

CONDENA POR UNA DISCRIMINACIÓN INEXISTENTE

(Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1. INTENCIONES.—2. LOS CRITERIOS EXISTENTES PARA LA OBTENCIÓN DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL EN EL AÑO 2000: 2.1. *El supuesto ordinario: el matrimonio.* 2.2. *El supuesto extraordinario: el reconocimiento de la pensión de viudedad al miembro de una pareja de hecho cuando concurren muy concretas circunstancias.*—3. ¿TIENE DERECHO MARÍA LUISA MUÑOZ AL COBRO DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD? (1): INEXISTENCIA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: 3.1. *Ausencia de matrimonio civil.* 3.2. *Un inciso: ¿puede afirmarse que el legislador viene constitucionalmente obligado a reconocer el rito gitano entre las formas posibles de celebración del matrimonio?* 3.3. *Conveniencia y límites del reconocimiento civil del matrimonio gitano.* 3.4. *La imposibilidad de fundar la existencia del matrimonio en el previo reconocimiento estatal de la relación de convivencia entre la recurrente y su pareja.*—4. ¿TIENE DERECHO MARÍA LUISA MUÑOZ AL COBRO DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD? (2): INEXISTENCIA DEL SUPUESTO EXCEPCIONAL PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN DÉCIMA, 2, DE LA LEY 30/1981.—5. ¿SE HA VULNERADO, PESE A TODO, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 5.1. *Exégesis de la Sentencia.* 5.2. *Valoración crítica de la Sentencia.*—6. ACTUALIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

1. INTENCIONES

Son muy pocas las decisiones de los Tribunales que encuentran un rápido reflejo en la prensa diaria. Esto ha ocurrido, sin ningún género de dudas (1), con

(1) La noticia se recogió en los principales diarios publicados el 9 de diciembre de 2009 (*ABC*, págs. 55-56; *El País*, pág. 31; *El Mundo*, pág. 15; *El Público*, pág. 30; *El Periódico*, pág. 25; *La Vanguardia*, pág. 30, y *Las Provincias*, pág. 56, entre otros diarios de la misma fecha, como *El Economista* o *Expansión*), así como en los telediarios. La afectada participó en diversos programas, así como en el telediario de TVE.

la Sentencia dictada por la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 8 de diciembre de 2009 (2).

La importancia social de la misma radica en que María Luisa Muñoz Díaz, más conocida como «la nena», obtuvo del alto Tribunal la condena del Estado español, por entender que, al denegarle éste una pensión de viudedad, la había discriminado en su derecho patrimonial por no reconocer la existencia del matrimonio gitano en su día celebrado.

¿Tiene razón el Tribunal de Estrasburgo? ¿Ha sido discriminada María Luisa Muñoz? ¿Puede equipararse el matrimonio gitano con el matrimonio civil al margen de cualquier decisión del legislador? Éstos y otros interrogantes pretenden ser despejados en el presente estudio, aportando una opinión fundada en Derecho al respecto.

Es oportuno hacer notar, para despejar equívocos, que la posición que se defiende en estas líneas no es la única posible, aunque sí, a nuestro juicio, la que encuentra mejor cobijo legal y constitucional. Y señalar, también, que el Estado debió buscar alguna vía alternativa para dar apoyo a María Luisa Muñoz cuando ésta reclamó una pensión de viudedad (3). Aunque pueda defenderse con sobrados argumentos jurídicos que la concesión de tal prestación no podía producirse sin violentar el Derecho, se debió tomar también en consideración que la peticionaria había unido su destino a un hombre el 20 de noviembre de 1971, con el que convivió durante más de veintinueve años y tuvo media docena de hijos, y que dicha relación se había visto truncada el día de Nochebuena del año 2000 con la muerte de él.

(2) El texto se puede consultar en francés en el servidor web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o en castellano en el repertorio jurisprudencial de westlaw (ref. TEDH\2009\140), así como el Voto Particular discrepante suscrito por el Magistrado Egbert Myjer. En las páginas siguientes citaremos las Sentencias judiciales (la primera estimatoria para los intereses de la recurrente, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, de 30 de mayo de 2002. La Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que María Luisa Muñoz no cumplía las condiciones legalmente exigibles para recibir la pensión de viudedad en la Sentencia de 7 de noviembre de 2002, cfr. AS\2002\3376). Finalmente, el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de amparo interpuesta por la representación procesal de la recurrente, entendiendo que no había sido discriminada en la Sentencia 69/2007, de 16 de abril, cfr. RTC 2007\69), a pesar del Voto Particular suscrito por el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata.

(3) ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, núm. 35, 2007, pág. 5.

2. LOS CRITERIOS EXISTENTES PARA LA OBTENCIÓN DE UNA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL EN EL AÑO 2000

Examinamos la cuestión en el momento en el que María Luisa Muñoz solicitó la pensión de viudedad, aunque es oportuno hacer notar que, de hacerlo hoy, el problema jurídico sería inexistente, dado que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, prevé el reconocimiento excepcional de la pensión de viudedad en diversas hipótesis, entre las que se cuenta el de la mera convivencia con el causante durante seis años y que se hubiera producido el hecho causante de la pensión antes de la entrada en vigor de la Ley. A partir de la entrada en vigor de esta norma, la recurrente pudo cobrar, con toda licitud, una pensión de viudedad. Lo que aquí se discute es si dicha prestación era constitucional o legalmente exigible en el año 2000.

2.1. *El supuesto ordinario: el matrimonio*

Las pensiones de viudedad, en el año 2000, benefician, en primer lugar, y como resulta evidente, al cónyuge superviviente (4). Al utilizar el término cónyuge estamos haciendo referencia necesaria a la existencia de un vínculo matrimonial entre la persona que fallece y aquella que reclama la pensión de viudedad.

El matrimonio se recoge como derecho fundamental en el artículo 32 de la Constitución (5). Aunque éste no goza de la garantía constitucional del amparo,

(4) Cfr. artículo 174.1 LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que dispone que «tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio [...], el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, [...] hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine». Precepto modificado a través de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

(5) El matrimonio civil es regulado, por vez primera en Derecho español, a través de la Ley de 18 de junio de 1870, por influencia del derecho revolucionario francés (ver el art. 7 del Título II de la Constitución de 1791). El Decreto de 8 de febrero de 1875 recupera el matrimonio canónico, al que confiere efectos civiles, y sólo reserva el matrimonio civil a quienes «ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia Católica» (como aclara la Real Orden de 27 de febrero de 1875). El artículo 42 del Código Civil originario señala que hay dos formas de matrimonio (canónico y civil), aunque resulta polémico determinar si para los católicos es imperativa la opción por la forma religiosa (cfr. Real Orden de 28 de diciembre de 1900) o facultativa (cfr. Real Orden de 27 de agosto de 1906, derogada un año más tarde). En todo caso, basta con la declaración de uno de los contrayentes de que no profesa la religión católica (cfr. Real Orden de 28 de junio de 1913) para que puedan acogerse al matrimonio civil. En la Segunda República se aprobó la ley del matrimonio civil el 28 de junio de 1932, que lo preveía como algo obligatorio, y que fue derogada por

es evidente que su supresión en el Derecho español contravendría la norma constitucional. Dado que en 1978 o uno se casaba a través del rito canónico o estaba obligado a declarar que no era católico (6), y que dicha realidad contrastaba con las nuevas ideas recogidas en la Constitución (fundamentalmente, con la previsión de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias», art. 16.2), se dictó la muy relevante Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, que ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizasen los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes (7).

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, establece, en lógica coherencia con lo señalado con anterioridad, que el matrimonio podrá realizarse «en la forma religiosa legalmente prevista» o «ante el Juez o funcionario señalado por este Código» (art. 49 CC).

Para unirse en matrimonio resulta imprescindible la existencia del libre consentimiento matrimonial (art. 44 CC) de personas solteras que gozan de plena

la aprobada el 12 de marzo de 1938, que recupera la legislación anterior. La orden de 12 de marzo de 1941 condiciona la autorización del matrimonio civil a la prueba de acatolicidad de los contrayentes, o a la presentación de una declaración jurada de que no han sido bautizados. Para toda esta información nos ha sido de extrema utilidad, MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, t. I, Madrid, Reus, 1956, págs. 394-412, y MARTÍN DE AGAR, José Tomás, *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Pamplona, Eunsa, 1985, págs. 61-71). Tras el Concordato de 1953, debe recordarse que el Decreto de 26 de octubre de 1956 contempla también la vía del matrimonio civil para los apóstatas de la religión católica (iniciativa que puede ser rechazada por la Iglesia). La reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 decide hablar de «clases» y no de formas, expresando que son dos instituciones distintas, reservando el civil al supuesto de que se pruebe que «ninguno de los contrayentes profesa la religión católica». Ya en democracia, debemos recordar 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, que ha generado una abundadísima literatura [por ejemplo, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Madrid, EDERSA, 1981; CABALLERO GEA, José-Alfredo, *La ley del divorcio, 1981*, Pamplona, Aranzadi, 1982, y LACRUZ BERDEJO, José Luis (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1982].

(6) Ver nota anterior.

(7) Instrucción publicada en el *BOE* del día 30, un día después de la entrada en vigor de la Constitución. Cfr. la STC 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 5, y la anterior Instrucción de 22 de marzo de 1974 (*BOE* 90, de 15 de abril), que ya había facilitado la acreditación del hecho de que los contrayentes no profesaran la religión católica.

capacidad (art. 46 CC) y que dicha unión se inscriba en el Registro Civil para que despliegue el pleno reconocimiento de sus efectos civiles (art. 61 CC).

De esta forma, el matrimonio civil ha convivido, desde esa fecha, con el rito católico, regulado en la legislación canónica (8). Posteriormente, se han sumado los ritos evangélico, israelita e islámico (9). En todas sus formulaciones, siguen siendo requisitos para su celebración la existencia de un libre consentimiento de personas capaces y su posterior inscripción en el Registro para que el mismo tenga plenos efectos civiles.

2.2. *El supuesto extraordinario: el reconocimiento de la pensión de viudedad al miembro de una pareja de hecho cuando concurren muy concretas circunstancias*

En la propia Ley 30/1981, citada en líneas anteriores, se establece que «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 las prestaciones de la seguridad social (10).

A la luz de esta disposición, muchas personas han exigido del Estado una pensión de viudedad. En algunas ocasiones, se trataba de miembros de una unión *more uxorio* que se sentían discriminados por no poder percibir tal prestación por no encajar enteramente en el supuesto legalmente previsto. En otros, porque se discutía si una determinada unión de hecho encontraba natural acomodo en el supuesto legal descrito.

A la vista de estas concretas polémicas, el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina coherente sobre la incidencia que el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE pudiera tener en el tratamiento de las uniones

(8) Cfr., en el plano normativo, el artículo VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano (*BOE* de 15 de diciembre).

(9) Artículos 7.1 de las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, dictadas como consecuencia de los acuerdos suscritos con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y con las Comunidades Islámicas. Dichas Leyes han sido desarrolladas, en lo que ahora interesa, a través de la Orden de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (RCL 1993\349 y 660, respectivamente).

(10) Disposición Adicional Décima, 2.

matrimoniales y no matrimoniales en orden a la atribución o reconocimiento de determinados derechos. Recordemos sus principales contenidos.

a) «[E]n la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional *ex art.* 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990)» (STC 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3). Y es que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE» (SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3, y 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

b) En particular, el Tribunal Constitucional ha entendido «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 (SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 35/1991, 38/1991, 66/1994 y 39/1998; AATC 156/1987, 222/1994, 232/1996 y 188/2003)» (11).

c) Partiendo de este dato, el amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional, que perseguía en cualquier caso el derecho de la persona recurrente a obtener la pensión de viudedad, se ha ventilado determinando si su situación personal encajaba, o no, en el supuesto legalmente previsto en el segundo párrafo de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981.

Desde una perspectiva general, el Tribunal ha manejado una visión amplia del supuesto de hecho previsto en la citada norma. En efecto, «es cierto que no se incluyen en el ámbito de aplicación del precepto todos los supuestos de

(11) ATC Pleno 47/2004, de 10 de febrero, FJ 6. Ver también las SSTC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 4 *in fine*, y los AATC 324/1994, de 28 de noviembre, FJ 1; 204/2003, de 16 de junio, FJ 2; 47/2004, de 10 de febrero, FJ 6; 65/2004, de 26 de febrero, FJ 3.c); 457/2004, de 16 de noviembre, FJ 2; 203/2005, de 10 de mayo, FJ 2.

convivencia extramatrimonial, sino tan sólo aquellos que tengan su causa en la imposibilidad, por impedimento legal, de contraer nuevas nupcias, y que ese fundamento teleológico de la norma llevó al legislador a situarla en un escenario predeterminado, de carácter temporal, consistente en que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Sin embargo, como bien precisó la STC 260/1988, de 22 de diciembre, FJ 4, desde la perspectiva constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, la interpretación de aquel requisito temporal no puede hacerse al margen de la finalidad de la norma, que quedaría desvirtuada si tal condicionamiento temporal se interpretara en sus términos literales, porque no puede ignorarse que la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo, hasta la obtención de la resolución judicial de divorcio necesaria para la posterior celebración del matrimonio, de suerte que la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no determina automáticamente la posibilidad de convertir la unión extramatrimonial en vínculo conyugal. Es, pues, la imposibilidad, por impedimento legal, de contraer nuevas nupcias la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 1), lo que implica por exigencia del art. 14 CE, como dijimos en la STC 39/1998, de 17 de febrero, FJ 5, la ampliación de los supuestos regidos por la disposición adicional décima, número 2, de la Ley 30/1981» (12).

En consecuencia, «se ha otorgado o denegado el amparo solicitado, examinando primero si existió la posibilidad efectiva de que los convivientes *more uxorio* contrajesen el matrimonio que constituye el presupuesto de aplicación de la norma más beneficiosa o si, por el contrario, se vieron impedidos para ello por una causa constitucionalmente inadmisibles. Así, en la STC 155/1998, de 13 de julio, se otorgó el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir posibilidad de divorciarse porque todavía

(12) STC Sala Primera 140/2005, de 6 de junio, FJ 4. Sigue afirmando el Tribunal que «Ahora bien, también hemos declarado que no pueden equipararse a la concreta situación resuelta por la antes citada STC 260/1988, de 22 de diciembre, aquellas otras en las que ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata, sino sólo después del transcurso de un dilatado período de tiempo tras el cambio normativo efectuado por la Ley 30/1981, ni se acreditó tampoco una imposibilidad física o material que justificara ese amplio lapso de tiempo transcurrido, considerando que en esos casos ya no interviene ni se presenta la razón de ser que inspira la repetida disposición adicional (imposibilidad legal de disolver el primer vínculo y contraer nuevo matrimonio). La aplicación de esa doctrina nos llevó así en las SSTC 29/1992, de 9 de marzo, FJ 5, y 39/1998, de 17 de febrero, FJ 5, a desestimar dos recursos de amparo que acusaban la vulneración del art. 14 CE». Ver, también, el ATC Pleno 188/2003 de 3 de junio, FJ 6.

no se había dado cumplimiento al mandato contenido en el artículo 23.2 [sic, 32.2] CE de regular las causas de disolución del matrimonio. Por el contrario, en la STC 39/1998, de 17 de febrero, se denegó el amparo valorando que la demandante, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta el fallecimiento del causante de la pretendida pensión de viudedad, dispuso de tiempo suficiente para contraer matrimonio. Sin embargo, se denegó el amparo solicitado en el caso resuelto por la STC 66/1994, de 28 de febrero, que abordó un supuesto en el cual el motivo esgrimido para no haber contraído el matrimonio fue que la ideología anarquista de uno de los convivientes era contraria a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo con tanto o más rigor que las causas obstativas expresamente admitidas como tales en la doctrina de este Tribunal Constitucional (señaladamente, la de estar casado, antes de la aprobación de la Ley 30/1981, que reguló el divorcio); tal motivo, al referirse a la institución matrimonial en general, no pugnaba con los principios y valores constitucionales, sino que era expresión de la libertad de contraer o no matrimonio, por lo que el amparo, como queda dicho, no prosperó» (STC 180/2001, FJ 4).

d) Finalmente, en la interesante, a la par que discutible, STC 199/2004, de 15 de noviembre, la Sala Segunda ha entendido que el matrimonio canónico que, por deseo expreso de los contrayentes, no fue inscrito en el Registro Civil, convierte a éstos en cónyuges, por lo que pueden percibir una pensión de viudedad en caso de que fallezca su pareja.

El Tribunal sostiene que la situación del recurrente es equivalente a la del casado, dado que el Registro tiene carácter declarativo y no constitutivo. Concluye la Sala afirmando que la negativa de la concesión de la pensión de viudedad por no haberse inscrito el matrimonio canónico en el Registro «supone introducir una diferencia añadida, que en modo alguno puede calificarse de objetiva y razonable y que resulta desproporcionada al exceder dicho requisito de la finalidad de la norma prestacional» (FJ 6).

Resultan más convincentes las razones expuestas en los Votos Particulares discrepantes suscritos por Vicente Conde Martín de Hijas y Elisa Pérez Vera. El primero hace notar que no está en juego la existencia del matrimonio, sino la falta de eficacia plena del mismo (que se anuda, *ex lege*, a la inscripción registral). La segunda recuerda que el recurrente decidió negar su compromiso matrimonial ante cualquier instancia civil, y que es tal decisión la que les ha llevado a incumplir un requisito legalmente previsto para la obtención de la citada prestación. Podría añadirse a estas consideraciones que la Sala Segunda

desconoce la jurisprudencia del Pleno en la materia, que había afirmado que «no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3)» (13).

3. ¿TIENE DERECHO MARÍA LUISA MUÑOZ AL COBRO DE UNA PENSIÓN DE VIUEDAD? (1): INEXISTENCIA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Después de resumir, de forma esquemática, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos corresponde responder a la cuestión de si a la recurrente le asistía el derecho de acceder a una pensión de viudedad.

Al modesto entender del autor de estas líneas, la respuesta negativa se impone sin mayores esfuerzos argumentativos.

3.1. *Ausencia de matrimonio civil*

Parece evidente, en primer lugar, que María Luisa Muñoz no estaba casada, en el plano civil, con su compañero. Dicho con otras palabras, no escogieron ninguno de los ritos permitidos en el Derecho español para formalizar su unión civil, de tal forma que fuera tomada en consideración por el Derecho.

Por este motivo resulta inadecuado afirmar, como se hace en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, de 30 de mayo de 2002, que el matrimonio gitano está permitido en nuestro país. En efecto, el hecho probado duodécimo de la Sentencia es que «no consta norma que expresamente prohíba el acceso del matrimonio gitano al Registro Civil». Deducir, de este dato que dicho rito está permitido en nuestro país tiene su mérito. Veamos cuáles son las razones del órgano judicial.

La Jueza sostiene que el «matrimonio» se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, tratándose de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido (FD 11). Dicho rito se integra en la Ley a través de la costumbre (FD 12), dado que los matrimonios gitanos «no están considerados contrarios a la moral ni al orden público y son reconocidos socialmente» (FD 12).

(13) ATC Pleno 47/2004, de 10 de febrero, FJ 6.

Si bien es cierto que el matrimonio gitano no tiene acceso al Registro Civil, porque no ha sido incorporado por el Estado (FD 13), no debe impedirse por ello la acción protectora que el Estado se ha impuesto a través de las normas de la Seguridad Social (FD 13).

Concluye el Juzgado afirmando que «el matrimonio gitano es ignorado en la legislación española, pese al arraigo sociocultural que dicha etnia tiene en nuestro país», a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio religioso. «Se aprecia identidad de razón (comunidades de cultura y costumbres que conviven bajo el Estado español)» (FD 14), por lo que debe aplicarse el principio de analogía en este caso.

No podemos compartir ninguno de los razonamientos que han sido resumidos. La inexistencia del matrimonio de María Luisa Muñoz es manifiesta, desde el momento en que no ha quedado acreditado el cumplimiento de ninguno de los requisitos impuestos en el Código Civil para su celebración (capacidad, consentimiento e inscripción registral), al margen de cuál sea el concreto rito en el que se formaliza la unión civil. Ni siquiera existe en el Código Civil una cláusula de apertura en lo que atañe a la forma del matrimonio distinta a la de la ceremonia religiosa (14).

No comparte este parecer el Magistrado del Tribunal Constitucional Rodríguez-Zapata Pérez, quien opta, en el Voto Particular que acompaña a la Sentencia desestimatoria 69/2001 por entender, en primer lugar, que estamos en presencia de un matrimonio válidamente celebrado aunque no inscrito en el Registro Civil (15). Defiende, en segundo lugar y de forma contradictoria con lo que acaba de afirmarse, la aplicación de medidas de discriminación positiva para minorías desfavorecidas, como la gitana (16). No podemos compartir tales

(14) Extremo advertido por María Ángeles Felix Ballesta (en «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003/2, pág. 440). Propone la autora que, de abordarse dicha reforma, se opte por establecer unos criterios unitarios respecto a la solicitud del expediente matrimonial, con independencia del rito elegido por los contrayentes. Puede consultarse igualmente MUSOLES CUBEDO, María Cruz, «El matrimonio contraído según el rito gitano, ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?», en AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001.

(15) Apartado 2 del Voto Particular, en línea con lo acaecido en la (discutible) STC 199/2004, examinada *supra*, aunque en ese caso resulta indubitado que hubo una unión matrimonial. También discrepa de esta equiparación Ana Laura Cabezuelo Arenas (en «Matrimonio...», *cit.*, págs. 34-35).

(16) Sostendrá el Magistrado que «la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para que otorgásemos el amparo que reclamaba en este caso doña María Luisa. Y es que resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de

opiniones, entendiendo que la validez del matrimonio de la recurrente solamente podría afirmarse si se cumplieran los requisitos propios de dicha institución: capacidad, libre consentimiento y publicidad registral, supuesto que, como veremos, no es el caso. Por otra parte, como hace notar Iván Rodríguez Cardo, es incorrecto hablar, en este supuesto, de la necesidad de una discriminación positiva (17).

3.2. *Un inciso: ¿puede afirmarse que el legislador viene constitucionalmente obligado a reconocer el rito gitano entre las formas posibles de celebración del matrimonio?*

En la demanda de amparo interpuesta por la representación procesal de la recurrente se afirma que el desarrollo legal del matrimonio es insuficiente en el Derecho español, ya que debe incluirse el rito seguido por la recurrente, que no puede ser contemplado como una mera unión de hecho. Se afirma igualmente que el legislador estatal no puede restringir o reducir el derecho de matrimonio de manera o hasta el extremo de que se atente a su contenido esencial (art. 53.1 CE y STEDH de 18 de diciembre de 1987), como ha hecho con la Ley 30/1981, en la que ha relegado una forma de matrimonio presente en la sociedad española desde antiguo o, más correctamente, ha negado efectos civiles a la emisión del consentimiento realizada siguiendo el rito gitano, pese a que éste se encuentra asentado en nuestro país. El hecho de que el matrimonio se realice por el rito gitano («el único que conocen y que consideran válido», se dirá en la demanda) no lo convierte en una mera convivencia de hecho, porque la recurrente se siente, se reconoce casada, por lo que tal consideración, contenida en la resolución judicial impugnada, es discriminatoria.

familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad (STJCE Becker, asunto 8/81, § 24)».

(17) En efecto, «la discriminación positiva implica la concesión de una ventaja a un colectivo que tradicionalmente ha sufrido un trato de inferior calidad, de modo que en situaciones de equiparación con quienes disfrutan del trato general tengan preferencia en el acceso o disfrute al derecho de que se trate. Pero el reconocimiento de efectos en materia de pensión de viudedad simplemente equipararía el matrimonio con otras formas o ritos ya reconocidos, de modo que no habría ventaja, sino simplemente equiparación, y, por tanto, tampoco discriminación positiva» («Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 16/2007, pág. 12).

La cuestión es determinar si el hecho de que el legislador no prevea, entre las formas del matrimonio, la gitana, discrimina a la recurrente. Y, así planteado el interrogante, éste merece una respuesta negativa, dado que el Tribunal Constitucional «ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la «discriminación por indiferenciación», al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara[r] la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2)» (18). No deja de ser llamativo que se reclame la necesidad de establecer una legislación diferenciada para una determinada raza o etnia, cuando el artículo 14 prohíbe, precisamente, cualquier trato discriminatorio basado en la raza. Tal pretensión se apoya, en la demanda de amparo, en que, dado que el artículo 32.2 CE dispone que la Ley regulará las formas de matrimonio, el legislador debe ser sensible a la cultura gitana, como ya lo ha sido respecto de determinadas confesiones (19). Pero esta comparación no es acertada, puesto que, como atinadamente apunta el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, mientras que la Constitución dispone que «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española» (art. 16.3), no hay, lógicamente, ninguna disposición similar relacionada con las minorías étnicas o culturales. No estamos, obviamente, ante un término de comparación válido (20).

Como correctamente ha hecho notar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) en su Sentencia de 7 de octubre de 1999, «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»

(18) STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4. Fernando Rey considera que, a la vista de esta Sentencia y de la 13/2001, de 29 de enero, ha quedado «acreditado que el Tribunal Constitucional español carece de una interpretación fuerte o estricta contra la discriminación racial» (en «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?», *La Ley*, núm. 7344, de 17 de febrero de 2010, pág. 2).

(19) *Vid.*, *supra*, notas 5 y 6.

(20) STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4. Es oportuno añadir, como hace el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 7 de noviembre de 2002, 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» (FD 5).

[FD 3.b)]. En efecto, lo relevante para entender que no hay matrimonio es que no ha sido respetada la forma de su celebración. Es imposible considerar la existencia de una discriminación hacia la raza gitana, cuando la misma no ha sido tomada en consideración para la resolución del caso (21). Y es que, como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 69/2007, la regulación del matrimonio en nuestro país presenta una «escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial» (22).

Los defensores de la pertinencia del amparo cuestionan, precisamente, esa neutralidad de la Ley. Pretenden, algunos, que la Constitución exige que el legislador contemple la boda gitana como una de las formas de celebrar el matrimonio (discriminación en la Ley). Otros entienden que, incluso a pesar de la omisión legislativa, los órganos que aplican el Derecho (en especial la Administración y los tribunales) pueden (*rectius*: deben) integrar dicha laguna (discriminación ante la Ley).

Dado que las normas relacionadas con el matrimonio no presentan ningún contenido racial o étnico, podría pensarse que estamos ante una dis-

(21) Cfr. STC 126/1986, de 22 de octubre, FJ 1. El Tribunal entiende que «el ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial sino 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» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Y es que «ha de partirse de la observancia del ordenamiento jurídico aplicable por parte de todos, de manera que no se pueden hacer más excepciones a su cumplimiento que las expresamente previstas en el mismo, no constituyendo, en consecuencia, discriminación alguna la exigencia de observancia en España y por los españoles de la legalidad que así mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes legales, sobre todo cuando se acude a esa misma legalidad para reclamar los beneficios que de ella se derivan» (STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002, citada en la nota 2, FD 5).

(22) FJ 4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre cuestiones raciales o étnicas viene marcada por las SSTC 126/1986, de 22 de octubre; 214/1991, de 11 de noviembre; 176/1995, de 11 de diciembre, 13/2001, de 29 de enero, 69/2007, de 16 de abril, 235/2007, de 7 de noviembre, y el ATC 427/2004, de 10 de noviembre. Sobre los problemas que suscita emplear el término raza y sus derivados, como hace el artículo 14 CE, *vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando, «La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana», *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, págs. 61 y sigs., en especial págs. 65-66. A juicio de este autor, es mejor utilizar el término *etnia*, que aludiría a un grupo con cierta identidad cultural, subrayando el carácter ideológico-político del grupo sobre el biológico (pág. 66). Concluye el autor que la relación que media entre ambas nociones es de género (discriminación étnica) a especie (discriminaciones raciales) (pág. 67). El Tribunal de Estrasburgo distinguirá los términos *raza* y *etnia* en la STEDH de 13 de diciembre de 2005, asunto *Timishev c. Rusia* (§ 55). También resulta de interés BEAUDET, Camille: «Le principe de non-discrimination de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la minorité tzigane», disponible en <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/>.

criminación por indiferenciación [por no tratar de forma desigual a sujetos distintos (23)] o indirecta (24) [«cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas» (25)].

Ésta es, precisamente, la opinión de Fernando Rey, que considera que el Tribunal de Estrasburgo podría haber mantenido, en primer lugar, que se había producido una discriminación por indiferenciación (aunque prefriere denominarla por igualación), entendiendo que el factor étnico exige que la valoración jurídica dada a la unión de la recurrente se distancie de otros supuestos de convivencia *more uxorio* (26). Insiste el autor en que la recurrente «cree de buena fe que su unión al estilo tradicional gitano es un matrimonio válido, error que es, además, confirmado por las autoridades administrativas españolas».

Otra óptica posible, según Fernando Rey, es que el Tribunal hubiera declarado la existencia de una discriminación racial/étnica indirecta o de impacto, ya que «se habría otorgado un trato diferente a la recurrente (la denegación de la pensión de viudedad) en atención a un rasgo, factor o criterio no sospechoso o neutro desde el punto de vista racial (la exigencia de forma legal de matrimonio para acceder a la pensión de viudedad), pero que, de hecho, impacta de forma adversa sobre las personas de un grupo en desventaja (viudas casadas conforme al rito gitano) sin que exista una justificación suficiente (la

(23) En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de abril de 2000, asunto Thlimmenos c. Grecia, se vulnera el principio de igualdad al aplicar mecánicamente al recurrente la norma de que los antecedentes penales impiden la superación de una prueba pública profesionalizante, sin tomar en consideración que su delito fue menor (negarse a llevar uniforme militar) y se justificaba en motivos religiosos o filosóficos (§ 47).

(24) Asumida plenamente en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2007, asunto D.H. y otros c. República Checa, § 185 y sigs. Esta Sentencia revoca la dictada por Sección el anterior 7 de febrero de 2006, que había sido criticada por Fernando Rey Martínez (en «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007, págs. 279 y sigs.). Comentan la nueva Sentencia SAMBUC BLOISE, Joëlle, «L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme D.H. et autres c. République tchèque: une décision de principe en matière de non discrimination raciale», en *Revue Suisse de Droit International et du Droit Européen*, núm. 1-2, 2008, págs. 31 y sigs., y, de forma tangencial, Camille BEAUDET, *cit.*, pág. 12. Pueden consultarse, igualmente, las posteriores Sentencias de 5 de junio de 2008, caso Sampanis y otros c. Grecia y de 17 de julio de 2008, caso Orsus y otros c. Croacia.

(25) Según reza el artículo 2.2.b) de la Directiva 43/2000 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que sigue disponiendo «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».

(26) «La Sentencia...», *cit.*, págs. 4-5.

diferenciación no constituye una exigencia objetiva o indispensable para la consecución de un objetivo público legítimo —o al menos, el Estado no lo ha justificado—» (27).

Finalmente, considera Fernando Rey que la Sala podría haber establecido la concurrencia de una discriminación múltiple o interseccional (por combinar los criterios étnicos/raciales y los de género), porque «la pensión de viudedad, aunque no disponible sólo para las mujeres, despliega un sentido específico (en cantidad y cualidad) en relación precisamente con las mujeres (y con las mujeres de cierta edad, además: incluso podríamos considerar la concurrencia, por ello, de otro rasgo sospechoso de discriminación, el de la edad)» (28).

Aunque estas construcciones son sugerentes, no pueden ser compartidas. Dejando de lado ahora la primera hipótesis, a la que se ha dado respuesta en diversos apartados del presente estudio, corresponde recordar ahora que no puede producirse una discriminación indirecta si la medida estatal que se cuestiona puede «justificarse objetivamente con una finalidad legítima» (29), como ocurre en el caso que nos ocupa. Precisamente a esta cuestión dedicamos el siguiente subepígrafe, en el que intentamos evidenciar que es imposible que el Estado español asuma el rito gitano del matrimonio sin establecer medidas que permitan acreditar la concurrencia de los requisitos básicos del matrimonio (referidos a la capacidad, al libre consentimiento y a la publicidad).

3.3. *Conveniencia y límites del reconocimiento civil del matrimonio gitano*

Cuestión distinta, claro está, es que lo que no es constitucionalmente exigible pueda ser políticamente conveniente. Puede ser razonable que el legislador español acepte el rito gitano como una de las formas posibles de celebración del matrimonio (30).

Tal medida contribuiría, claramente, a la consecución de las legítimas finalidades previstas en el artículo 5.1 del Convenio-marco del Consejo de Europa

(27) *Ibidem*, pág. 6.

(28) *Idem*.

(29) Como establece, expresamente, el artículo 2.2.b) de la Directiva 43/2000 2000/43/CE (cfr. nota 22).

(30) A este fin puede ser útil la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas que afectan a la Comunidad Gitana (creada mediante Real Decreto 250/1979, de 11 de enero, publicado en el BOE 39, de 14 de febrero y que fue ampliada a través de la posterior Orden de 5 de diciembre de 1979, publicada en el BOE 295, de 10 de diciembre). En este sentido se pronuncia Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ (en «Matrimonio gitano...», *cit.*, pág. 9).

para la Protección de las minorías nacionales, cuando dispone que «las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural» (31).

Estos altos fines no pueden ser conseguidos si no es a través de la aprobación de una Ley estatal que, fruto del legislador o del acuerdo del Estado con los representantes de la etnia gitana, incluya el rito gitano como forma de matrimonio civil.

La única iniciativa habida en esta materia ha sido debida al Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes de Aragón, que presentó una proposición de Ley «de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano» (32) con la intención de que fuera remitida por la citada Cámara al Congreso de los Diputados.

En dicha iniciativa se establecía que «los gitanos que hayan contraído matrimonio conforme a su propio rito, podrán solicitar su reconocimiento mediante la inscripción en el Registro Civil del lugar de su celebración» (art. 2.1). «Para ello, presentarán una declaración firmada por ambos contrayentes, la Adjuntadora y los dos testigos o padrinos ante quienes se haya prestado el consentimiento, en la que todos ellos, y bajo pena de falsedad en documento público, harán constar el hecho de haberse celebrado el matrimonio conforme al rito gitano, con expresión del lugar y fecha del mismo» (art. 2.2).

Antes de seguir examinando esta proposición de ley aragonesa conviene recordar, de forma necesariamente esquemática, cuál es el rito de las bodas gitanas (33). En cuanto a los contrayentes, basta con que sean púberes sin que plantee excesivos problemas el hecho de que pertenezcan a una misma familia.

(31) Pueden traerse igualmente a colación el punto 47 del plan de acción recogido en el Informe de la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (Durban, 2001. El texto se encuentra en el servidor de Naciones Unidas, <http://www.un.org/>); en el se exhorta «a los Estados a garantizar el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas [...] a disfrutar de su propia cultura» y, en el plano de la UE, el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, citado en la nota 22.

(32) Cfr. *BOCA* 60, de 14 de junio de 2000.

(33) A. Torres Fernández describe, con todo detalle, la ceremonia gitana del matrimonio en su trabajo «La boda gitana: un rito cultural propio», estudio publicado en tres partes en los núms. 26 (abril-junio de 1999), 27 (julio-septiembre de 1999) y 28 (octubre-diciembre de 1999) de la Revista *IThatchipen*, aunque nosotros nos valdremos de la descripción contenida en el estudio de María Ángeles FÉLIX BALLESTA («Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2003, págs. 412-418. También ilustra sobre esta materia Iván RODRÍGUEZ CARDO, «Forma matrimonial y...», *cit.*

Está en desuso la práctica de los matrimonios concertados, basándose ahora en la voluntad de los contrayentes. Si el pedimento de la novia es aceptado por el padre de ésta, se tenderá a la separación física de los iniciados (rito de separación), fijándose el día de la boda (rito de incorporación). Si los afectados se encontraran con el rechazo de los padres o *dadès* puede optar el chico por el raptó de la novia (formal, si cuentan con el apoyo del *shero rom*, o material, siendo olvidados hasta que regresen con descendencia). Esencial es la prueba de virginidad a la que debe someterse la joven, con la ayuda de una *picaora* o *ajuntaora* que concluye, en el caso de que todo vaya bien, con la proclamación de que «esta niña está como la trajo su madre al mundo». Tras estos trámites es cuando se inicia la fiesta.

A la vista del rito de las bodas gitanas, y de las leyes que regulan el rito matrimonial evangélico, israelita e islámico, que establece un procedimiento previo ante el encargado del Registro Civil correspondiente, se entiende perfectamente que la Letrada del Parlamento de Aragón recuerde, en su Informe sobre la proposición legislativa, que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado en múltiples ocasiones la importancia de este expediente para la comprobación de la validez del matrimonio, y en particular destaca la trascendencia del trámite de audiencia reservada y por separado a cada uno de los contrayentes, para que el encargado del Registro Civil pueda cerciorarse debidamente de la inexistencia de impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración del matrimonio (falta de libertad de los contrayentes, falta de edad, etc.)» (34).

¿Es relevante preservar dicho trámite? Esencial, a nuestro juicio, dado que resulta imprescindible que se observen los elementos esenciales de la institución civil del matrimonio, que han de ser respetados con independencia del rito que se siga para su celebración. Algunas de estas normas y principios pueden chocar con algunas de las tradiciones que rodean a las bodas gitanas. Sin ánimo exhaustivo, podemos poner algunos ejemplos que nos permitan ilustrar esta afirmación. Resulta claro, por ejemplo, que un matrimonio no puede imponerse, por decisión de sus padres o tutores, contra la voluntad de alguno de sus contrayentes. Resulta igualmente indubitado que un menor de edad no emancipado no tiene capacidad legal para casarse, salvo que obtenga la oportuna dispensa (35).

(34) Dicho Informe se incluye en los «Materiales sobre la proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, 2000, pág. 293.

(35) *Vid.*, en el plano doctrinal, RODRÍGUEZ CARDO, Iván, «Forma matrimonial y...», *cit.*, nota 18. Sin embargo, en 1971 la legislación aplicable permitía casarse a los varones de 14 años cumplidos y a las hembras mayores de doce (art. 83 del CC, derogado por la Ley 30/1981), en línea

Si se comparten estas afirmaciones, podremos llegar a dos conclusiones. Una es general, y otra más vinculada al concreto supuesto que examinamos en este trabajo. La primera es que es ingenuo afirmar que el Estado debe asumir acríticamente el matrimonio gitano, limitándose a concederle efectos jurídicos (36). Solamente podrá darle tal tipo de reconocimiento si se asegura de que respeta el orden público constitucional (37). Como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia en la que se ventila el recurso de amparo interpuesto por María Luisa Muñoz, el legislador deberá preservar «los derechos y valores constitucionales» en el caso de que pretenda conferir efectos civiles a los matrimonios celebrados por el rito gitano (38).

La segunda conclusión es que, en el concreto caso de María Luisa Muñoz, es obvio que no puede equipararse su unión por el rito gitano a un matrimonio, dado que no ha quedado acreditado que hubiera consentimiento libre por parte de los contrayentes e inexistencia de vínculos familiares entre ellos (39).

con la tendencia fisiológica dominante en el Derecho romano y canónico (MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios...*, cit., pág. 590). Ana Laura Cabezuelo Arenas estima, además, que la incorporación acrítica del matrimonio gitano en el Derecho español puede poner en cuestión valores constitucionales, como son la dignidad de la mujer y el principio de igualdad entre los cónyuges (en «Matrimonio...», cit., pág. 47).

(36) No resulta sorprendente que los grupos proponentes retiraran, finalmente, la proposición de Ley en su día presentada (BOCA, núm. 138, de 01/VI/2001, pág. 6167).

(37) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El matrimonio no es el rito», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, 2000, págs. 290-291.

(38) STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 5. Esta Sentencia ha sido comentada por Iván RODRÍGUEZ CARDO («Forma matrimonial...», cit.), por Manuel RIVERO GONZÁLEZ («Multiculturalismo, derecho e identidades nacionales. Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre las bodas gitanas», *La Ley*, núm. 7244, de 18 de septiembre de 2009); por ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel («Matrimonio gitano...», cit.), y por CABEZUELO ARENAS, Ana Laura («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*, núm. 21, 2007, págs. 9 y sigs.). Se trata, dirá Manuel Rivero González, de «hacer valer la preeminencia del Estado, garante de los derechos fundamentales y creador de formas jurídicas exigibles étnicamente neutras, ante posibles pretensiones provenientes del universo multicultural en el sentido de dotar de preeminencia a las formas y a los valores del grupo, etnia o comunidad» (en «Multiculturalismo...», cit., pág. 12).

(39) Previsiones contenidas en el artículo 83 CC, posteriormente derogado por la citada Ley 30/1981, especialmente. No resulta, sin embargo, problemático, aunque sí llamativo, que la *novia* tuviera doce o quince años. Mientras que en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se relata que la recurrente nació en 1956 (§ 1), en la biografía de María Luisa Muñoz Díaz recogida en *50 mujeres gitanas en la sociedad española* (Fundación Secretariado Gitano-Instituto de la Mujer, Madrid, 2003), se afirma que María Luisa Muñoz Díaz nació en Burgos el 15 de agosto de 1959 (pág. 85). En todo caso, el artículo 83 CC, derogado posteriormente por la Ley 30/1981, permite a las *hembras* casarse si tienen doce años cumplidos.

3.4. *La imposibilidad de fundar la existencia del matrimonio en el previo reconocimiento estatal de la relación de convivencia entre la recurrente y su pareja*

Es cierto, sin embargo, que, en el caso de María Luisa Muñoz, el Estado sí reconoció, en alguna medida, dicha unión, facilitando a la recurrente y su pareja algunos documentos, como son el libro de familia y el carnet de familia numerosa, o hizo que aparecieran como beneficiarios en la cartilla de la seguridad social.

La existencia de tales documentos no debe servir, sin embargo, para alterar nuestra conclusión, sino que, más bien al contrario, inciden en su corrección. No es mucho suponer que para que la Administración emitiera dichos documentos tuvieron que exponer los peticionarios su carácter matrimonial, y resulta ingenuo ignorar que, con toda seguridad, fueron advertidos de que su unión no tenía carácter civil, sino puramente privado. Si se comparten estas ideas [indemostrables, pero avaladas por el sentido común (40)], se debe concluir que la recurrente y su pareja tuvieron evidencias de los problemas que se derivaban de la carencia de un vínculo matrimonial. Es muy respetable que, en esas circunstancias, decidieran no casarse a los ojos del Estado, pero es igualmente razonable afirmar que, asumiendo tales datos, no puede igualarse su relación de convivencia a la matrimonial (41).

Resulta también sorprendente que se anude a una incorrección del Estado (que confiere unas prestaciones sin que se cumplan los presupuestos legales para ello) la obligación de que se acuerde otra: la concesión de una pensión de viudedad a una persona que no era cónyuge de la fallecida.

4. ¿TIENE DERECHO MARÍA LUISA MUÑOZ AL COBRO DE UNA PENSIÓN DE VIUEDAD? (2): INEXISTENCIA DEL SUPUESTO EXCEPCIONAL PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN DÉCIMA, 2, DE LA LEY 30/1981

Aunque la estrategia inicial de la representación procesal de la recurrente fue solicitar la pensión de viudedad al considerarse cónyuge del fallecido, optó, posteriormente, por justificar también tal prestación al amparo de la Disposición Décima, 2, de la Ley 30/1981. Como se recordará, esta norma contempla la posi-

(40) Coincide en esta observación el Magistrado discrepante Egbert Mujer, como se verá con más detalle en el epígrafe 5.1 de este estudio.

(41) Cfr. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Matrimonio...», *cit.*, pág. 20.

bilidad de que una de las partes de una pareja de hecho pueda reclamar las oportunas prestaciones de la seguridad social en el supuesto de que aquélla no hubiera podido formalizar jurídicamente su relación por impedírsele el Derecho.

Aunque el Tribunal Constitucional no entró a examinar esta cuestión, porque la misma no había sido planteada ante la jurisdicción ordinaria, desconociendo el carácter subsidiario del amparo constitucional, sí que se planteará la cuestión en este estudio, haciendo notar, además, que dicho óbice procesal detectado en el amparo constitucional no es de aplicación en el plano europeo, porque se centra el Tribunal de Estrasburgo en la cuestión del reconocimiento del matrimonio y no en el de la concurrencia de una relación *more uxorio* a la que debiera vincularse los mismos efectos (42).

Pues bien, podría exigir la aplicación de la Disposición Adicional Décima, por ejemplo, la persona que, habiéndose separado de su cónyuge, estableció otra relación de convivencia con otra persona, falleciendo ésta antes de 1981, dado que, en esas fechas, el divorcio estaba vedado en nuestro país. También quien mantiene una relación *more uxorio* antes de esa fecha por no querer unirse en matrimonio a través del rito católico, único posible en aquel momento. Finalmente, dicha disposición sería igualmente aplicable al miembro de una relación *more uxorio* compuesta por dos personas del mismo sexo cuyo conviviente fallece antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, dado que solamente a partir de esa fecha hubieran podido formalizar su matrimonio (43).

¿Puede apoyarse la recurrente en la citada Disposición para reclamar una pensión de viudedad? Así trató de hacerlo con ocasión del recurso de amparo in-

(42) En efecto, se ha respetado el carácter subsidiario respecto del hecho del no reconocimiento del matrimonio (sobre el carácter subsidiario del recurso interpuesto ante el TEDH *vid.* MORTE GÓMEZ, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 55 y sigs.; BRUYN, Donatienne: «L'épuisement des voies de recours internes», en AA.VV., *La procédure devant la nouvelle Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 1999, págs. 39 y sigs. Este último autor alude a la necesidad de que el recurrente haya defendido los mismos argumentos que esgrime en Europa ante sus propias autoridades nacionales (págs. 43-44), y PUÉCHAVY, Michel, «La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour Européenne des Droits de l'Homme», en AA.VV., *Libertés, justice, tolérance (Mélanges eh hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan)*, vol. II, Bruselas, Bruylant, 2004, págs. 1299 y sigs.

(43) Cfr. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 14-11-2005 (AS 2006, 964) y, en el plano doctrinal, RODRÍGUEZ CARDO, Iván, «Forma matrimonial y...», *cit.*, nota 5. Discrepa de este parecer Elena DESDENTADO DAROCA (en «Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio», en *Aranzadi Social*, 2009/10), apoyándose, entre otros argumentos, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 437/2006, de 18 de septiembre (AS 2006/3427), que mantiene un criterio opuesto al recogido en la de instancia que se acaba de citar.

terpuesto ante el Tribunal Constitucional. Se afirma, en la demanda de amparo, que María Luisa Muñoz no pudo prestar válidamente su consentimiento antes de 1981, dado que solamente se preveía el matrimonio canónico, pero tampoco después, ya que el legislador no dio cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 32 CE, regulando el rito gitano del matrimonio. De tal forma, se considera que la recurrente no pudo regularizar su situación sin renunciar a sus más íntimas creencias e ideas, concluyéndose que la recurrente nunca fue libre para contraer matrimonio con efectos civiles con arreglo a sus creencias.

El alegato es, a juicio del autor de estas líneas, manifiestamente inconsistente. Solamente podría ser asumido el mismo si se demostrara, previamente, que María Luisa Muñoz y su pareja de hecho se vieron impedidos para contraer matrimonio entre el 20 de noviembre de 1971 y el 24 de diciembre de 2000 porque, solamente en tal circunstancia, sería de aplicación la Disposición Adicional de la Ley 30/1981, a la que se ha hecho referencia.

De los tres ejemplos que se han ofrecido en líneas anteriores, resultan totalmente ajenos al supuesto de hecho ahora examinado los referidos a parejas homosexuales (por no ser éste el caso) y a que una de las personas que integran la pareja de hecho fuera viuda, habiendo establecido un previo vínculo matrimonial antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (44).

Más consistencia presenta, sin embargo, el tercer ejemplo aplicado al caso que ahora nos ocupa. En la demanda de amparo se recuerda que «hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica». Y es cierto que tal exigencia «resulta incompatible con los derechos reconocidos en el art. 16 CE» (45) y, muy especialmente, con el artículo 16.3 CE. Dicha limitación sería solventada, como ya sabemos (46), a través de la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1978 y de la Ley 30/1981. Es evidente, a la vista de estos datos, que los convivientes pudieron formalizar su unión siguiendo los trámites previstos en la legislación civil durante más de veinte años, optando, libremente, por no hacerlo. Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional había fijado una doctrina consolidada en esta materia que se ha difundido a través de la publicación de sus Sentencias en el Boletín Oficial del Estado.

(44) STC 155/1998, de 13 de julio, FJ 4. Huelga añadir, en todo caso, que aunque se hubiera producido tal circunstancia tuvieron muchos años (1981-2000) para unirse en matrimonio, si así lo deseaban.

(45) STC 180/2001, FJ 5.

(46) Ver la nota. 4.

No altera nuestra conclusión el audaz empeño del Abogado de la recurrente ante el Tribunal Constitucional, cuando sostiene que la imposibilidad del contraer matrimonio por parte de la recurrente y el señor Dual Jiménez responde a motivos ideológicos. De un lado porque, «aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio —art. 32.1 CE— en el artículo 16.1 CE, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de la unión de hecho [...], pues, en definitiva, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados para la concesión de una prestación, a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos» (47). De otro lado, porque, para que tal alegato pudiera ser seriamente considerado, sería imprescindible que en la demanda de amparo se concretaran cuáles son los motivos ideológicos que hacen que María Luisa Muñoz rechace la institución civil del matrimonio. Si tal pretensión se vincula con la etnia de la recurrente la cuestión es más grave, porque tal argumento podría considerarse incompatible con el principio de igualdad previsto en el artículo 14 CE.

5. ¿SE HA VULNERADO, PESE A TODO, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?:
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

5.1. *Exégesis de la Sentencia*

En la Sentencia dictada el 8 de diciembre de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretende avanzar en la protección de la etnia gitana (48), centrandó ahora la cuestión en determinar si el Estado español ha discriminado a la recurrente (art. 14 CEDH) en su derecho a que sus bienes sean respetados (art. 1 del Protocolo 1), perspectiva que parte «del hecho de la pertenencia de la demandante a la comunidad gitana y de su condición de cónyuge de M. D.,

(47) STC 66/1994, de 28 de febrero y ATC 188/2003, de 3 junio, FJ 2.

(48) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre discriminación racial y/o étnica ha sido examinada en nuestro país por REY MARTÍNEZ, Fernando («La discriminación...», *cit.*, págs. 279 y sigs.), y CARMONA CUENCA, Encarna [«La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos», en GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords), *La Europa de los derechos*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 733 y sigs. (esp. págs. 746-748).

reconocida en ciertos casos por las autoridades españolas pero no en lo relativo a la pensión de viudedad, el Tribunal considera que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que es suficiente para que el artículo 14 del Convenio resulte aplicable» (§ 46).

La discriminación se habría producido, al decir de la representación procesal de la recurrente, porque el Estado no ha tomado en consideración «ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana» (49) cuando solicitó la pensión de viudedad. El Tribunal parece asumir tales extremos (§ 52), y señala, posteriormente, que «la jurisprudencia constitucional tiene en efecto en cuenta, para el reconocimiento de las pensiones de viudedad, tanto la existencia de buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que hayan imposibilitado la celebración del matrimonio, aun cuando el matrimonio legalmente válido no haya tenido lugar» (§ 53).

Esto ocurrió, a juicio de la Sala, en el presente caso, dado que, en un primer momento, la recurrente solamente podía valerse del rito canónico (§ 57) y que, posteriormente, entendía, de buena fe, que su matrimonio era válido y surtía efectos civiles (dado que no se ha discutido la validez del matrimonio gitano, § 59 y que dicha idea se ha visto reforzada con la expedición de ciertos documentos oficiales por parte del Estado, § 62).

Especial interés tiene la doctrina contenida en el parágrafo 61 de la Sentencia que comentamos, en el que «El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes. El Tribunal ha tenido ocasión en la Sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (Sentencia *Buckley contra Reino Unido*, de 25 septiembre 1996, aps. 76, 80, 84; Repertorio de Sentencias y Decisiones 1996-IV, *Chapman contra Reino Unido* [GC], antedicha, ap. 96, y *Connors contra Reino Unido*, núm. 66746/01, ap. 84, de 27 mayo 2004)».

Todos estos factores explican que la recurrente sea titular de un interés legítimo de ser considerada esposa de su pareja, siendo natural que dicha exprec-

(49) § 51. «La demandante basa su pretensión, de un lado, en la convicción de que su unión, celebrada conforme a los ritos y tradiciones gitanas era válido y, de otra, en la actuación de las autoridades, que le han reconocido oficialmente la condición de esposa de M. D. y, en consecuencia, han admitido según ella la validez de su matrimonio», § 55.

tativa se concrete, tras el fallecimiento de aquélla, en el acceso a la prestación de viudedad (§ 63).

El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe (§ 65). ¿Qué situaciones son éstas según el Tribunal de Estrasburgo?: *a)* el convencimiento de buena fe de la existencia de un vínculo matrimonial cuando resulta que éste era nulo (art. 174 LGSS), y *b)* la falta de inscripción registral de un matrimonio canónico por motivos ideológicos. Nótese que no se hace referencia alguna, en este apartado de la Sentencia, a la condición gitana de la recurrente. Estamos, en palabras del Tribunal, ante «una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe».

Insiste más tarde el Tribunal en considerar «desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad» (§ 69). La Sala entiende, además, que resulta inaceptable la tesis del Gobierno de que habría bastado con que la recurrente hubiera contraído matrimonio civil, dado que el defecto ha sido no tomar en consideración la situación personal de la recurrente (§ 70). Y es que dicho matrimonio sería una forma de escapar de la discriminación descrita. El Tribunal concluye que se ha vulnerado el principio de igualdad en conexión con el derecho a la propiedad privada.

La recurrente también había denunciado la eventual lesión del principio de igualdad en conexión con el derecho al matrimonio (arts. 14 y 12 CEDH), por no conferir plenos efectos civiles al rito gitano. «La demandante señala que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en España; se trata de un consentimiento matrimonial ni civil ni religioso, pero firmemente anclado en la cultura de su comunidad, reconocido y beneficiario de efectos *erga omnes* en el seno de ésta, por efecto de la fuerza de la costumbre. 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» (§ 76). El Tribunal discrepa abiertamente de estas ideas, haciendo notar «que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante

un Alcalde, un Juez u otro funcionario designado al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se requiere ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro» (§ 79).

Si bien es cierto que mientras que unas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas (en particular, la católica, la protestante, la musulmana y la israelita), trayendo causa de acuerdos anteriores habidos entre dichas confesiones y el Estado, otras formas (religiosas o tradicionales) no están reconocidas. Pero «se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana. Además, esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esta comunidad, y responde a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación» (§ 80).

La Sentencia se acompaña del Voto Particular discrepante firmado por el Magistrado Egbert Myjer. En dicho documento, el Magistrado expresa su adhesión incondicional a la idea manejada en la Sentencia de que no se ha vulnerado el derecho al matrimonio (50). Discrepa, sin embargo, el Magistrado en lo que atañe a la eventual discriminación que constata la Sala. Si la Sala constata que el matrimonio civil está «abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana», como hace en el § 80, debe concluirse que «la recurrente no ha sido víctima de una “diferencia de tratamiento” a los efectos del art. 14 de la Convención».

Egbert Myjer sospecha que la recurrente fue consciente de la situación precaria que presentaba su unión, pero considera abusivo que, aunque la misma trajera causa de su ignorancia, se hiciera al Estado responsable de la misma. «Sería todavía más abusivo reprochar una tacha a las autoridades españolas por la igualdad de tratamiento que han reconocido a la recurrente y a su familia en relación con las familias fundadas sobre la institución del matrimonio.»

Finalmente, el Magistrado discrepante señala que en ningún momento se ha justificado por qué la recurrente no pudo celebrar su boda en 1971 por el rito canónico y que, en todo caso, en dicha fecha no se encontraba vigente el Convenio en España.

(50) Egbert Myjer señala que no corresponde al Tribunal convertir el deseo de que el Estado (español) asuma el rito del matrimonio gitano como legalmente admisible en una obligación que derive del propio Convenio, porque ello supondría crear nuevos derechos, no previstos en el Convenio.

5.2. Valoración crítica de la Sentencia

La Sentencia ha sido recibida con discreta alegría por Fernando Rey Martínez. Estima este autor que, aunque la Sala podría haber aprovechado la ocasión para aplicar un test antidiscriminatorio (por indiferenciación o indirecta), prefiere quedarse en el estadio de la equidad para resolver si podía negarse a la recurrente las consecuencias inherentes a la celebración de un matrimonio, inválido pero celebrado de buena fe, y cuya apariencia había sido robustecida por la propia actuación de los poderes públicos españoles (pág. 3). Por este motivo, califica la Sentencia de tosca «porque no gravita en torno al concepto específico de prohibición de discriminación racial, sino del concepto más general de igualdad o prohibición de discriminación en general» (pág. 3). En otro lugar del presente estudio se ha mostrado nuestra discrepancia con las posiciones defendidas por el citado comentarista (51), pero sí que coincidimos con él en que la Sentencia del Tribunal Europeo se caracteriza por su escasa calidad técnica.

La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo resumida en líneas anteriores incide en manifiestas incorrecciones, que también han sido respondidas con anterioridad, y que nos permiten limitarnos a reiterar, una vez más, que en el caso que nos ocupa no se ha producido discriminación alguna que tenga su origen en la condición étnica de la recurrente ya que ni era cónyuge de la persona fallecida ni cumplía ninguna de las condiciones previstas, excepcionalmente, para la obtención de una pensión de viudedad.

Merece la pena, sin embargo, hacer notar ahora que la Sentencia examinada contiene dos afirmaciones que son especialmente desafortunadas, porque, o bien manipulan conscientemente la doctrina y jurisprudencia previamente citada, o exigen de los poderes públicos algo que, en principio, les está vedado.

a) «La jurisprudencia constitucional tiene [...] en cuenta, para el reconocimiento de las pensiones de viudedad, [...] la existencia de buena fe» (§ 53). Es incierto. La única referencia a la buena fe se contiene en la demanda de amparo y en el Voto Particular firmado por el Magistrado Rodríguez-Zapata, pero no se recoge ni en la fundamentación de la STC 69/2007 ni en ninguna otra de las relacionadas con la convivencia *more uxorio*.

Resulta reprochable que el Tribunal de Estrasburgo critique que la jurisprudencia estatal no se ajusta a una doctrina reiterada cuando ésta es inexistente.

(51) Ver *supra*, apartado 3.2.

b) «El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes» (§ 61). Insistirá más adelante el Tribunal en esta misma idea, al decidir «que la jurisdicción recurrida no ha extraído ninguna conclusión sobre las especificidades de la minoría gitana» (§ 68).

El Tribunal condena, en el caso que nos ocupa, a los tribunales españoles por limitarse a aplicar las leyes, y hacerlo, además, con escrupuloso respeto a la doctrina emanada del intérprete auténtico de la Constitución (52), el Tribunal Constitucional. Podría admitirse tal actuación cuando los tribunales españoles vulneran manifiestamente un derecho recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero es harto discutible que dicha violación se haya producido en el caso que nos ocupa.

No es éste el único reproche que merece el aserto subrayado. El Tribunal ha desconocido, manifiestamente, el margen de apreciación nacional que le permite definir a cada uno de los Estados miembros el régimen legal del matrimonio (53). Ha obviado, igualmente, que un Tribunal que merezca tal nombre no puede sugerir a órganos judiciales que actúen al margen de la Ley (54). Y ha avalado, finalmente, una unión matrimonial que, como hemos demostrado en líneas anteriores, no permite verificar que se hayan respetado los requisitos propios del matrimonio (relacionados con la capacidad y el libre consentimiento de los cónyuges, y los derivados de su inscripción en el registro civil).

La única justificación que puede darse a tal incorrecto proceder es el empeño del Tribunal de Estrasburgo de hacer justicia en el caso concreto. Es, por así decir, un ejemplo de (desafortunado) decisionismo judicial. Solamente así puede explicarse que el Tribunal opte por deformar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español o maneje argumentos jurídicamente inaceptables (como es, por ejemplo, anudar a una actuación incorrecta del Estado —consistente en facilitar unos documentos indebidos a la recurrente— la exigencia de otra que es manifiestamente ilegal).

(52) El (elemental) peligro que se deriva de que los jueces apliquen extensivamente el Derecho, a la vista de la realidad social, es denunciado por Ana Laura Cabezuelo Arenas (en «Matrimonio...», *cit.*, págs. 16-19).

(53) Y más en particular la edad mínima de los contrayentes. Cfr. STEDH de 17 de octubre de 1986 recaída en el asunto Rees c. Reino Unido (TEDH 1986\11) y, en el plano doctrinal, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La garantía europea de los derechos a casarse y a fundar una familia», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2007, pág. 1454.

(54) En efecto, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 7 de noviembre de 2002, «no es posible adoptar soluciones voluntaristas al respecto [sobre si debería darse o no efectos civiles al matrimonio gitano], por bienintencionadas que sean, que dañan el principio de separación de poderes sobre el que descansa el Estado de Derecho» (FD 5).

Con tal proceder, el Tribunal olvida que su función se inscribe en el Estado de Derecho y no en la órbita social de nuestro modelo de Estado, e incurre en un decisionismo judicial que pone en cuestión su propia legitimidad. Su Sentencia no es solamente injusta, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino que consagra una intolerable injerencia que debería llevar a sus autores a reflexionar sobre la extensión y los límites de su jurisdicción.

6. ACTUALIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Con posterioridad a la redacción de este trabajo (mayo de 2010) se han publicado otros comentarios doctrinales sobre la Sentencia examinada en líneas anteriores. Son los debidos a Björn ARP [«Prestaciones de seguridad social para personas pertenecientes a la minoría romaní: comentario sobre la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto Muñoz Díaz c. España», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010/1, págs. 300 y sigs., y «La protección de la minoría romaní: comentario al asunto Muñoz Díaz c. España, resuelto por el TEDH con Sentencia de 8 de diciembre de 2009», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 21 (2010)]; Purificación CREMADES GARCÍA [«La no discriminación en la exigencia de un rito matrimonial. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, caso Muñoz Díaz c. España», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16 (2010), págs. 329 y sigs.]; Millán REQUENA CASANOVA [«Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH-Sentencia de 08.12.2009, Muñoz Díaz c. España, 49151/07», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36 (2010), págs. 563 y sigs.]; Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO [«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*, 2010/3, págs. 1 y sigs.], y Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO [«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, 2010/18), sobre la Sentencia examinada en líneas anteriores.

Mientras que en algunos de ellos se insiste en el carácter excepcional y limitado de lo resuelto (REQUENA CASANOVA, Millán: «Tribunal...», *cit.*, pág. 576), en otros se defiende la necesidad de cambiar «el tratamiento jurídico y judicial dado en España a las minorías nacionales y étnicas (ARP, Björn, «La protección...», *cit.*, pág. 16). Más crítico es el firmado por Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, que cuestiona el acierto de los argumentos manejados por la Gran Sala.