

Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado

Colección dirigida por José María Vázquez García-Peñuela y Miguel Rodríguez Blanco

La gestión jurídica de la diversidad religiosa en el área mediterránea

E. Pérez-Madrid
(Coordinadora)

EDITORIAL COMARES

ambivalente de las componendas partidarias, y el significado de una conducta pragmática elevada a la categoría de casi principio como lo es el llamado *status quo*, la tendencia a no innovar.

Israel forma parte del no muy numeroso grupo de países en los que predomina la regla del derecho, prevalecen las libertades individuales y existe un razonable equilibrio entre los poderes. El país tiene derecho a vanagloriarse de su poder judicial, empeñado en un constante esfuerzo para mantener las garantías a pesar de la ausencia de un texto constitucional. No obstante los riesgos exteriores, la democracia electoral funciona, la libertad de prensa es respetada y la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión rige, con algunas limitaciones que afectan a individuos judíos que no adhieren a la ortodoxia. El principio de igualdad ha sido reafirmado por la justicia en más de una ocasión, aunque en la práctica hay ciertas dificultades. Los retos derivados de la diversidad y en especial de la diversidad religiosa demandan pues vigilancia permanente para robustecer los principios fundamentales.

UN CASO DE DIVERSIDAD MATRIMONIAL: EL MATRIMONIO GITANO EN ESPAÑA *

J.L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS ¹

Universitat Abat Oliba CEU

INTRODUCCIÓN

Existen tres modelos de convivencia afectiva en pareja²: el matrimonio, las uniones de hecho reguladas legislativamente y la mera convivencia fáctica al margen de la ley. Los dos primeros están regulados en los ordenamientos jurídicos, mientras que el tercero es ajurídico.

La primera opción es el sistema matrimonial. Algunos países europeos occidentales suelen reconocer como formas válidas de contraer matrimonio el matrimonio civil y el religioso, en sus variantes de matrimonio canónico de la Iglesia católica y el matrimonio de alguna de las confesiones religiosas existentes, que son aquellas —en el caso español—, con las que el Estado ha firmado Acuerdos de cooperación³.

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación del Derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia y su descentralización legislativa en el Estado autonómico. DER 2009-10028 (subprograma JURI) concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del IV Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.

¹ Doctor en Derecho y Licenciado en Derecho, Derecho Canónico, Teología y Ciencias Religiosas. Profesor Agregado de la Universidad Abat Oliba CEU.

² Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., «Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 11 (2006), pp. 37 ss.

³ Actualmente, el art. 7 de los Acuerdos con los evangélicos (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), judíos (Ley 25/1992, de igual fecha) y musulmanes (Ley 26/1992, de igual fecha). Este artículo reconoce efectos civiles a los matrimonios evangélicos y judíos y reconoce la plenitud de los efectos desde el momento de la inscripción en el Registro Civil. El Acuerdo con los musulmanes atribuye efectos civiles al matrimonio islámico desde la celebración si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, pero para el pleno reconocimiento de esos derechos se deberá inscribir en el Registro Civil.

La segunda de las opciones convivenciales es la pareja estable de hecho con reconocimiento legal. La declaración de voluntad de quienes conviven establemente o el mero cumplimiento de unos requisitos legales (normalmente, el transcurso del tiempo) originan unos derechos similares a los del matrimonio, aunque los convivientes hayan querido permanecer al margen del matrimonio y de sus consecuencias, incluso de las jurídicas.

La tercera opción, la convivencia de hecho al margen de la ley sólo será posible cuando los interesados no quieran dar forma legal a su convivencia y el Derecho no regule esas situaciones fácticas (relación inestable o esporádica, poco tiempo de convivencia, convivencia con domicilios separados, modelos alternativos a la pareja tradicional...). La mera convivencia fáctica no plantea problemas jurídicos, pues queda reducida a la privacidad afectiva de las personas.

Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos y la misma Constitución española (art. 32,1) reconocen el derecho a contraer matrimonio, pero no reconocen otros medios convivenciales de parejas estables, que se han ido regulando en los últimos años, en las llamadas «uniones de hecho».

Muchos países están viviendo una euforia indigenista con la reivindicación del reconocimiento de los derechos de pueblos étnicos que hasta ahora han tenido una marginalidad buscada por ellos mismos o impuesta por la cultura y sociedad dominantes⁴. El fenómeno indigenista se extiende por todos los Continentes, aunque en Europa el efecto es menor, por cuanto la mezcla interracial y la hegemonía del cristianismo han significado la práctica desaparición de pueblos aborígenes en estado puro, así como de sus costumbres y tradiciones precristianas.

Sus ancestrales ritos convivenciales —llámense en nuestra terminología moderna, matrimonios o uniones de hecho—, son actos sociales que generan una nueva realidad de pareja con implicaciones jurídicas dentro de su etnia; sin embargo, el Estado los considera como meros actos privados sin relevancia jurídica alguna. Dejando de lado la mera convivencia fáctica ajurídica, los indigenistas pretenden el reconocimiento legal de sus formas de convivencia estable y/o de matrimonio. Sin embargo, tratándose de términos equívocos, necesitaríamos definirlos, pero es una tarea prácticamente imposible por la ideologización conceptual desde la antropología, la etnología o el Derecho.

Los indigenistas pretenden que sus celebraciones étnicas tengan un reconocimiento *erga omnes*, de forma que no sea necesario contraer un posterior matrimonio civil o religioso para estar legal y legítimamente casados, o que no sea necesari-

⁴ Cfr. LLAQUET, J. L., «Consideraciones jurídicas a propósito del matrimonio andino», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 24 (2010).

ria una declaración de voluntad que certifique el transcurso del tiempo de la convivencia para constituirse jurídicamente como unión de hecho.

Algunos países han reconocido como *tertium genus* el matrimonio indígena —*customery marriage, indigenous marriage*—, en igualdad de derechos y deberes con respecto al matrimonio civil y el religioso. No así en España, donde el matrimonio indígena no tiene reconocimiento alguno como tal.

EL MATRIMONIO GITANO

El pueblo gitano o romaní, de origen indio, vive disperso por su nomadismo y mantiene vivas sus tradiciones porque no suelen integrarse en los países donde se encuentran. Actualmente es la minoría más mayoritaria dentro de la Unión Europea.

El pueblo romá lo forman unos 12 millones de personas, de los que 10 viven en Europa, 8 de los cuales están en Europa del Este, en una movilidad migratoria que continúa en la actualidad⁵. En España los gitanos cuentan actualmente con medio millón de miembros, agrupados, muchos de ellos, en una federación de asociaciones dedicada a la defensa y el desarrollo social y cultural de la comunidad gitana, llamada Unión Romaní⁶, que participa de la Unión Romaní Internacional.

En España los gitanos entraron en varias oleadas a principios del siglo XV⁷. Inicialmente recibieron protección real, pero pronto surgieron desavenencias por su estilo de vida peculiar. Con los Reyes Católicos —empeñados en una reunificación política, territorial y social—, las minorías religiosas y étnicas empezaron a tener problemas⁸.

En 1499 los Reyes Católicos firmaron una Pragmática que iba dirigida a «los egipcyanos y grecianos que andays vagando por estos nuestros reynos y tesoros con vuestras mugeres e hijos y casas». Pretendía la Pragmática que los gitanos dejaran de ser errantes, sirvieran a un señor, tomaran un oficio y abandonaran sus tradiciones (idioma, vestimenta, costumbres y relaciones) o, de lo contrario, se les expulsaría del Reino a los dos meses⁹.

⁵ <http://unesco.org/issj/rics156/arayicispa.html>. Cfr. TUR AUSINA, R., (director), *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, ed. Iustel, Madrid 2009, *passim*.

⁶ http://www.unionromani.org/index_es.htm.

⁷ Cfr. <http://www.unionromani.org/docgit.htm>.

⁸ Decreto de expulsión de los judíos de 1492 y de los musulmanes de 1502.

⁹ Cfr. MUSOLES CUBEDO, M.^a 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», 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*, Universidad del País Vasco, San Sebastian (2001), pp. 649ss.

Las persecuciones contra el pueblo romá se generalizaron en Europa durante los siglos XVI-XVII, siendo expulsados e incluso esclavizados en algunos países. En España siguió promulgándose una legislación persecutoria hasta Carlos III, quien en 1763 ordenó la liberación de los gitanos que habían sobrevivido al presidio impuesto y promulgó, en 1773, una Pragmática tolerante. Desde entonces, según los momentos históricos, han tenido intervalos persecutorios y otros, de mayor o menor tolerancia.

La Constitución Española de 1978 consagra la igualdad de todos los españoles «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo o religión o cualquier otra circunstancia personal o social» (art. 14).

Los gitanos mantienen una ley gitana consuetudinaria, no escrita y basada en el respeto a sus mayores, que aplican en las relaciones familiares entre los propios gitanos. Parte importante de la cultura gitana es la regulación vinculante del matrimonio gitano, que suele ser endogámico y normalmente se lleva a cabo entre miembros del mismo clan o incluso de la misma familia. Junto con el nacimiento, el bautismo y la defunción, las bodas gitanas son acontecimientos culturales, sociales y familiares relevantes¹⁰.

Desde la pubertad los gitanos adquieren la capacidad para contraer un matrimonio que puede ser concertado por sus padres —como se hacía tradicionalmente¹¹—, o bien por los interesados, comunicándolo a sus familiares para que pidan la mano de la novia. El ritual de la pedida de mano se compone del «apalabramiento» (la petición misma en un ambiente más íntimo de familiares cercanos) y el «pedimento» (oficialización pública del apalabramiento, en una fiesta en la que se fija el día de la boda). Durante el noviazgo, que suele ser breve, los novios viven separados y la novia recibe instrucción sobre su futura vida de casada.

El día fijado los novios celebran el matrimonio gitano en una gran fiesta familiar con varios actos simbólicos. El primero es la prueba de la virginidad de la novia que realiza la «ajuntaora» o «picaora» ante todas las mujeres casadas de ambas parentelas para demostrar su honra¹². Una vez se ha comprobado la virginidad de

¹⁰ Cfr. RAMÍREZ-HEREDIA, J. D., *Matrimonio y boda de los gitanos y de los «payos»*, Centro de Producción Editorial y Divulgación Audiovisual, Barcelona 2005, p. 46; TORRES FERNÁNDEZ, A., «La boda gitana. Un rito cultural propio», en *Itchatchipen. La verdad*, n. 26 (1999), pp. 20-23.

¹¹ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I., «Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 20 (2009), pp. 1-6.

¹² Ante las madres de los novios, la madrina, las esposas de los invitados gitanos de mayor prestigio y las demás mujeres del clan, la «ajuntadora» introduce un pañuelo de seda blanco (diklo) en la vagina de la novia, constatando, si sale sangre, que su himen estaba íntegro y que es digna de casarse. Tras repetir dicho acto en tres ocasiones y afirmar la «ajuntadora» que «esta niña está

la novia, los contrayentes manifiestan su consentimiento en presencia de testigos o padrinos. Luego, los gitanos rasgan sus camisas y el padrino de boda baila con la novia, mientras les lanzan peladillas. Posteriormente, entre cantos y bailes especiales previstos para ese momento, todos los hombres casados bailan con la novia, en unos festejos que se prolongan durante días¹³.

El matrimonio gitano tiene efectos sociales y reconocimiento público en la etnia gitana, genera la obligación de la convivencia y de los demás derechos y deberes propios del matrimonio legal¹⁴. Sin embargo, como este matrimonio gitano no está civilmente reconocido, algunos gitanos contraen, además del matrimonio étnico, un matrimonio civil o, más frecuentemente, un matrimonio religioso, evangélico o católico, que son las tradiciones cristianas a las que se adhieren mayoritariamente los gitanos en la actualidad.

Los gitanos aceptan la separación de los cónyuges y el divorcio por mutuo acuerdo con posibilidad de una nueva unión conyugal, que la comunidad gitana considerará como válida, aunque no tendrá el carácter festivo de las primeras nupcias.

En Europa el matrimonio gitano es uno de los matrimonios de las minorías étnicas¹⁵. En España el matrimonio gitano no está reconocido ni puede incorporarse al sistema matrimonial español reconduciéndolo a partir de las formas matrimoniales existentes, la civil (art. 49 CC) y la religiosa (2,1b LOLR). Sin embargo, en la historia reciente española ha habido intentos fallidos para que se reconocieran los efectos civiles de los matrimonios gitanos, como la Proposición

como su madre la trajo al mundo», la novia recibe regalos (peladillas y rosas) y se le cantan alboreas o cantos nupciales. Si no fuera virgen no se celebraría la boda, aunque podría casarse con otro hombre que aceptara su condición.

¹³ <http://www.compartiendo culturas.org/documentos/miradas/gitanos.doc>

¹⁴ El matrimonio gitano es más que una unión de hecho por cuanto los novios manifiestan una voluntad pública y externa de comprometerse en el proyecto matrimonial. En la doctrina tradicional equivaldría a lo que se llamaba «matrimonio natural», que generaba derechos y deberes, pero que el Estado no reconoce porque no cumplen los requisitos formales; como tampoco reconoce el Acta notarial por el que se da cuenta fehaciente del consentimiento de dos personas que dicen querer casarse por ese acto o el de cualquier intermediario sin jurisdicción otorgada por el Estado que quisiera hacer el papel de un ministro de culto (un chamán, un gurú, un santón) o el de un funcionario o un juez (un anciano, un actor, una autoridad de otro país sin jurisdicción).

¹⁵ Cfr. FÉLIX BALLESTA, M.^a A., «El matrimonio gitano y los Acuerdos de 1992», en SOUTO PAZ, J.A., (coordinador), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez*, Comares, Granada, 2008, pp. 129-143; ID., «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 2 (2003), pp. 412 ss.; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *Matrimonio e Inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, ed. Colex, Madrid 2008, pp. 63-103.

de Ley¹⁶ presentada en las Cortes de Aragón el 2 de junio de 2000, que fue posteriormente retirada¹⁷.

Por motivos muy diversos¹⁸, parte de la doctrina intenta que se legalicen aquellos matrimonios gitanos que cumplan los requisitos legales, no alteren el orden público y puedan inscribirse en el Registro. En definitiva alegan los defensores que su reconocimiento legal redundaría en una mayor integración de dicho colectivo en la sociedad española, a la vez que ésta repararía de alguna forma los agravios históricos con dicho pueblo, en un supuesto similar al *status* de «notorio arraigo» concedido a las confesiones religiosas que en el pasado sufrieron persecuciones y expulsiones del país.

Sin embargo, otros autores¹⁹ sostienen la posición contraria, alegando que la celebración del matrimonio conforme al rito gitano no se ajusta al Derecho del Es-

¹⁶ «Artículo 1. Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta Ley y previa su inscripción en el Registro Civil correspondiente. Artículo 2. 1. 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, que habrán de promover en un plazo no superior a los tres meses siguientes a la misma. 2. Para ello, presentarán una declaración firmada por ambos contrayentes, la Ajuntadora 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. 3. Con dicho escrito se acompañarán los documentos acreditativos de la capacidad matrimonial de los contrayentes o, en su caso, solicitud de dispensa conforme a la vigente normativa civil en la materia. Artículo 3. 1. Si el Juez encargado del Registro Civil no advierte causa legal que limite la capacidad para contraer matrimonio de los solicitantes, en el plazo máximo de diez días dictará Auto convalidando el matrimonio celebrado y procederá a su inmediata inscripción. 2. Si advierte la existencia de impedimento dispensable, en el mismo plazo de diez días practicará las pruebas que al respecto considere oportunas, y en otros diez días dictará auto motivado en el que confirme o deniegue la válida celebración del matrimonio. En el primer caso procederá a su inmediata inscripción en el Registro. Disposición transitoria. 1. Los gitanos que hayan celebrado su matrimonio exclusivamente bajo rito gitano con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, podrán solicitar su reconocimiento civil e inscripción en el Registro Civil correspondiente presentando los documentos determinados en el artículo 2 de la Ley, en un plazo o superior a los dos años siguientes a la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado. 2. En caso de no poder recabar todas las firmas exigidas, las mismas podrán suplirse mediante acta notarial de notoriedad». BOCA 60 (14 de junio 2000).

¹⁷ Efectivamente, las formas matrimoniales son competencia de reserva estatal (art. 32,2 y 149,8 CE). LLAQUET, J.L., «Institució matrimonial; sistema matrimonial vigent a Catalunya», en LUCAS, A. (coord.), *Dret Civil Català. Vol. II: Persona i família*, ed. I.B. Bosch-Civil. (En prensa).

¹⁸ Cfr. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., *La laicidad y sus matices*, ed. Comares, Granada 2005, pp. 144ss.; FÉLIX BALLESTA, M.^a A., ob. cit., pp. 433 ss.; SOUTO PAZ, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias*, ed. Marcial Pons, Madrid 2003, pp. 630 ss.

¹⁹ Cfr. MUSOLES CUBEDO, M.^a C., ob. cit., pp. 649 ss.

tado español, aunque sea posible modificar las leyes para dar validez a dicho matrimonio. Además, consideran que el Estado no debe admitir todas las peticiones de los grupos minoritarios, porque entonces se estaría vaciando de contenido el principio constitucional de la igualdad. Finalmente, consideran que su admisión rompería el tradicional binomio matrimonio civil-religioso mantenido hasta ahora y que permitía a los gitanos —como a cualquier otra persona capaz—, casarse por una de las formas existentes.

Afirma Sánchez, que «no cabe duda de que la celebración de estos ritos matrimoniales está vinculada, en último término, con la libertad de conciencia y, en cuanto constituye una manifestación del *agere licere* de la libertad ideológica, está permitida su celebración con el límite del orden público establecido por el artículo 16.1 de la Constitución. Sin embargo, esta libertad, al igual que sucede con las libertades religiosa y de conciencia, no incluye el derecho a reconocer la eficacia libertades religiosa y de conciencia, no incluye el derecho a reconocer la eficacia civil de todas sus manifestaciones. Por otra parte, dado que la libertad religiosa y la ideológica son libertades distintas, no cabe hablar de discriminación, y menos aún de inconstitucionalidad, por el hecho de conceder eficacia civil a determinadas formas religiosas de celebración del matrimonio y no a una forma étnica. Ciertamente, resulta evidente que el legislador estatal podría conceder eficacia civil a estos ritos matrimoniales siempre que cumplan los requisitos exigidos para la validez del matrimonio por el Código civil. Ahora bien, la posible concesión de eficacia civil debería hacerse, en nuestra opinión, mediante una normativa unilateral del Estado y no a través de un acuerdo de cooperación, dadas las dificultades de identificación de los miembros pertenecientes a la etnia gitana, de la precisa delimitación de los ritos»²⁰.

EL LARGO CAMINO HASTA ESTRASBURGO

En 1971, Dña. M.^a Luisa Muñoz Díaz, «La Nena», se casó según el rito gitano, en España, con D. Mariano Dual Jiménez, cuando ella tenía 15 años de edad y su novio 19 años. Juntos tuvieron 6 hijos, según constaba en el Libro de Familia que les expidió el Registro el 11 de agosto de 1983 y más tarde, en octubre de 1986, obtuvieron el título de Familia numerosa núm. 28/2220/8 de 1.^a categoría. Mariano era albañil y cotizó a la Seguridad Social durante algo más de 19 años. Tras fallecer su esposo en diciembre de 2000, la Nena solicitó, el 16 de marzo de 2001, la prestación de viudedad al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ MARTÍN, I., ob. cit., pp. 35.

por un valor de 903,29 euros mensuales, correspondiente a la pensión según los años que había cotizado D. Mariano²¹.

La Directora Provincial de Madrid del INSS denegó el 20 de marzo de 2001 tal petición por no ser cónyuge del fallecido. El 9 de mayo de 2001 la misma Directora Provincial desestimó la reclamación previa que se había interpuesto.

La demandante accedió a la vía jurisdiccional recurriendo al Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, alegando que en la cartilla de la Seguridad Social ella figuraba como beneficiaria del fallecido en calidad de esposa. La demanda consideraba que, a pesar de no ser inscribible en el Registro, en el matrimonio gitano se cumplen los requisitos formales matrimoniales (acto formal, deber de fidelidad, comportamiento conyugal, *affectio*, heterosexualidad y comunidad de vida). La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, 217/2002, de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento núm. 113/2002, estimó las pretensiones de la recurrente (derecho a una pensión por valor de 901,29 €), determinando que el INNS actuó de forma discriminatoria, violando el art. 14 de la Constitución española y la Directiva del Consejo 2000/43/EC, de 29 de junio.

El INNS y la Tesorería General de la Seguridad Social apelaron la resolución judicial, interponiendo recurso de Suplicación, que se tramitó con el núm. 4445/2002 ante la Sección 4.ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En fecha 7 de noviembre de 2002 dicha Sección revocó la resolución anterior. Afirma que no habiendo estado registrada civilmente su unión matrimonial, no tiene derecho a acceder a la pensión de viudedad ni por el derecho internacional, ni por el comunitario ni por el interno español. La Sentencia considera que el trato diferente que reciben los matrimonios y la convivencia extramatrimonial no vulnera el principio de igualdad constitucional en cuanto al sistema de prestaciones de la Seguridad Social, porque no son situaciones equivalentes ni equiparables; además considera que el Estado no discrimina por razón de la raza al no re-

²¹ El art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social requería para concesión de la viudedad la existencia de vínculo matrimonial con el causante. Vide. CASTRO ARGÜELLES, A., «El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el rito gitano», en *Aranzadi Social*, n. 4 (1999); ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Matrimonio gitano y devengo de la pensión de viudedad», en *Aranzadi Social*, n. 10 (2007); LABACA ZABALA, M. L., «La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad», *www. La Ley.net*, n. 6103 (2004); QUIRÓS HIDALGO, J. G.,-FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.,-TASCÓN LÓPEZ, R.,-ÁLVAREZ CUESTA, H., «La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», en *Aranzadi Social*, n. 12 (2009); RODRÍGUEZ CARDO, L. 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)», en *Actualidad laboral*, n. 3, (2010).

conocer efectos civiles al matrimonio gitano, porque los efectos legales vienen determinados por la forma de contraer y no por la raza. Subyace, en definitiva, el temor a que dicho reconocimiento pudiera hacerse extensivo a otras etnias que realizaran peticiones similares.

La Nena interpuso demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del principio de igualdad ante la ley y de discriminación por motivos de raza y condición social (art. 14 CE), alegando haber sido discriminada al ser considerada como una pareja de hecho, cuando realmente el consentimiento que había manifestado en el matrimonio gitano respetaba todos los elementos del orden público español. El INSS solicitó en escrito de 8 de julio de 2003 la denegación de amparo al considerar que la resolución impugnada era conforme con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre prestación de viudedad en casos de convivencia *more uxorio* e, igualmente, rechazaba la pretendida discriminación ya que no se reconocían efectos civiles al rito matrimonial gitano, no porque se tratase de una raza concreta, sino porque el rito en sí mismo no se encontraba entre las formas admitidas en Derecho para contraer matrimonio. Con argumentos similares el Ministerio Fiscal, en escrito de 15 de julio de 2003, interesó la denegación del amparo.

El Fallo del Tribunal Constitucional, del que es ponente el magistrado Pérez Tremps, deniega el amparo solicitado por la Nena. En primer lugar, alega que procesalmente no puede pronunciarse por algo que no se le ha pedido, ya que en la vía judicial previa solicitaba la prestación de viudedad en base a la equiparación de su unión al matrimonio; mientras que en amparo sólo planteaba la validez del matrimonio gitano y no el reconocimiento del derecho a percibir la prestación por la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento del causante (Disp. Adic. 10, regla 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica el Código Civil). En segundo lugar y entrando en el fondo del asunto, el Constitucional hace algunas consideraciones sobre el contenido del art. 14 de la Constitución. Finalmente, sobre la petición de recibir la prestación de viudedad, considera que no se le ha discriminado por cuanto está prevista sólo para los supuestos de matrimonios válidos y el matrimonio gitano no está admitido en la actualidad.

Este Fallo cuenta con el voto particular del Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que, equiparando formas y ritos matrimoniales, discrepa del fallo de la mayoría por entender que, habiéndose vulnerado los derechos de la recurrente, se le debía haber otorgado la pensión reclamada y todo ello en base a la coincidencia de situaciones que se da en este supuesto y en el resuelto en Sentencia 199/2004 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2004, que declaró vulnerado el derecho a la igualdad de un cónyuge superviviente al que en instancias anteriores se le había denegado su petición de prestación de viudedad ale-

gando que su matrimonio canónico no se había inscrito: en definitiva, la Sentencia otorgaba igual validez al matrimonio canónico, fuese inscrito o no inscrito. Este Magistrado considera que en base a la protección de las minorías que hace el Consejo de Europa, se deben proteger los derechos de éstas en los propios Estados, sin que sea necesario recurrir a instancias supranacionales.

M. Cruz Musoles criticaba el voto particular con los siguientes argumentos: «esgrime unas demagógicas razones. Nadie duda de la necesidad de la protección a las minorías, lo que no implica tratar igual situaciones diferentes. La validez previa del matrimonio a efectos del derecho de familia sí es requisito para crear el vínculo matrimonial sin el que no se puede acceder a la prestación de viudedad, como hemos visto anteriormente. Otra cosa sería proponer y conseguir una reforma legislativa del sistema matrimonial español que otorgara la eficacia civil al matrimonio conforme a rito gitano o que se reconociera en la Ley General de la Seguridad Social como presupuesto válido para demandar la prestación de viudedad. El criterio de seguridad jurídica, en mi opinión, mientras la legislación de la Seguridad Social no se modifique, debe prevalecer en la actualidad, no siendo aceptable la equiparación de formas y ritos matrimoniales»²².

En definitiva, el Fallo del Tribunal Constitucional considera que al no poder incluir los ritos gitanos entre las formas actuales de celebración matrimonial admitidas por el art. 49 del Código Civil, debe denegarse a las uniones de convivencia gitana los efectos que son propios del matrimonio, entre los que se encuentra el derecho del cónyuge superviviente a percibir la pensión de viudedad, como la jurisprudencia había venido haciendo de forma reiterada²³.

En el ínterin, la Ley 40/2007 afrontó la reforma de la Seguridad Social y, por tanto, de las prestaciones de viudedad, teniendo en cuenta la nueva realidad social y jurídica, es decir, la legalidad de las uniones de hecho y de los matrimonios entre personas del mismo sexo, para atribuirles prácticamente las mismas prestaciones que al cónyuge superviviente, aunque la equiparación no es total²⁴. La Disp. Adi-

²² Cfr. MUSOLES CUBEDO, M.^a C., ob. cit., pp. 649 ss.

²³ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 7 de octubre de 1999 ratifica la denegación de instancia a la pensión de viudedad solicitada por una mujer casada durante 10 años según el rito matrimonial gitano, alegando que «nuestro ordenamiento jurídico sólo permite contraer matrimonio en forma civil y en la religiosa legalmente prevista en los acuerdos que el Estado ha contraído con varias confesiones religiosas. El matrimonio gitano no se encuentra en ninguno de los dos, por lo que la unión de hombre y mujer según el rito gitano, no tiene la consideración legal de matrimonio».

²⁴ No todas las Comunidades españolas han legislado sobre las parejas de hecho ni todas tienen una legislación homogénea. Cfr. PANIZO ROBLES, J. A., «El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (II)», *Tribunal Social*, n. 191 (2006), p. 17.

cional 3.^a preveía reconocer la viudedad a parejas de hecho cuyo causante hubiera fallecido antes de la entrada en vigor de la reforma si éste cumplía determinados requisitos²⁵. La Nena y su matrimonio gitano —a efectos legales, considerado por la legislación española como unión estable de pareja por no reconocerse el matrimonio en sí mismo, pero sí el transcurso del tiempo que había generado la convivencia *more uxorio*— cumplían los requisitos de los arts. 173 y 174 de la nueva reforma de la LGSS y su fallecido esposo reunía los requisitos de la Disp. Adicional 3.^a de la Ley 40/2007. De hecho el Estado le reconoció la pensión de viudedad con efectos desde el 1 de enero de 2007, como pareja de D. Mariano²⁶. Resulta, cuanto menos, curioso que considerando la Nena que su unión gitana era matrimonial, se haya acogido a esta Ley por el mero hecho de obtener un beneficio económico: reunía, ciertamente, los requisitos legales ante el Estado, pero ella, en su fuero interno —o al menos así lo estuvo manifestando en el proceso judicial que analizamos en este trabajo—, se consideraba casada de buena fe ante el Estado.

EL GIRO COPERNICANO

Al agotar la vía interna, la demandante recurrió a Estrasburgo. Ante el Tribunal de Derechos Humanos alegó haber sido discriminada por España en base al art. 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre en relación con el art. 1 del Protocolo adicional al Convenio y en base al art. 12 CEDH (derecho a contraer matrimonio).

El Tribunal argumenta que el art. 14 no tiene eficacia autónoma, sino que debe interpretarse en relación con otros derechos y libertades fundamentales reconocidos por el Convenio. Considera —en base a jurisprudencia reiterada—, que la pretensión de recibir pensión de viudedad encaja en el ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo adicional núm. 1, por cuanto España reconoció ciertos aspectos del matrimonio de la Sra. Muñoz. Considera la Sentencia que las autoridades nacionales tienen un ámbito de discrecionalidad administrativa para conocer el interés público económico y social de sus respectivos países, tratando desigualmente las situaciones desiguales, y el TEDH sólo podrá sancionar a un país cuando tuviera un fundamento razonable de discriminación real.

²⁵ Haber estado dado de alta y cotizando en el momento de fallecer, poder acreditar seis años de convivencia ininterrumpida como pareja de hecho, hijos comunes, que el beneficiario no tenga reconocida pensión contributiva de la Seguridad Social y que se solicite la pensión en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la Ley.

²⁶ Cfr. BOUZZA ARIÑO, O., «Protección de las minorías étnicas y Derecho a la igualdad (Comentario a la Sentencia del TEDH Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 23 (2010).

El Tribunal europeo, vistos los anteriores principios, constata que el Estado le otorgó a la demandante diversos beneficios sociales (la tarjeta de la Seguridad Social y el carné de familia numerosa)²⁷ y que, de hecho, en España se ha reconocido la pensión de viudedad al viudo de una funcionaria, cuyo matrimonio canónico no estaba inscrito en el Registro²⁸. La Sentencia tiene en cuenta, además, que en la España de 1971 sólo se podía contraer matrimonio canónico a no ser que se apostatará y, por último, reconoce la buena fe de la demandante que no contrajo matrimonio civil a partir de 1978 porque pensaba que su matrimonio contraído según el rito gitano producía los efectos inherentes a la institución del matrimonio.

Su segunda petición consiste en afirmar que ha sido discriminada en el ejercicio de su Derecho a contraer matrimonio. El Tribunal lo rechaza recordando que España mantiene Acuerdos de cooperación con varias confesiones religiosas, cuyas formas de consentir se aceptan legalmente, además de poder casarse civilmente, sin declarar los contrayentes sobre su pertenencia o no a algún grupo religioso o étnico.

En definitiva, por 6 votos contra 1²⁹, el Tribunal, en fecha 8 de diciembre de 2009, resuelve en Fallo de obligado cumplimiento para España que la denegación del reconocimiento de la pensión de viudedad a la recurrente ha sido injustificada y, en consecuencia, que España ha violado el art. 14 del Convenio considerado conjuntamente con el art. 1 del Protocolo núm. 1, por lo que condena a España a pagarle 75.412,56 € (por atrasos en el pago de la pensión de viudedad y por el perjuicio moral ocasionado). Por otra parte, el Tribunal resuelve que el Estado no ha discriminado a la Nena por el hecho de no reconocer validez a su matrimonio gitano. En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo considera que no hubo matrimo-

²⁷ Sin embargo, es un argumento débil, por cuanto el Libro de Familia simplemente reproduce lo que contiene el Registro Civil que en este caso no es el matrimonio inexistente, sino la filiación y por eso se expide a todas las familias en cuanto tales; más aún, no expedirlo sí habría significado una discriminación, porque los hijos son iguales con independencia de que los padres estén o no casados.

²⁸ La ya mencionada Sentencia 199/2004 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 2004. Sin embargo, desde mi punto de vista no son supuestos asimilables, porque debe tenerse en cuenta que el matrimonio canónico, en España, por el art. 7 del Acuerdo Jurídico entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, produce efectos civiles desde su celebración y no desde su inscripción en el Registro Civil, a diferencia del matrimonio gitano, que no tiene validez legal.

²⁹ Myjer discrepa en vota particular que, tras manifestarse a favor de la plena igualdad de los gitanos y comprendiendo sus pretensiones matrimoniales, considera que «no corresponde al Tribunal convertir tal deseo en una obligación derivada del Convenio... (pues) no entra en las competencias de este Tribunal crear derechos no previstos en el Convenio, por mucho que sean tan útiles o deseables».

nio legal, pero sí discriminación injusta en la no percepción de la pensión a la que tenía derecho la Sra. Muñoz.

Esta Sentencia ha sido criticada desde diversas instancias y por diversos motivos. Desdentado lo hace desde la buena fe que la Sentencia reconoce en la recurrente. Respecto a la buena fe en el momento de haber contraído matrimonio, esta autora considera que «este convencimiento no corresponde a la buena fe, sino, en todo caso, a un error de derecho (art. 6.1.2.º del Código Civil), que no reúne el requisito de ser excusable, ni tendría eficacia en orden al reconocimiento del matrimonio³⁰... (por lo demás, al haber concedido la Administración una documentación que pudiese provocar la impresión de estar ante un matrimonio aceptado), el argumento no puede aceptarse por tres razones fundamentales. Primero, porque estos actos administrativos fueron posteriores a la celebración del matrimonio y, por tanto, no pudieron influir en ese momento... además el argumento parte de una premisa falsa, porque ninguna de estas concesiones supone, implícitamente, el reconocimiento del matrimonio por parte de la Administración... incluso aceptando, a efectos puramente dialécticos, que en todos estos supuestos se exigiera el matrimonio, no podría admitirse el resultado que la Sentencia defiende... la buena fe no puede aplicarse a este supuesto de hecho y, en todo caso, no es un factor determinante a la hora de conceder la pensión de viudedad. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debe entrar a valorar si, en el caso concreto, existe o no buena fe o si la Administración ha quedado vinculada por sus propios actos; su único cometido es decidir si se ha vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo»³¹.

Más adelante esta misma autora concluye su estudio afirmando que no es misión del Estado «hacer “recordatorios”, dirigidos, además, únicamente a determinados grupos de la población. Parece que a eso hemos llegado, sin embargo, como consecuencia de una sentencia que sería mejor olvidar, pero que, de hecho, produce un efecto perturbador en nuestro ordenamiento jurídico, al existir el riesgo de futuras condenas fundada en una “tópica” mal aplicada»³².

UN FUTURO ABIERTO

Esta Sentencia —que sin duda alguna tiene un importante contenido político e ideológico—, debe interpretarse en clave del consenso internacional entre los Es-

³⁰ Efectivamente, el art. 6.1 Cc afirma que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

³¹ DESDENTADO DAROCA, E., «La pensión de viudedad y el matrimonio celebrado por el rito gitano», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (2010), pp. 798-800.

³² *Ibid.*, p. 804.

tados del Consejo de Europa por reconocer los derechos de las minorías, protegiendo su identidad y estilos de vida propios y la diversidad cultural de los países. Los *mass-media* españoles presentaron la anterior Sentencia del TEDH como el reconocimiento civil del matrimonio gitano, cuando realmente sólo se condenó a España al pago de la pensión de viudedad de la recurrente, resolviendo, *sensu contrario*, que no existe discriminación en el no reconocimiento legal del matrimonio gitano. La Unión Romaní consideró que esta Sentencia dejaba la puerta abierta a un posible reconocimiento futuro del matrimonio gitano, a la vez que animaba a los gitanos a inscribir sus matrimonios gitanos en el Registro de uniones de hecho de la Comunidad Autónoma donde residieran.

Aún así, las Sentencias del TEDH exclusivamente vinculan al Estado que ha sido condenado respecto al asunto concreto (en este caso, haciendo a la recurrente beneficiaria de una pensión de viudedad), pero no generaliza sus resoluciones a otros supuestos ni conlleva una novación legislativa, aunque, por prudencia, en ocasiones sea más práctico para el Estado modificar la ley que verse sometido a nuevos procesos. Si en el futuro el Estado decidiera otorgar efectos civiles al matrimonio gitano deberían resolverse algunas cuestiones complejas de ajuste al Derecho del Estado. Éstas podrían ser, *de lege ferenda*, alguna de las situaciones que deberían tenerse en cuenta y resolverse adecuadamente³³:

- a) Debería llegar a determinarse quienes son los representantes de la etnia gitana, lo cual no es sencillo porque proceden de lugares y tradiciones muy diversos y aunque forman una misma etnia, pertenecen a familias y clanes independientes entre sí. Podría otorgarse tal representación a los representantes de la Unión Romaní.
- b) Sus representantes serían los interlocutores para determinar los ritos comunes y/o mayoritarios en la forma de contraer matrimonio entre los gitanos.
- c) La Ley del matrimonio gitano sería consensuada con los colectivos gitanos y la Unión Romaní, pero lo más razonable es que sea ley unilateral del Estado y no mediante un Acuerdo como el llevado a cabo con las confesiones religiosas.
- d) Sin embargo, si en lugar de aprobarse una Ley de matrimonio gitano el legislador optara por un convenio global que regulara su estilo de vida (órganos de representación, potestad de sus líderes, fiscalidad, familia, residencia, educación, enterramientos...) sería conveniente firmar un Acuerdo a semejanza de los Acuerdos firmados por el Estado con alguna de las confesiones religiosas que tienen notorio arraigo.

³³ Alguna de las siguientes líneas de fuerza las había expuesto Musoles en su ya referido artículo.

- e) Debería concretarse quienes podrían acceder al matrimonio gitano reconocido por el Estado: exclusivamente los gitanos o también otras personas en matrimonios «mixtos».
- f) La regulación debería garantizar la habilidad y capacidad de los contrayentes, concretando los impedimentos —especialmente la edad mínima para contraer—, y las dispensas permitidas.
- g) Debe cuestionarse que la necesidad de la virginidad de la mujer llegue a ser el rito *ad validitatem*, porque podrían vulnerar el orden público español y los derechos fundamentales de la mujer.
- h) Deberían determinarse los documentos que se han de aportar y sus dispensas, sabiendo que el nomadismo de este pueblo y su cultura ágrafa no siempre permitirá disponer de los documentos requeridos.
- i) El Registro Civil debería tramitar el Expediente Matrimonial y el Certificado de capacidad para garantizar que el matrimonio proyectado reúne los requisitos legales y la libertad interna de los contrayentes.
- j) Debería determinarse quién recibe el consentimiento de los novios y otros requisitos formales *ad solemnitatem* del acto.
- k) El matrimonio gitano sería incompatible con un posterior matrimonio religioso, por lo que los interesados deberían optar entre uno u otro matrimonio. Nada impide que la boda religiosa mantenga tradiciones gitanas sin que se produzca un sincretismo matrimonial (como la boda rociera católica).
- l) La Ley debería determinar el momento constitutivo del matrimonio y el momento en que se reconocen los efectos civiles.
- m) Debería determinarse el papel declarativo o constitutivo del juez del Registro Civil y clarificar la situación de los matrimonios celebrados pero no inscritos en plazo.
- n) Debería elaborarse un elenco de derechos y deberes de los esposos en caso que fueran distintos y/o complementarios a los establecidos en el Código Civil.
- o) La disolución de estos matrimonios debería regularse por la legislación civil, como sucede con los matrimonios religiosos.
- p) Deberían determinarse sanciones para disuadir del abuso de derecho, el fraude de ley y la falsedad documental y testifical.