de efectos no convierte a la inscripción en un acto constitutivo. La autora considera que no se debe confundir el carácter constitutivo de la inscripción con los efectos del Registro.

<sup>72</sup> DÍAZ MÉNDEZ, A., *op. cit.*, pág. 3.

<sup>73</sup> La tesis contraria la defiende el magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS en su voto particular a la STC 199/2004. Sobre las distintas posturas acerca de la expresión «pleno reconocimiento de efectos civiles», vid. BARBER CÁRCAMO, R., *op. cit.*, págs. 7 y ss.

<sup>74</sup> En este sentido, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 61 del Código Civil», *cit.*, pág. 182; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, Madrid, 2006, pág. 68. BARBER CÁRCAMO, R., *ibid.*, págs. 8-9, citando numerosa bibliografía sobre el tema, expone que, según la tesis mayoritaria, «la inscripción sólo otorga al matrimonio eficacia *erga omnes*, procurándole por tanto la oponibilidad a terceros de buena fe que su falta impide», y que «la falta de inscripción en el Registro no introduce problema ninguno de invalidez, ineficacia o falta de reconocimiento al matrimonio, sino que simplemente, dificulta su prueba, al no poder gozar del título de legitimación, medio de prueba privilegiado y exclusivo, que el Registro Civil ofrece a los hechos relativos al estado civil que a él acceden».

Siguiendo esta interpretación no se podría negar la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio no inscrito porque desde su celebración existiría el vínculo matrimonial, y una vez justificado por otros medios dicho vínculo ante la entidad o el órgano correspondiente, y tratándose la pensión de viudedad de una cuestión entre los cónyuges que no afecta a derechos adquiridos por terceros de buena fe<sup>75</sup>, se entendería plenamente satisfecho el requisito legal para la concesión de la misma<sup>76</sup>. Esta solución es razonable y justa teniendo en cuenta que si el matrimonio —canónico— no inscrito determina la *extinción* de la pensión de viudedad del contrayente que la recibía, *a sensu contrario* es lógico que se admita que dicho matrimonio también pueda *generar* la prestación<sup>77</sup>.

Por esta razón se concede la pensión al viudo en el caso resuelto por la STC 199/2004, cuya doctrina no puede extrapolarse al caso de la señora Muñoz. Es cierto que, si bien por distintas razones, ninguno de los matrimonios en cuestión se había inscrito en el Registro Civil. Pero también lo es que sólo uno de ellos se había celebrado conforme a una forma legalmente válida —rito católico— y, por tanto, sólo éste tenía posibilidades de acceder a él. Para que el matrimonio no inscrito sea susceptible de generar pensión de viudedad es imprescindible que dicho consentimiento se haya formalizado conforme a alguno de los ritos

<sup>75</sup> Que el Estado no tiene la condición de tercero lo pone de manifiesto ALDANONDO SALAVERRÍA, I., *op. cit.*, págs. 15-17 y 31. En sentido contrario, considerando al Estado un tercero en relación con el contrato matrimonial, vid. voto particular STC 199/2004 del magistrado Conde Martín de Hijas.

<sup>76</sup> Así lo declara DÍAZ MÉNDEZ, A., *op. cit.*, pág. 3. Es opinión generalizada en la doctrina que para lucrar prestación de viudedad no es necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro, sino que basta con su válida celebración; entre otros, RIVAS VALLEJO, P., «Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad», *Aranzadi Social*, paraf. 10 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2001/605), pág. 2; BARBER CÁRCAMO, R., *op. cit.*, pág. 7; GARCÍA PAREDES, M. L., «Pensión de viudedad. Matrimonio celebrado bajo el rito de la iglesia evangélica», *Actualidad Laboral*, n.º 11, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 1 al 15 junio 2005, Ref. 389, pág. 1272, T. I, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 1296/2005), pág. 2. En opinión de ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *op. cit.*, pág. 5, el hecho de que el TC haya permitido la concesión de la pensión de viudedad a un matrimonio religioso no inscrito «favorece que determinadas uniones que, de suyo, no pueden acceder al registro civil por no estar incluidas en el catálogo de los ritos religiosos que sí tienen acceso directo al mismo, argumenten que lo esencial para la existencia de un matrimonio no es tanto la admisión al registro del rito mediante el que han contraído la unión, sino la *consideración individual de dicha unión para las partes contrayentes*».

<sup>77</sup> ALDANONDO SALAVERRÍA, I., *op. cit.*, págs. 27-28; DÍAZ MÉNDEZ, A., *ibid.*, pág. 4. También puede verse la interesante sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 3067/1999, de 14 de octubre (AS 2000/613), en la que se establece el valor del matrimonio canónico no inscrito a efectos prestacionales, y en concreto para extinguir la pensión de viudedad anterior.

reconocidos por el legislador civil. Desde el momento en que el rito gitano no es una de dichas formas, es indiferente si se ha inscrito o no, ya que, al no ser ni siquiera inscribible, no sería susceptible de generar dicha prestación<sup>78</sup>. Ésta es la razón por la cual la señora Muñoz no vio reconocida por el TC la pensión reclamada y el viudo de la STC 199/2004 sí, ya que su matrimonio no estaba inscrito pero era inscribible.

El magistrado Rodríguez-Zapata no tiene en cuenta que, tal y como afirma la mayoría en el FD 2.º, «en el supuesto planteado en la STC 199/2004 se partió en todo momento [...] de la existencia de un “matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico”, fundamentándose la denegación de la prestación en el incumplimiento del requisito de inscripción registral [y] en el presente caso, por el contrario, como ha sido destacado en los antecedentes, la sentencia de suplicación fundamentó la denegación de la prestación en que *no existía un vínculo matrimonial reconocido legalmente*, al carecer de dicha consideración las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana». Por tanto, según la opinión mayoritaria de la STC 69/2007, a la que nos adherimos, el reconocimiento no cuestionado de la existencia de *vínculo matrimonial* en el caso enjuiciado por la STC 199/2004 impide entender que esa situación sea idéntica o equiparable a la de las personas que contraen matrimonio exclusivamente por el rito gitano, el cual no genera vínculo matrimonial válido por no estar las costumbres de este colectivo reconocidas por el Estado como una de las formas válidas de celebración del matrimonio. Por ello, el TEDH no debería haber invocado este precedente para entender vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta que las situaciones de hecho comparadas que habían recibido un tratamiento diverso no eran análogas.

*2. La Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*

Tampoco creemos que sea posible la aplicación de esta Disposición al caso cuyo estudio es objeto de comentario. La misma estable-

---

<sup>78</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 61 del Código Civil», cit., pág. 182; BARBER CÁRCAMO, R., *op. cit.*, págs. 12 y ss.; ROMERO COLOMA, M. A., *op. cit.*, pág. 2.

cía, con carácter *provisional*, una serie de normas en materia de pensiones y Seguridad Social, entre las que se encontraba la siguiente: «Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente». La imposibilidad de contraer matrimonio —canónico—, bien por la inexistencia de divorcio con anterioridad a la Ley 30/1981, bien por entrar este tipo de matrimonio en contradicción con las creencias de los cónyuges, llevó al legislador a prever esta regla adicional con la intención, en palabras de la STC 184/1990, de «reparar a quien vio negado su derecho a contraer matrimonio por no existir la posibilidad de disolver el matrimonio anterior»<sup>79</sup>.

Bien mirada, dicha norma vino a establecer una *excepción* a la regulación general de la prestación de viudedad recogida en el artículo 160 LGSS de la entonces vigente Ley de 1974. A través de esta regla se reconocía el derecho a obtener la pensión de viudedad a pesar de no existir *vínculo matrimonial*, siempre que se cumpliesen los requisitos en ella previstos, a saber: 1) Imposibilidad de contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha; 2) Convivencia análoga a la matrimonial; 3) Fallecimiento del causante con anterioridad a la vigencia de la Ley permisiva. Por tanto, esta disposición venía a equiparar la mera *convivencia de hecho* al *vínculo matrimonial* a efectos de acceder a la prestación de viudedad, pero sin incluir en su ámbito de aplicación todos los supuestos de convivencia extramatrimonial, sino tan sólo aquellos que tuviesen su causa en la citada imposibilidad, esto es, aquellas uniones estables que no pudieron transformarse en *vínculo conyugal*<sup>80</sup>.

Si se analiza la situación en la que se encontraba la señora Muñoz se observa que no se cumplen todas las condiciones exigidas en la citada Disposición para su aplicación. Ciertamente es que en 1971, cuando la recurrente contrajo matrimonio por el rito de su comunidad, únicamen-

<sup>79</sup> Como apunta el Abogado del Estado en la STC 184/1990, no es razonable *exigir* el ejercicio del derecho al matrimonio para acceder a la pensión de viudedad si tal ejercicio es imposible o sumamente oneroso.

<sup>80</sup> FD 4.º de la STC 260/1988, de 22 de diciembre (RTC 1988/260). En el mismo sentido, la STC 27/1986, de 19 de febrero (RTC 1986/27), establece que «al título o causa para pedir la pensión de viudedad que antes de la Ley 30/1981 era sólo el matrimonio legítimo, se añade ahora otra nueva y distinta causa de pedir: la *convivencia marital de hecho en y por las circunstancias recogidas en la disposición transcrita*».

te era posible el matrimonio canónico salvo expresa declaración de apostasía; también es cierto, como se extrae de los hechos probados del procedimiento, que existió una prolongada convivencia con el fallecido. Sin embargo, esto no es suficiente para la aplicación de la regla enunciada, sino que además sería necesario que previamente una ley reconociese la validez del matrimonio celebrado por el rito gitano y que el fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley hubiese impedido a las partes contraer matrimonio. Ninguno de estos requisitos concurre en el caso de la señora Muñoz. Por esta razón es inaplicable la citada Disposición al objeto de concederle la pensión de viudedad<sup>81</sup>. La señora Muñoz pudo haber regularizado su situación al no estarle vedado el acceso al matrimonio, ni en forma civil ni religiosa, y sin embargo no lo hizo. Por tanto, no existía en este caso imposibilidad jurídica alguna que le impidiese acceder a la prestación reclamada.

### 3. *Matrimonio nulo de buena fe*

La LGSS vigente en el momento de los hechos también reconocía, en el segundo inciso de su artículo 174, el derecho a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, siempre y cuando mediase buena fe por su parte<sup>82</sup>. Teniendo en cuenta dicha previsión normativa, y a la vista de las particulares circunstancias del caso de la señora Muñoz, el Tribunal de Estrasburgo considera «desproporcionado» no haberle dispensado el mismo tratamiento previsto en la Ley para dichos supuestos puesto que su buena fe había quedado probada y era más que evidente. Pero ¿podía equipararse la situación de la demandante a la de un matrimonio nulo?; ¿era un término idóneo de comparación?

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Forma matrimonial y pensión de viudedad...», cit., pág. 6, considera que no podría aplicarse esta Disposición a los matrimonios celebrados conforme al rito gitano en la medida en que actualmente carecen de efectos civiles. Como acertadamente afirma CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, pág. 26, nota al pie 15, la única vía que les quedaría a los matrimonios gitanos para acceder a la prestación de viudedad sería «que en un futuro el ordenamiento jurídico reconociese virtualidad a su ritual y el legislador estableciese una Disposición donde, con carácter retroactivo, se otorgaran beneficios a quienes se acogieron a dicha forma matrimonial en el pasado».

<sup>82</sup> Artículo 174.2.º LGSS: «En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante».

En el artículo 73 CC se establecen, sin carácter taxativo, las causas por las que los sujetos legitimados pueden solicitar la nulidad del matrimonio. En principio, cuando un matrimonio es declarado judicialmente nulo, la sentencia firme resultante goza de eficacia *ex tunc*. Esto significa que, en realidad, el matrimonio declarado nulo nunca llega a generar *vínculo matrimonial* alguno<sup>83</sup>. Los evidentes perjuicios que la eficacia retroactiva de la nulidad puede generar para una familia creada sobre la base de un matrimonio aparentemente válido obligan a arbitrar un mecanismo que, respetando dicha nulidad, permita al menos el mantenimiento de los efectos ya producidos respecto de los hijos y de los contrayentes de buena fe<sup>84</sup>. Esta figura es la del matrimonio putativo, previsto en el artículo 79 CC, según el cual «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe».

Uno de estos efectos generados por el matrimonio posteriormente declarado nulo es la pensión de viudedad. Es decir, puesto que aparentemente ha existido un vínculo matrimonial, el contrayente de buena fe adquiere el derecho a obtener dicha prestación, derecho que mantiene a pesar de la posterior declaración de nulidad del matrimonio. Así lo establece expresa y concretamente el legislador social con el fin de proteger al contrayente que ignora la causa de nulidad que afectaba a su matrimonio. Se admite que quien de buena fe se cree cónyuge legítimo pueda obtener la prestación de viudedad que según la ley le corresponda, a pesar de la invalidez de su matrimonio. Tal y como manifiesta el TEDH en repetidas ocasiones, la señora Muñoz *se creía casada* a todos los efectos, es decir, estaba convencida de buena fe de la existencia y validez de su matrimonio. ¿Podría aplicarse entonces, en base a la buena fe de la demandante, la doctrina del matrimonio putativo para justificar la concesión de la pensión? Si bien es cierto que la buena fe de los contrayentes es fundamental para el mantenimiento de los efectos ya producidos entre ellos por el matrimonio —no así respecto de los hijos—, éste no es el único requisito necesario para que nos encontremos ante un matrimonio de este tipo. Sin perjuicio de la evidente y necesaria declaración judicial de nulidad, el presupuesto a nuestro juicio más importante para la aplicación del artículo 79 CC es el de la «apariencia matrimonial». Con carácter general, la aplicación de esta figura exige «la preexistencia de un matrimonio *celebrado con-*

<sup>83</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>84</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Madrid, 2007, pág. 76.

*forme a cualquiera de las formas establecidas, al menos, aparentemente.* Por tanto, debe haber habido consentimiento matrimonial y deben haberse observado las *reglas mínimas de forma* establecidas por el ordenamiento jurídico aplicable»<sup>85</sup>.

Esta apariencia matrimonial también se exige para aplicar el artículo 174.2.º LGSS. En este sentido, doctrina y jurisprudencia admiten que la falta *real* del vínculo matrimonial no impide el reconocimiento de la prestación de viudedad siempre y cuando la *apariencia* sea la de un matrimonio regular y el cónyuge superviviente crea que ha celebrado un matrimonio válido<sup>86</sup>. Por tanto, para lucrar pensión de viudedad es suficiente con la simple apariencia de matrimonio regular, regularidad que acontece «al ostentar la apariencia propia de la legislación canónico/civil»<sup>87</sup>. Ninguna apariencia de regularidad se observa en el matrimonio celebrado por el rito gitano puesto que los contrayentes eluden las solemnidades exigidas por el ordenamiento aplicable. Como acertadamente afirma Cabezuelo Arenas, la unión celebrada por el rito gitano no tiene ninguna relevancia para el Derecho, ya que el consentimiento que se otorga ante quien carece de autoridad para oficiarlo y despojado de toda solemnidad es un matrimonio inexistente que no genera tan siquiera apariencia de matrimonio<sup>88</sup>. En el caso de la señora Muñoz no hay matrimonio, ni siquiera nulo o pu-

<sup>85</sup> Así lo expresa LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 78, que a continuación sigue diciendo que «semejante requisito excluye la eventualidad de que pueda pretenderse la aplicación del artículo 79 CC a cualquier convivencia matrimonial de hecho, aunque se haya proyectado temporalmente durante toda la vida de uno de los cónyuges».

<sup>86</sup> RIVAS VALLEJO, P., «Efectos del matrimonio no inscrito...», *cit.*, pág. 3 y jurisprudencia citada.

<sup>87</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>88</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, pág. 35. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Forma matrimonial y pensión de viudedad...», *cit.*, pág. 7, afirma que «no es posible calificar como nulo el matrimonio por el rito gitano, pues la nulidad lleva implícita la posibilidad real de que el acto pudiera gozar de validez, que no alcanza a consecuencia de un vicio en alguno de sus elementos esenciales. El matrimonio gitano, por el contrario, carece siempre de efectos civiles, es jurídicamente imposible, pero no porque sea nulo, sino porque es inexistente. Nulidad e inexistencia son dos categorías jurídicas diferenciadas, y en este caso con consecuencias muy distintas, porque la inexistencia del matrimonio deriva en la denegación de la pensión de viudedad». En este sentido, también SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *cit.*, pág. 9. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I: *Introducción a la teoría del contrato*, Navarra, 2007, pág. 563, apunta que los efectos civiles del matrimonio pueden producirse respecto del contrayente de buena fe y de los hijos a pesar de ser declarado nulo, «siempre que —y sólo cuando— se haya producido un fenómeno capaz de suscitar una apariencia y una confianza en ella. Pero no puede producir efectos civiles de ningún tipo un matrimonio que fuese absolutamente inexistente».

tativo<sup>89</sup>. Por tanto, al no tratarse de supuestos de hecho comparables, la aplicación de un régimen jurídico distinto no puede considerarse lesiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

La inexistencia de matrimonio impedía a la demandante lucrar pensión de viudedad. Sin embargo, el TEDH consideró desproporcionada la denegación de la misma. ¿Cómo justifica su resolución? Importancia capital otorga el Tribunal a dos circunstancias: la buena fe de la demandante y la conducta de las autoridades nacionales. Tal y como se afirma en la sentencia, ambas cuestiones están «íntimamente relacionadas» en la medida en que la convicción de la interesada acerca de la validez de su matrimonio se vio reforzada por la entrega de diversos documentos donde la Administración española reconocía su condición de «esposa»: el libro de familia, el título administrativo de familia numerosa de primera categoría y la cartilla de la Seguridad Social del fallecido, documentos todos ellos que tuvieron un gran peso en la resolución del asunto por el Tribunal de Estrasburgo, pero que fueron prácticamente ignorados por los tribunales españoles.

Para apreciar la buena fe de la señora Muñoz, el Tribunal tiene muy en cuenta su pertenencia a la etnia gitana y considera que «la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada». Reprocha a las autoridades nacionales su indiferencia a la hora de valorar las especificidades socioculturales de la demandante para apreciar su buena fe, y considera que el Estado español incumple el Convenio Marco n.º 157 del Consejo de Europa, en virtud del cual los Estados parte están obligados a tener en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales.

En nuestra opinión, no creemos que sea suficiente alegar que la demandante estaba convencida de buena fe de la eficacia de su matrimonio para concederle la pensión, ya que, según establece el artículo 6.1 CC, «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». La demandante incurre en este caso en un error de derecho al que el TEDH concede extraordinaria trascendencia para justificar su favorable fallo. Considera que la señora Muñoz no tenía intención de eludir la aplicación de las leyes, sino que, de haberlas conocido, las habría cumplido. Además, parece deducirse también de las declaraciones del Tribunal que dicho error sería excusable en la medida en que fueron las autori-

---

<sup>89</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Dura lex, sed lex», cit., pág. 1, considera que «la figura del matrimonio putativo no es aplicable a aquellos supuestos en los que se celebra matrimonio ante autoridad manifiestamente incompetente».

dades nacionales las que lo avivaron. Sin embargo, consideramos, junto a Díez-Picazo, que la buena fe «debe ser entendida como un error invencible no obstante el empleo de la diligencia razonable»<sup>90</sup>, diligencia que en ningún caso desplegó la demandante.

El Tribunal considera que fue la propia Administración la que, al considerar a la señora Muñoz «esposa» del causante, generó la apariencia de validez matrimonial y creó en la interesada la expectativa legítima de llegar a obtener la prestación social controvertida. Por esta razón, estima que el Estado español actúa en contra de sus propios actos al reconocerle en un primer momento la condición de «cónyuge» y denegarle posteriormente la pensión de viudedad «por no ser o haber sido cónyuge del fallecido». Ahora bien, debemos preguntarnos qué están reconociendo las autoridades españolas cuando conceden dichos documentos, es decir, el hecho de entregar un libro de familia — solicitado, por cierto, doce años después de contraer matrimonio —, de estar en posesión del título administrativo de familia numerosa de primera categoría, o de gozar de la asistencia sanitaria como familiar a cargo del titular, ¿implica que se esté reconociendo validez al matrimonio de la recurrente?; ¿es necesaria la condición de cónyuge para la expedición de dichos documentos?

En sentido afirmativo responde a esta pregunta el TEDH en el apartado 52 de la sentencia, si bien sólo con respecto al reconocimiento de la condición de familia numerosa. Se basa en la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, cuyo artículo segundo establece que «se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por: a) El cabeza de familia, su cónyuge y cuatro o más hijos [...]». Sin embargo, el Tribunal no tiene en cuenta que, con posterioridad a la promulgación de la Constitución española, tanto la obtención del libro de familia como la del título de familia numerosa dejaron de estar condicionadas a la existencia de un previo matrimonio reconocido por el Estado<sup>91</sup>. Cuando la señora Muñoz solicita dichos documentos, en

<sup>90</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 563.

<sup>91</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad...», cit., pág. 5. Hace referencia esta autora a la Orden de 22 de junio de 1979 del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (BOE 29-6-1979), cuyo artículo único dispone: «A efectos de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de 23 de diciembre de 1971 para aplicación de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, las *madres solteras* que teniendo el número de hijos necesarios reúnan también los demás requisitos exigidos por el citado Reglamento para ser conceptuadas como una familia numerosa, tendrán derecho a que se les expida el correspondiente título». También ha de tenerse en cuenta que, tras la reforma del Regla-

1983 y 1986, respectivamente, tanto los progenitores casados como solteros podían solicitarlos y obtenerlos. Por tanto, lo único que se está reconociendo a través de los mismos es que la señora Muñoz y su marido eran padres de seis hijos y que, en base a ello, se les concede el título de familia numerosa. No se está reconociendo su condición de «cónyuges».

Por otro lado, el TEDH considera que la cartilla de beneficiario de la Seguridad Social de la que era titular el fallecido, en la que figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos, era un documento oficial puesto que estaba sellado por el INSS. Sin embargo, como previamente había afirmado el TSJ y había confirmado después el TC, lo único que aparecía en dicha cartilla en la casilla de «parentesco» era una letra inicial retocada que el Juzgado de lo Social interpretó como «esposa», que fue cumplimentada y firmada por el causante y no por la entidad gestora, y que en cualquier caso «*no se trataba de un documento fehaciente a efectos de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal*». De todas formas, es oportuno señalar que para ser beneficiario de la asistencia sanitaria del titular del derecho no es necesario ostentar la condición de «cónyuge», sino que, en virtud de la Resolución de 29 de diciembre de 1984, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se posibilita la prestación de asistencia sanitaria en determinados supuestos a las personas que convivan con el titular del derecho sin ser cónyuge, así como a los hijos de aquéllas, es suficiente con haber convivido ininterrumpidamente con el titular al menos un año antes de la fecha de la solicitud y que el interesado acredite dicha situación. Por tanto, ninguno de los documentos invocados por el TEDH implica el reconocimiento por las autoridades nacionales de la validez del matrimonio celebrado por el rito gitano.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

### *Primera*

Actualmente coexisten en nuestro país una serie de colectivos que poseen unas señas de identidad propias y unos rasgos diferenciados con respecto a los que son compartidos por la mayoría de la población.

---

mento del Registro Civil, el artículo 36.2.º permite entregar el libro de familia «al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial».

A dichos colectivos se les conoce como «minorías» y su presencia en las sociedades democráticas es cada vez mayor debido al fenómeno migratorio<sup>92</sup>. Entre las minorías étnicas asentadas en España, una de las mayoritarias es sin duda alguna la minoría gitana, cuya presencia en territorio español comenzó hace más de seis siglos<sup>93</sup>. Tradicionalmente ha sido un pueblo perseguido y discriminado. La animadversión hacia este colectivo se genera prácticamente desde su llegada a la Península y no ha cesado a día de hoy<sup>94</sup>. Se les ha calificado de antisociales, analfabetos, vagos o ladrones, y no deja de ser llamativo que entre las acepciones del término *gitano* recogidas por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se establezca que se trata de aquel «que estafa u obra con engaño»<sup>95</sup>.

En la actualidad se ha tratado de paliar esta situación desde distintos foros, nacionales e internacionales, a través de la adopción de una pluralidad de normas tendentes a erradicar cualquier forma de discriminación<sup>96</sup>. En nuestro estudio hemos hecho especial referencia tanto

<sup>92</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S., «Pluralismo cultural y derechos de las minorías», *RGDCDEE*, n.º 15, 2007, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (Ref. §794647), define a las minorías étnicas como «agrupaciones humanas con características raciales, culturales y de origen, ordinariamente homogéneas, producto de una larga evolución generalmente en condiciones de aislamiento y diferentes con respecto de los usos y tradiciones del resto de la población de la nación donde se encuentren asentadas».

<sup>93</sup> Hoy en día los *romà* europeos forman una comunidad de diez millones de personas. La mayoría vive en la Europa del Este, en concreto ocho millones, mientras que los casi dos millones restantes pueblan el territorio de los países miembros de la Unión Europea. La cifra aproximada de *romà* que habitan el planeta ronda los doce millones de personas. Datos extraídos de la página web oficial de la Unión Romaní: [http://www.unionromani.org/pueblo\\_es.htm](http://www.unionromani.org/pueblo_es.htm). Sobre la historia del pueblo gitano, además del enlace citado, puede verse también <http://www.alhaurin.com/alandalus/Comunidad%20gitana/Historia.htm>.

<sup>94</sup> MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007», *RGDCDEE*, n.º 16, enero 2008, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (Ref. §794715), págs. 5 y ss., narra las continuas persecuciones a las que han sido sometidos los gitanos a través de los siglos. Una breve reseña histórica sobre la presencia de los gitanos en España puede verse también en el *Informe de la Subcomisión*, creada en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo, para el estudio de la problemática del pueblo gitano. Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie D: General, 17 de diciembre de 1999, n.º 520 (número expediente 154/000028).

<sup>95</sup> <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>96</sup> En el ámbito internacional persiguen este objetivo tanto las Declaraciones generales sobre derechos humanos —art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 del CEDH— como textos más específicos —universales, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, y el Convenio

a la Directiva comunitaria 2000/43/CE, de 29 de junio, texto que marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo<sup>97</sup>, como al Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, en cuya Exposición de Motivos se establece, tal y como ya pusimos de manifiesto, que «la diversidad cultural ha de ser una fuente y un factor de enriquecimiento de una sociedad y *no de división* de la misma». El problema que se plantea con respecto a estos colectivos es precisamente que, en la mayoría de los casos, están más adheridos a sus identidades culturales que a la de la sociedad que los recibe. Indudablemente, en un Estado social y democrático de Derecho deben respetarse las señas de identidad propias de las minorías, pero esto no significa que el Estado receptor esté obligado al reconocimiento jurídico de su acervo cultural, sobre todo porque, en ocasiones, los usos y tradiciones de estos grupos pueden chocar frontalmente con el orden público y los valores propios de la nación. Si se admitiesen sin más todas las demandas provenientes de las minorías asentadas en nuestro territorio es cuando se produciría precisamente la vulneración del principio de igualdad<sup>98</sup>.

Entre los ritos y tradiciones más arraigados de la cultura gitana se encuentra el matrimonio, que, junto con el nacimiento, el bautismo y la defunción, constituye uno de los acontecimientos más relevantes de su vida<sup>99</sup>. El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano es una antigua reivindicación de este colectivo que, de momento, no ha

---

n.º 111 OIT, o regionales, como el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, al que ya se ha hecho referencia—. En el ámbito nacional, la prohibición de discriminación racial puede verse también en los artículos 14 y 9.2 de nuestra CE, en diversos preceptos del Código Penal —arts. 22.4, 511, 512 y 314—, en el Estatuto de los Trabajadores —arts. 4.2.c) y 17.1—, así como en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —art. 23—. En el ámbito de la Unión Europea, aparte de diversas Resoluciones adoptadas por el Consejo donde se solicita a los Estados miembros la creación de diversas medidas jurídicas, administrativas y sociales con el fin de mejorar la situación de los gitanos en Europa, a saber, Resolución de 22 de mayo de 1989, relativa a la escolarización de los niños cuyos padres ejerzan profesiones itinerantes, y Resolución de 23 de octubre de 1995, sobre la respuesta de los sistemas educativos a los problemas de racismo y xenofobia, el texto más relevante es la Directiva comunitaria 2000/43/CE, ya citada.

<sup>97</sup> Sobre esta norma, vid. REY MARTÍNEZ, F., «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España...», cit., págs. 4864-4873.

<sup>98</sup> MUSOLES CUBEDO, M. C., «El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007», cit., pág. 24.

<sup>99</sup> Sobre el ritual seguido en las bodas gitanas puede verse FÉLIX BALLESTA, M. A., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», *RJC*, vol. 102, n.º 2, 2003, págs. 88-93.

sido atendida por el Estado español<sup>100</sup>. Sin embargo, como declara el propio TEDH en la sentencia analizada —y anteriormente afirmaba también el Tribunal Constitucional en su sentencia 69/2007—, esto no supone discriminación alguna hacia esta minoría. Y no se les está discriminando porque, en virtud del artículo 44 CC, cualquier persona, perteneciente o no a un grupo minoritario, puede contraer matrimonio conforme a las normas establecidas en la legislación civil. El matrimonio en España está abierto a todos, y así lo establece el precepto citado cuando dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», y que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Ya existe una vía legal para adquirir los derechos y deberes derivados del matrimonio. Por tanto, no creemos que sea necesario ni conveniente reconocer eficacia civil a los matrimonios celebrados conforme al rito gitano<sup>101</sup>. Y esto por varios motivos: por un lado, porque este reconocimiento podría suponer que en un futuro no muy lejano se plantease de nuevo la misma problemática respecto de los usos y costumbres de otros colectivos minoritarios asentados en nuestro país y, por otro lado, porque tampoco tenemos claro si la propia comunidad gitana desea que se regularice su ancestral rito, ya que dicha regularización conllevaría el compromiso de someterse a los requisitos que fijase el Estado y la asunción de ciertas responsabilidades para las que, si bien no dudamos está preparada una pequeña parte de dicha comunidad, no creemos que sea la situa-

<sup>100</sup> Un intento de legalizar este rito matrimonial se llevó a cabo con la *Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano*, presentada el 9 de junio de 2000 por el Grupo Parlamentario Socialista para su debate y votación en las Cortes de Aragón y su posterior remisión a la Mesa del Congreso de los Diputados, que fue finalmente retirada por el Pleno de las Cortes de Aragón el 25 de mayo de 2001. Vid. *BOCA* n.º 60, de 14 de junio de 2000, y n.º 138, de 1 de junio de 2001, pág. 6167.

<sup>101</sup> En el mismo sentido, CABEZUELO ARENAS, A. L., *op. cit.*, págs. 34 y ss. En sentido contrario, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *op. cit.*, pág. 7, considera que «lo razonable para el futuro sería modificar la legislación civil para dar validez a una forma matrimonial determinada y característica de una etnia que convive en nuestro país desde hace más de quinientos años». Por su parte, FÉLIX BALLESTA, M. A., *op. cit.*, págs. 113-115, considera que debería hacerse una interpretación extensiva tanto del artículo 2 LOLR como de los artículos 49 y 59 CC, de manera que tuviesen cabida no sólo formas matrimoniales de carácter religioso, sino también étnico. Según esta opinión, en la medida en que lo relevante para la existencia del matrimonio es la prestación del consentimiento ante un testigo cualificado y dos testigos comunes, sería indiferente que dicho consentimiento se emitiese ante un funcionario del Estado, una autoridad religiosa o un representante de la etnia gitana.

ción de la mayoría<sup>102</sup>. Estas razones nos llevan a rechazar una posible ampliación de las formas de celebración del matrimonio actualmente existentes. Puede que el sistema matrimonial español no sea el ideal, si es que éste existe, pero es el que hay, y por ello debe respetarse en igualdad de condiciones por todos los españoles.

### *Segunda*

Aunque no estamos de acuerdo con la argumentación llevada a cabo por el TEDH en la sentencia objeto de estudio, tampoco nos desagrada su fallo. A esta consideración hemos llegado después de analizar la jurisprudencia social y observar la cantidad de supuestos, cuanto menos discutibles, en los que los tribunales han concedido pensiones de viudedad a quien no había contraído matrimonio con el finado o a quien lo había contraído a través de una forma no reconocida en nuestro Derecho. Baste como ejemplo el caso resuelto por la STS de 15 de diciembre de 2004 dictada en unificación de doctrina. En este caso se reconoce la pensión de viudedad a una viuda —gitana también— cuyo matrimonio había sido celebrado por el rito evangélico. La particularidad de este supuesto es que en el momento en que la demandante contrae matrimonio —1989— no había entrado en vigor la Ley que otorgaba efectos civiles a dicha unión —Ley 24/1992—. Por tanto, se protege un matrimonio religioso que no gozaba ni siquiera de reconocimiento legal, mientras que los matrimonios celebrados por el rito gitano no obtenían protección alguna precisamente por no gozar tampoco de dicho reconocimiento. Igualmente, la STSJ de Canarias de 7 de noviembre de 2003 concede la pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo. Es interesante lo que establece el Tribunal en esta resolución para justificar la concesión de la prestación: «no se trata de suplir el incumplimiento objetivo del requisito de matrimonio legalmente impuesto para acceder a la pensión de viudedad, sino de otorgar excepcionalmente a aquella exigencia la *flexibilidad necesaria en atención a las circunstancias del caso*, a fin

---

<sup>102</sup> Aunque haciendo referencia al ámbito laboral, señala FÉLIX BALLESTA, M. A., *ibid.*, pág. 102, que el «gran obstáculo del colectivo gitano es pasar de lo informal a lo formal». En este sentido, el artículo 5.2 del Convenio Marco establece que «las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación».

de evitar la desprotección en la que la accionante se encuentra tras el óbito del que no pudo formalmente llegar a ser su cónyuge». Si bien es cierto que en estos supuestos no existe unanimidad judicial al respecto<sup>103</sup>, el hecho de que en todos ellos se haya concedido la pensión de viudedad al interesado nos lleva a considerar que en el caso de la señora Muñoz los tribunales españoles, quizá para no abrir la veda a una avalancha de peticiones del colectivo gitano en esta materia, pasaron por alto algunas circunstancias que de haberse tenido en cuenta podrían haber inclinado la balanza en otro sentido.

### *Tercera*

Con la Ley 40/2007, las distancias entre los matrimonios y las uniones de hecho se acortan en la medida en que se admite que los convivientes de hecho también puedan lucrar la prestación de viudedad<sup>104</sup>. Sin embargo, consideramos que poco o nada va a afectar esta reforma a los matrimonios celebrados por el rito gitano en la medida en que para poder ser considerados parejas de hecho deben cumplir una serie de requisitos formales, tales como la inscripción en el correspondiente Registro o la formalización de documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

### *Cuarta*

Nuestro TC ha rechazado que el artículo 14 CE consagre un derecho a la desigualdad de trato. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la doctrina del Tribunal Europeo sirve de guía para la interpretación estatal de los derechos fundamentales, ¿debería el Estado español

<sup>103</sup> Estos y otros supuestos controvertidos en el ámbito de las pensiones de viudedad son analizados por ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *op. cit.*, págs. 1-7.

<sup>104</sup> La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la pensión de viudedad a las parejas de hecho debía haber llevado al legislador social a modificar también la denominación de esta prestación, ya que no puede ser «viudo» quien no ha sido en primer lugar «cónyuge», condición que no ostentan los miembros de una pareja de hecho. De forma similar, la STS de 26 de mayo de 2004 insistió en la idea de que no cabía hablar en rigor de «pensión de viudedad» respecto de la percibida por el ex cónyuge divorciado en virtud del artículo 174.2 LGSS, puesto que dicho beneficiario, desde el momento en que dejó de ser cónyuge, ya no podía ser viudo o viuda, debiendo hablarse más bien en estos casos de «pensión asimilada a la de viudedad». A nuestro juicio, y por desterrar el término «viudedad», creemos más adecuado denominarla «pensión a favor del conviviente supérstite», ya que con dicha expresión se abarcaría un mayor número de supuestos.

plantearse una reinterpretación del artículo 14 CE que incluyese la discriminación por indiferenciación, tal y como parece ser la postura que empieza a consolidarse en la doctrina TEDH?

### Quinta

Las circunstancias concretas en las que se encontraba la señora Muñoz fueron las que llevaron al TEDH a fallar a su favor. Así lo reconoce de forma insistente el propio Tribunal en su sentencia. Son sobre todo la buena fe de la demandante y la actuación previa de la Administración española las que lo llevan a considerar desproporcionada la denegación de la pensión de viudedad en este caso. Esto nos suscita serias dudas acerca de que esta sentencia pueda ser invocada en posteriores reclamaciones en este ámbito.

### BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A.: «Discriminación directa e indirecta», *Indret*, n.º 396, enero 2007, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- AGUILERA VAQUÉS, M.: «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (artículo 1 Protocolo 1)», en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J./Santolaya, P. (coords.), Madrid, 2005, págs. 767-799.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, Madrid, 2006.
- ALDANONDO SALAVERRÍA, I.: «Efectos del matrimonio canónico no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad», *RGDCDEE*, n.º 15, 2007, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, paraf. 35/2007 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2007/1233).
- BARBER CÁRCAMO, R.: «La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito. Consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 199)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 4/2005 (Estudio), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2005/906).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Madrid, 2007.
- «Dura lex, sed lex», *Aranzadi Civil*, n.º 7/2007 (Tribuna), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2007/905).
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 21, 2007, págs. 9-62.

- CARMONA CUENCA, E.: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84, abril-junio 1994, págs. 265-285.
- «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 8, 2004, págs. 1-21.
- «La prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH y Protocolo 12)», en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J./Santolaya, P. (coords.), Madrid, 2005, págs. 665-695.
- DÍAZ MÉNDEZ, A.: «Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2001, Ref. XIII, T. I, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 3089/2001).
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I: *Introducción a la teoría del contrato*, Navarra, 2007.
- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Madrid, 2006.
- FÉLIX BALLESTA, M. A.: «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», *RJC*, vol. 102, n.º 2, 2003, págs. 83-116.
- GARCÍA PAREDES, M. L.: «Pensión de viudedad. Matrimonio celebrado bajo el rito de la iglesia evangélica», *Actualidad Laboral*, n.º 11, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 1 al 15 junio 2005, Ref. 389, pág. 1272, T. I, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 1296/2005).
- JIMÉNEZ HORWITZ, M.: «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2000, asunto ex rey de Grecia y otros c. Grecia)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, 2001, págs. 239-264.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros: *Elementos de Derecho civil*, vol. IV: *Familia*, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, vol. VI: *Derecho de familia*, Madrid, 2009.
- MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 61 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Navarra, 2009.
- MUSOLES CUBEDO, M. C.: «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?», en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián, 1 al 3 de junio de 2000*, Bilbao, 2001, págs. 649-662.
- «El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007», *RGDCDEE*, n.º 16, enero 2008, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (Ref. §794715).
- PÉREZ ÁLVAREZ, S.: «Pluralismo cultural y derechos de las minorías», *RGDCDEE*, n.º 15, 2007, [www.iustel.com](http://www.iustel.com) (Ref. §794647).
- PRIETO SANCHÍS, L.: «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, págs. 111-153.
- REY MARTÍNEZ, F.: «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T. II, Navarra, 2006, págs. 4843-4875.

- REY MARTÍNEZ, F.: «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?», *Diario La Ley*, n.º 7344, Sección Tribuna, 17 febrero 2010, Año XXXI, Ref. D-51, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 193/2010).
- RIVAS VALLEJO, P.: «Prestaciones por muerte y supervivencia: últimas tendencias jurisprudenciales», *Aranzadi Social*, n.º 15/2000 (Estudio), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2000/1720).
- «Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad», *Aranzadi Social*, paraf. 10 (Presentación), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2001/605).
- RIVERO GONZÁLEZ, M.: «Multiculturalismo, derecho e identidades nacionales. Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre las bodas gitanas», *Diario La Ley*, n.º 7244, Sección Tribuna, 18 septiembre 2009, Año XXX, Ref. D-290, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 14031/2009).
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16/2007 (Estudio), [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2007/2256).
- «El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)», *Actualidad Laboral*, n.º 3, Sección Estudios, quincena del 1 al 15 febrero 2010, T. I, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 52/2010).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M./FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en *Comentarios a la Constitución española*, Casas Baamonde, M. E./Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dirs.), Madrid, 2009, págs. 276-291.
- ROMERO COLOMA, M. A.: «Matrimonio no inscrito y pensiones de viudedad: problemática jurídica», *Diario La Ley*, n.º 7186, Sección Tribuna, 1 junio 2009, Año XXX, Ref. D-199, [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es) (LA LEY 11351/2009).
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto *Gaygusuz*», *REDT*, n.º 95, 1999, págs. 391-434.
- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, n.º 18/2009, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (BIB 2009/2052).