

Por:
Regina Gaya Sicilia*

EL MATRIMONIO GITANO ANTE EL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO
MUÑOZ DÍAZ CONTRA ESPAÑA (STEDH DE
8 DE DICIEMBRE DE 2009)

Resumen

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009. El Estado español es condenado a indemnizar a una mujer gitana por haberla discriminado al no reconocerle una pensión de viudedad. Los antecedentes del caso y las cuestiones doctrinales relacionadas han sido objeto de un artículo anterior publicado en esta revista (Vol. 10/2009, pp. 291- 321).

Palabras clave: Discriminación, rito matrimonial gitano, pensión de viudedad.

Abstract

Commentary on the case of the European Court of Human Rights of December 8, 2009. The Spanish state is condemned to pay compensation to a Roma woman for having discriminated by failing to acknowledge a widow's pension. The background of the case and related doctrinal issues have been the subject of a previous article published in this journal (Vol. 10/2009, pp. 291-321).

Key words: Discrimination, gypsy marriage rite, widow's pension.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (SECCIÓN 3ª) DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009. 1. *Los argumentos de las partes.* 2. *Las premisas de la sentencia.* 3. *Algunas afirmaciones relevantes de la sentencia.* 4. *Algunas objeciones relevantes a la sentencia.* III. LA OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ MYJER. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO

En un artículo anterior -“Formas de matrimonio, rito gitano y pensión de viudedad” publicado en el Vol. 10/2009 de esta revista- y tomando ocasión del asunto resuelto

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid (España). Correo electrónico: regina.gaya@uam.es

por la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 17 de abril, daba cuenta de algunos de los problemas planteados en España por el hecho de que una parte importante de la comunidad gitana asentada en el país celebre su matrimonio según su antigua costumbre, no reconocida por el ordenamiento jurídico estatal. El tema esencial del trabajo se centraba en la batalla jurídica planteada por D^a M^a Luisa Muñoz, gitana de raza, quien habiendo formalizado su unión de acuerdo con el rito tradicional gitano vio rechazada por la Administración su solicitud de prestación de viudedad pues, al faltarle al rito gitano el pertinente reconocimiento legal, su unión no podía calificarse como “matrimonial” y, en consecuencia, carecía de la condición de “viuda” o “cónyuge superviviente” que exigía el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social para ser beneficiaria de la prestación.

No es necesario reiterar ahora lo entonces dicho pero un acontecimiento sobrevenido -el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que D^a M^a Luisa Muñoz demandó al Estado español- a la vez que cierra el tema, dota de nuevo interés al asunto y explica este comentario.

El artículo que menciono decía en su apartado VIII: “Está pendiente de resolución el recurso que, con fecha 27 de octubre de 2007, interponía M^a Luisa Muñoz ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta circunstancia justifica que no pueda extenderme aquí, aunque gracias a la amabilidad de los responsables de la Fundación Secretariado Gitano -que me la han facilitado- he tenido oportunidad de leer la demanda presentada. Una vez resuelto el problema de la pensión cabría preguntarse qué interés tiene mantener vivo el recurso. Los responsables de la Unidad Legal de la citada Fundación, aún conscientes de sus escasas posibilidades de éxito, lo consideran necesario pues el impacto mediático que la resolución del alto Tribunal pueda tener servirá de altavoz a los graves problemas de la comunidad gitana además de justificar y facilitar una más amplia labor de información y formación en el ámbito de esta minoría. El recurso plantea la violación por parte del Estado español del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en relación con su art. 12 y con el art. 1 del Protocolo n^o 1 que lo completa.

Según el art. 14, el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio “ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Los asesores legales de M^a Luisa consideran que el concepto de discriminación mantenido por el Tribunal, no solo protege frente a una discriminación negativa sino que, a la vez, exige una discriminación positiva en contra de lo que manifestó en su sentencia el Tribunal Constitucional español al declarar que “no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”. Añaden que, en múltiples sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que los gitanos son una minoría en Europa y los Estados tienen “la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su modo de vida”. El art. 12, por su parte, reconoce el derecho a contraer matrimonio en los siguientes términos: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia según las

leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. La discriminación denunciada se concretaría en la equiparación que realizan las instituciones españolas entre la situación de M^a Luisa y la de una pareja de hecho en lugar de haberla asimilado -como se sostuvo anteriormente y se mantiene en el recurso- a la de un matrimonio no inscrito en el Registro civil o a un matrimonio nulo concurriendo buena fe en los contrayentes (“La discriminación consiste en tratar de manera diferente a personas en situaciones comparables”. Sentencia Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002).

Además, al conceptuarse el derecho a percibir la pensión de viudedad como un derecho pecuniario estaría protegido por el art. 1 del Protocolo 1^º que también quedaría vulnerado. El precepto -bajo el rötulo “Protección de la propiedad”- dice: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional”.

Por todo ello, se solicita del Tribunal sentencia en la que se declare la violación por parte del Estado español de los preceptos mencionados y en la que se reconozca a M^a Luisa Muñoz una satisfacción equitativa. Cuando se escriben estas líneas -marzo de 2009- aún no se tienen noticias en relación con la demanda.

He subrayado en el texto que cito la frase “aún conscientes de sus escasas posibilidades de éxito” porque, en contra de todo pronóstico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha atendido la demanda de D^a M^a Luisa y en sentencia de 8 de diciembre de 2009 condena al Estado español por violación del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en relación con el art. 1 del Protocolo n^º 1 que lo completa, al pago de una indemnización de 70000 euros por los perjuicios sufridos por la demandante. Considerando que en el artículo “Formas de matrimonio, rito gitano y pensión de viudedad” se ofrecen los precedentes, los hechos del caso, y un comentario del itinerario jurídico seguido en el ámbito nacional, en las líneas que siguen entraré sólo en el examen de algunos aspectos de la sentencia del Tribunal europeo para finalizar con algunas conclusiones.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (SECCIÓN 3^a) DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009¹

Muchos periódicos españoles del 9 de diciembre de 2009 abrieron sus portadas a la “histórica sentencia del Tribunal de Estrasburgo” que se convirtió en la noticia del día. Histórica porque, al decir de la mayor parte de esos medios, habría dado valor jurídico al matrimonio celebrado según el rito gitano e histórica también porque el alto Tribunal reparaba en este caso, que adquiriría así un valor simbólico, una injusticia de siglos². Sin embargo, una lectura atenta del texto de la resolución obliga a matizar

¹ La sentencia está disponible en francés y en inglés en la página Web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <http://www.echr.coe.int>.

² Puede verse una completa información sobre el caso en el dossier habilitado en <http://www.gitanos.org/servicios/prensa/dossieres/17895>, Web de la Fundación Secretariado Gitano, que incluye: enlace

esas afirmaciones en las que pesa la euforia subsiguiente a un fallo favorable que, como queda ya dicho, nadie esperaba.

Adelantemos que el Tribunal rechazó la violación del art. 14 en combinación con el art. 12 del Convenio tal y como propugnaba D^a M^a Luisa³. El párrafo 81 de la sentencia es claro al respecto: “[...] el Tribunal considera que el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal considerando el artículo 14. Por consiguiente, esta demanda carece manifiestamente de fundamento y debe, pues, ser rechazada [...]”.

El Tribunal europeo atiende, sin embargo, la reclamación de la demandante cuando ésta considera que la negativa a la concesión de pensión de viudedad debido a que su unión, celebrada conforme a los usos de la etnia gitana, carece de efectos civiles viola el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo 1.

1. *Los argumentos de las partes*

Veamos, en primer lugar, los argumentos esgrimidos por las partes. La representación legal de la demandante –reiterando los argumentos ya expuestos ante el Tribunal Constitucional español– manifestó que las instituciones españolas no habían justificado por qué la situación de aquella era asimilada a una relación *more uxorio* en lugar de a un matrimonio nulo de buena fe, que hubiera sido vía para dar lugar a la pensión reclamada. Subrayaba además que no había razón para pensar que los derechos sociales de que se había beneficiado en vida de su marido (*sic*) le fueran a ser retirados tras el fallecimiento de éste. Denunciaba, por último, que la jurisprudencia española había reconocido el derecho a pensión a uniones no inscritas en el Registro civil cuando las partes estuvieran convencidas de la existencia del matrimonio, o cuando, la ley impidiera el matrimonio debido a la imposibilidad de divorciarse o cuando el matrimonio entrara en contradicción con las creencias de los contrayentes (párrafo 38). El Gobierno español se opuso a esta tesis: “Siendo la legislación aplicable a la demandante la misma que para todos los españoles, no se aprecia discriminación por razón de etnia ni ninguna otra, debiéndose la diferencia de trato al hecho de que la demandante no estaba casada sino que tenía una relación *more uxorio* [...]” (párrafo 39). Subrayaba además el Gobierno: “Nada obliga a tratar del mismo modo a quienes respetan las formalidades previstas en la Ley que a quienes, sin existir ningún impedimento, no las respetan. La exigencia de un vínculo matrimonial legal que plantea la Ley para acceder a la prestación de viudedad no constituye una diferencia basada en razones raciales o étnicas. La denegación de dicha pensión a la demandante se debe a su libre y voluntaria

a la documentación disponible en la Web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, noticias de prensa (años 2000 a 2009) y enlaces a entrevistas y reportajes emitidos en radios y televisiones, documentación generada por la Fundación Secretariado Gitano más enlace al texto completo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007 y voto particular correspondiente.

³ “La demandante se queja de que la ausencia de reconocimientos civiles al matrimonio gitano -el único que tiene efectos *erga omnes* en el seno de su comunidad- en España, llevando esta etnia implantada en este país desde hace al menos quinientos años, vulnera su derecho al matrimonio” (párrafo 72).

decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales no se basan en su pertenencia a una raza determinada, ni en las tradiciones, usos o costumbres de una etnia en detrimento de otras. Por tanto esta formalización no constituye una discriminación directa o indirecta a la etnia gitana” (parágrafo 40). Intervino también como tercera parte⁴, la Unión Romaní (filial española de la Unión Romaní Internacional). Sus observaciones recogen el planteamiento del voto particular a la sentencia 69/2007, de 16 de abril del Tribunal Constitucional español y, como se verá, serán tenidas en cuenta por el Tribunal. “La Unión Romaní – dice el parágrafo 41 - subraya que el matrimonio gitano no es diferente de otros tipos de matrimonio. Explica que el matrimonio gitano existe desde que un hombre y una mujer expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es la base de la comunidad gitana. Considera desproporcionado el hecho de que el Estado español, tras haber otorgado a la demandante y a su familia un libro de familia, haber reconocido su situación de familia numerosa, proporcionado asistencia sanitaria a la interesada y a sus seis hijos y haber percibido las cotizaciones correspondientes a su marido durante más de diecinueve años, desconozca hoy la validez de su matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad”.

2. *Las premisas de la sentencia*

A partir de aquí y como premisa necesaria, el Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no puede ser invocado aisladamente –razón por la que no podría prosperar ninguna reclamación exclusivamente fundada en su infracción – sino en conexión con alguno o algunos de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos. Es este dato el que explica – y así aparece en la demanda- la relación del precepto con el supuestamente vulnerado artículo 1 del Protocolo 1⁵. De lo que se trata entonces –prosigue- es de “determinar si el interés de la demandante en percibir del Estado una pensión de viudedad recae ‘bajo el imperio’ o ‘en el ámbito de aplicación’ del artículo 1 del Protocolo 1” (parágrafo 43). Ello no ofrece ninguna duda a la luz de la jurisprudencia del Tribunal pues ésta afirma que “todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relativos al artículo 1 del Protocolo núm. 1 conservan su pertinencia en materia de prestaciones sociales” (parágrafo 44). Por ello, concluye el Tribunal, “teniendo en cuenta todo lo anterior, por el hecho de la pertenencia de la demandante a la comunidad gitana y de su calidad de cónyuge (*sic*) de M. D., reconocida en algunos 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 ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 y del derecho

⁴ El artículo 36 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales admite, en calidad de *amicus curiae*, la intervención de terceros en el proceso: “En interés de la buena administración de la justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o cualquier persona interesada distinta de la demandante a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista”.

⁵ El artículo 1 del Protocolo 1 dice: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional”.

al respeto de los bienes que garantiza, lo que sería suficiente para hacer aplicable el artículo 14 del Convenio” (parágrafo 46).

3. *Algunas afirmaciones relevantes de la sentencia*

Antes de centrarse en el supuesto a resolver, el Tribunal recuerda su propia doctrina, en virtud de la cual la discriminación consiste en tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares. La aludida justificación implica que la diferencia de trato no persiga un objetivo ilegítimo o que no haya una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de valoración –que varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto- para determinar si las diferencias existentes entre situaciones, por otra parte análogas, justifican distinciones en su tratamiento. En lo que a la carga de la prueba se refiere, es doctrina consolidada que, cuando un demandante ha probado la existencia de una diferencia de trato, corresponde al Gobierno probar que esa diferencia estaba justificada.

Entrando ya en el caso, son elementos fundamentales para la justificación del fallo el que la demandante hubiera obtenido el libro de familia (en el que aparecían inscritos la pareja y sus hijos), el título administrativo de familia numerosa “para el que se requiere la condición de cónyuge” (parágrafos 27 y 52) y figurase en la cartilla de la Seguridad Social del fallecido junto con sus hijos.

Se transcriben a continuación las afirmaciones más relevantes de la sentencia:

“La cuestión a resolver en el presente asunto es si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando los interesados, convencidos de la existencia de su matrimonio aún no siendo éste legalmente válido. La demandante basa su pretensión, por un lado, en su convicción de que su unión, celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos era válida y, por otro en la conducta de las autoridades, que le reconocieron oficialmente la calidad de esposa de M. D., y en consecuencia, según ella admitieron la validez de su matrimonio” (parágrafo 55). “El Tribunal considera que las dos cuestiones están íntimamente relacionadas. Observa que las autoridades nacionales no niegan que la demandante estuviera convencida de buena fe de la validez de su matrimonio. La convicción de la interesada se hace todavía más creíble puesto que las autoridades españolas le habían entregado diversos elementos oficiales en calidad de esposa de M. D.” (parágrafo 56). “Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa

de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada” (parágrafo 59). “El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, si puede influir en la manera de aplicar estas leyes [...]” (parágrafo 61). “Para el Tribunal, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa de M. D. y de formar una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M. D. es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconozca la pensión de viudedad” (parágrafo 63). “En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades. Esta negativa, además no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio marco para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados parte de dicha Convención están obligados a tener en cuenta, debidamente, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales” (parágrafo 64). “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, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS) o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004, de 15 de noviembre [...] (que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe” (parágrafo 65). “A la luz de todo lo precedente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente asunto, el Tribunal considera 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” (parágrafo 69). “Por último, el Tribunal no podría aceptar la tesis del Gobierno según la cual habría bastado que la demandante contrajera matrimonio civil para obtener la pensión que reclama. De hecho, la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, la situación personal del demandante en relación a los criterios enumerados en esta disposición es tomada en cuanta tal cual. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda basándose en que la interesada podría haber escapado

a la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos – por ejemplo, contrayendo matrimonio civil- vaciaría de contenido el artículo 14 (parágrafo 70). En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido, en este caso, violación del artículo 14 del Convenio en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1” (parágrafo 71).

Resulta difícil no advertir en los párrafos transcritos un trasunto del voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata a la Sentencia 69/2007, de 16 de abril del Tribunal Constitucional español. Como escribí en el artículo antecedente del actual⁶, el voto particular se apoyaba en tres argumentos fundamentales que no llegaban, en mi opinión y por las razones que entonces expuse, a desvirtuar el parecer de la Sala (que denegó el amparo solicitado por D^a M^a Luisa al verificar que, en su caso, no había habido un trato discriminatorio ni por motivos sociales, ni por razones étnicas o raciales). Esos argumentos eran: 1) La aplicación al supuesto del criterio que llevó al reconocimiento de la pensión de viudedad en la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, de 15 de noviembre; 2) Con apoyo en normas supranacionales que se citaban consideraba necesario aplicar medidas de discriminación positiva a las minorías étnicas, y en España, señaladamente, a la minoría gitana; 3) La doctrina de los actos propios.

Retomo mi análisis en relación con el tercer argumento: “Resulta -decía el voto particular- claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña ***, y a su familia gitana al otorgarle el libro de familia, reconocimiento de 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”. “Había en este punto –decía yo - una importante cuestión de hecho manifestada tanto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como por el propio Tribunal Constitucional. Y es que la referencia a la “esposa” en la cartilla de la Seguridad Social había sido hecha por los propios interesados de su puño y letra y no por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Por otra parte, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria como beneficiaria de M^a Luisa no permitía extraer la conclusión de que la Seguridad Social estuviera reconociendo la validez y eficacia de su unión pues –como señaló RODRIGUEZ CARDO- el conviviente de hecho, siempre que conviva maritalmente con el titular del derecho al menos con un año de antelación a la fecha de solicitud, puede ser beneficiario de asistencia sanitaria en el ordenamiento español, ya que esa condición, a diferencia de la de pensionista de viudedad no está reservada al cónyuge”⁷.

Esta crítica – más las que hice entonces a los argumentos 1) y 2) del voto particular y no comento aquí - mantiene toda su vigencia.

⁶ GAYA SICILIA, Regina. “Formas de matrimonio, rito gitano y pensión de viudedad”, *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, Vol. 10/2009, Enero-Diciembre 2009, pp. 314- 315.

⁷ GAYA SICILIA, Regina. 2009, p. 315.

4. *Algunas objeciones relevantes a la sentencia*

A ella hay que sumar las fundadas objeciones de SÁNCHEZ-RODAS⁸ que, como se verá, invalidan la afirmación del párrafo 69 de la sentencia: “El Tribunal considera 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”. En síntesis, lo que SÁNCHEZ-RODAS demuestra es que el libro de familia no sólo acredita la condición de “cónyuge” (cuando ésta efectivamente se da) sino además la condición de “padre”, “madre” o “hijo” (que es de lo que, en el caso, el libro de familia da noticia). A lo anterior se añade, como pone de relieve la misma autora, el desacierto de vincular los años cotizados con el derecho a una prestación de la Seguridad Social.

Vayamos con el libro de familia. Comienza SÁNCHEZ-RODAS recordando el art. 39 de la Constitución española. El art. 39.1 proclama que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. El art. 39.2 establece que “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Tras las reformas que se acometen en el ordenamiento jurídico español una vez promulgada la Constitución de 1978, la obtención del libro de familia y del libro de familia numerosa deja de estar condicionada a la existencia de matrimonio previo (civil o religioso, reconocido por el Estado). Por ello, y con independencia de que los progenitores estén o no casados, éstos pueden obtener el libro de familia en el que figuren los hijos nacidos de esa relación. “Esta es la razón por la que los libros de familia y familia numerosa que detenta la Sra. Muñoz Díaz le fueran expedidos tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 – en 1983 y 1986, respectivamente-. Y en los mismos ni los tribunales españoles ni el TEDH afirman que figure inscrita como esposa”.

En efecto, la Orden de 22 de junio de 1979 del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social dispuso en su artículo único: “A efectos de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de 23 de diciembre de 1971 para aplicación de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección a las Familias Numerosas, las madres solteras que teniendo el número de hijos necesarios reúnan también los demás requisitos exigidos por el citado Reglamento para ser conceptuadas como una familia numerosa, tendrán derecho a que se les expida el presente título”. Para la obtención del libro de familia numerosa era necesario aportar el libro de familia que, por aquellas fechas, no era ya patrimonio exclusivo de los matrimonios con hijos pues podía ser solicitado y obtenido por todos los progenitores, casados o no.

⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme el rito gitano” en *Aranzadi Social*, núm. 18/2009 (Estudio) (Documento electrónico accesible en Westlaw.es bajo la referencia BIB 2009/2052).

Ello ocurrió no porque el legislador español hubiese equiparado el matrimonio a las uniones *more uxorio* sino para acabar con la discriminación de que habían sido objeto los hijos no matrimoniales cuyo nacimiento se inscribía en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o legítimos (inscritos en el libro de familia). Es reveladora la Circular de 2 de junio de 1981 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre las consecuencias registrales del nuevo régimen de la filiación cuyo apartado VI se titula “Libro de Familia” y dice así: “La equiparación de efectos entre la filiación matrimonial, la adoptiva plena y la no matrimonial, proclamada en el artículo 108 del Código civil exige para acabar con la discriminación existente la desaparición del libro de filiación, destinado fundamentalmente a reflejar los nacimientos de los que se llamaban hijos naturales, y que para todos los hijos, cualquiera que sea su condición, se utilice un mismo modelo del libro de familia. El libro se entregará al progenitor o progenitores que reconozcan un hijo no matrimonial o que adopten a un hijo en forma plena o simple, así como a quienes contraigan matrimonio. En el libro figurarán únicamente los hijos comunes de ambos progenitores”. Y coherente con este criterio, el art. 36 del Reglamento del Registro Civil (tras su reforma en 1986) declara que “también se entregará libro de familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial”.

Así –mantiene SÁNCHEZ-RODAS– cabe afirmar que “la tesis defendida por el TEDH [...] de que la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta condición por las autoridades españolas resulta infundada”. Lo que hizo la Administración española al expedir el libro de familia y el de familia numerosa fue reconocer a D^a M^a Luisa y al fallecido la condición de progenitores de seis hijos no matrimoniales. “Ni los tribunales españoles que han conocido del caso ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ningún momento indican que la Sra. Muñoz Díaz figurase inscrita en dichos libros en calidad de cónyuge” concluye.

Cuestiona también SÁNCHEZ-RODAS la relación que el párrafo 69 de la sentencia establece entre las cotizaciones a la Seguridad Social y el derecho a recibir prestaciones de esta entidad al considerar desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido (sic) gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”. El argumento –señala– resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. “No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Y es que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar”. [...] la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto de aquél. Hasta el punto que es comúnmente aceptado el carácter tributario de la cotización”.

III. LA OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ MYJER

Sustentaron la argumentación y el fallo de la sentencia seis de los siete jueces que componían la Comisión: Josep Casadevall (Andorra), Elisabet Fura (Suecia), Corneliu Bîrsan (Rumania), Bostjan M, Zupancic (Eslovenia), Alvin Gyulumyan (Turquía) y Luís López Guerra (España). La única opinión disidente fue la expresada por el juez holandés Egbert Myjer que, según se desprende de la información que he podido manejar, fue el único –que junto con el español López Guerra– recabó información y mantuvo un diálogo con las partes en la vista oral. Se trata de una opinión ponderada, de provechosa lectura, de la que entresaco algunos párrafos:

“Estoy, muy sinceramente, a favor de la igualdad de los gitanos, causa apoyada por el Consejo de Europa desde hace muchos años. Comprendo, absolutamente, que los gitanos quieran que un matrimonio contraído por dos personas de etnia gitana según los usos y costumbres gitanos se reconozca como un matrimonio legalmente válido ante las autoridades civiles. Dicho esto, considero que no corresponde al Tribunal convertir tal deseo en una obligación derivada del Convenio. [...] no entra en las competencias del Tribunal crear derechos no previstos en el Convenio, por mucho que sean tan útiles o deseables. Si el Tribunal interpretara así el Convenio, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados Contratantes, comprometiendo de este modo el sistema único de protección de derechos humanos a nivel internacional del que ha sido pieza fundamental hasta ahora”.

“[...] me desmarco de la mayoría en que considero que no ha habido violación del artículo 14 en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. Incluso si la mayoría de los miembros declara haber llegado a esta conclusión basándose exclusivamente en las particulares circunstancias de este asunto, tengo la (incómoda) impresión de que han buscado llamar la atención de las autoridades españolas sobre lo que perciben como un rechazo a adoptar una legislación que refleja, de manera adecuada, la concreta situación de la etnia gitana. En mi opinión, este punto de vista se desprende del apartado 61 de la Sentencia, en el que la mayoría declara 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». Me pregunto si semejante declaración puede basarse, realmente, en la jurisprudencia citada en los apartados 60 y 61, que –como se reconoce en la propia resolución– se desarrolló en un contexto fáctico y jurídico diferente, en concreto el de la ordenación del territorio. No resulta, en absoluto, evidente que tal razonamiento sea válido en el marco de la aplicación de una legislación relativa a la seguridad social que concede prestaciones a sus beneficiarios. En mi opinión, sería más lógico hacer el paralelismo con el asunto Goudswaard-van der Lans contra Países Bajos ([déc], núm. 75255/01, CEDH 2005-XI), que afirma que: (...) si el Convenio y sus Protocolos obliga a las Partes Contratantes a respetar las elecciones individuales en cuanto al estilo de vida, en la medida en que no autoriza explícitamente restricciones, no les

impone la obligación positiva de mantener las elecciones individuales de estilo de vida desde los fondos que le son confiados en su calidad de contables de los fondos públicos”.

“Podemos preguntarnos si la demandante podía, razonablemente, no ser consciente de la precaria situación jurídica de su matrimonio gitano. No estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido llevar, legítimamente, a la demandante a suponer que su matrimonio era válido con respecto a la legislación española. Puedo creer que ignoraba absolutamente el contexto jurídico cuando se casó, a los 15 años, según el rito gitano. Sin embargo, considero abusivo hacer responsable de su ignorancia al Estado demandado. Y todavía consideraría mayor abuso reprochar a las autoridades españolas una falta, en razón de la igualdad de trato dado a la demandante y su familia en relación con las familias fundadas sobre la institución del matrimonio”.

“Señalo, con satisfacción, que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, se concedió a la demandante una prestación de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D. (apartado 21 de la Sentencia). De este modo, se encontró una solución adecuada en el nivel apropiado, es decir, a nivel nacional”.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Al margen del caso concreto ¿tendrá esta resolución algún tipo de consecuencias? No parece, pues las circunstancias que concurrieron hacen difícil que el supuesto pueda volver a repetirse. Por otra parte, el Gobierno anunció que no interpondría recurso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el plazo para hacerlo –sin que conste la interposición del recurso– ha transcurrido ya. Además, teniendo en cuenta que la unión según el rito gitano no es en España –sin que ello resulte discriminatorio, como el Tribunal ha reconocido– forma apta para producir los efectos jurídicos vinculados al matrimonio, la propia demandante ha aprovechado sus comparecencias ante los medios de comunicación para animar a los gitanos a que, sin perjuicio de que se unan según su rito o costumbre, “registren su matrimonio”, es decir, se acojan a la forma civil.

Algunos han considerado que la sentencia se queda corta y han criticado, por tosca, la argumentación del alto Tribunal en la medida en que no utiliza categorías del llamado Derecho antidiscriminatorio y más concretamente la prohibición específica de discriminación racial o étnica⁹. Para quienes desde la Fundación Secretariado Gitano, han apoyado a D^a M^a Luisa se trata, en todo caso, de una sentencia “a celebrar” si

⁹ REY MARTINEZ, Fernando. “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley*, núm. 7344, Sección Tribuna, Feb. 2010.

bien “argumenta, a nuestro juicio, de un modo limitado, poco coherente, escasamente riguroso y menos creativo aún”¹⁰.

Seguramente llegarán nuevos trabajos sobre este caso que permitan analizar más a fondo el cúmulo de cuestiones implicadas.

Por el momento, suscribo las palabras de BERCOVITZ que me servirán para terminar: “No me satisface que la aplicación de la ley produzca resultados dolorosos para las personas. Pero el respeto de la ley y de la Constitución es todavía más importante. Tengo el más profundo respeto por la libertad y la igualdad en relación con las costumbres, las etnias, las creencias religiosas y las ideologías. Todos los avances en esos ámbitos me parecen beneficiosos para la sociedad y el bienestar de las personas. Pero el matrimonio es una institución que debe ser controlada por el Estado, habida cuenta de sus trascendentes efectos sociales y de la protección que los mismos merecen. De ahí que no comparta la opinión de quienes creen positivo, identificándolo con el progreso, atribuir con carácter general, a quienes desean permanecer al margen de dicho control del Estado sus relaciones de pareja, los mismos efectos que si se hubiesen acogido al mismo. Sobre todo, teniendo en cuenta el marco que nuestra Constitución establece para el matrimonio, respetuoso con su naturaleza y función, respetuoso con la libertad de los cónyuges, respetuoso con la igualdad de los ciudadanos. Conviene recordar que no todo cambio se identifica con el progreso”¹¹.

¹⁰ GIMENEZ, Sara y REY MARTINEZ, Fernando. “La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensamiento y Cultura Gitanos*, núm. 51-51, Oct.-Dic. 2009, p. 59.

¹¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. “Sobre el matrimonio”, *Aranzadi Civil*, núm. 22/2010 (Tribuna) (Documento electrónico accesible en Westlaw.es bajo la referencia BIB 2010/281).