

## RITOS MATRIMONIALES Y PENSIÓN DE VIUDEDAD

(Comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril,  
recurso de amparo núm. 7084/2002)\*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad  
Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

### **Extracto:**

LA reiterada jurisprudencia constitucional según la cual «no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia», debe ser revisada, tanto porque pone de manifiesto un latente «laicismo», que rompe con la neutralidad del Estado «laico» propio de la cultura occidental moderna, como porque puede conllevar una discriminación por razones étnicas (eticismo biológico y/o cultural), como fue el caso y se pone de manifiesto en la sentencia objeto de comentario por más que lo niegue al Tribunal Constitucional (TC), rechazando la doctrina contenida en la atinada resolución jurisdiccional dictada en la primera instancia.

**Palabras clave:** matrimonio, pensión de viudedad, rito gitano, etnia gitana, discriminación por razones étnicas y laicismo.

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 296, noviembre 2007 o en *Normacef Social*.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. El principio de igualdad ante la ley. Una perspectiva constitucional.
- III. El matrimonio celebrado por ritos no reconocidos por el Estado y la causación de la pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional.
- IV. Minorías étnicas y el derecho a no ser discriminado en el acceso a las prestaciones sociales por cuestiones rituales.
- V. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El TC con la sentencia que se comenta, de fecha 16 del pasado mes de abril, dictada en autos del recurso de amparo promovido contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 7 de noviembre de 2002, por la que se estimaba el recurso de suplicación número 4445-2002 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento número 25-2002, sobre derecho al percibo de prestación de viudedad, culmina una no irrefutable jurisprudencia en torno a la pensión de viudedad y la institución del matrimonio <sup>1</sup>.

Los antecedentes de la sentencia objeto de comentario son de necesaria consideración para una cabal comprensión de aquella cuestión, por ello deben ser traídos, bien que sucintamente, a colación; según relata la resolución de la justicia constitucional objeto de atención, fueron los que a continuación se relacionan. La recurrente en amparo había solicitado prestación por viudedad el 16 de marzo de 2001, que fue denegada por Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 20 de marzo de 2001, por la siguiente razón:

«No ser o haber sido cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento.»

Interpuesta reclamación previa por la demandante en amparo, esta fue desestimada por Resolución de la citada Directora Provincial de Madrid del INSS de 9 de mayo de 2001, cuya motivación se concretaba de la siguiente manera:

«No existe precepto legal que considere viudo/a a la persona que estuviese conviviendo con el causante (y que), conforme a las SSTC 184/1990 y 66/1994, no pugna con el artículo 14 de la Constitución Española la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social.»

La demandante en amparo en la solicitud de la pensión de viudedad había alegado «que en la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido, en calidad de esposa, sin que tal dato constituyera error material», afirmando que se trataba de su esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. A tales efectos destacaba, invocando los artículos 9.º 2, 14 y 39.1 de la Constitución Española, que los requisitos necesarios para la existencia de forma matrimonial se cumplían en el matrimonio gitano, el cual se caracterizaba: a) Por un acto formal; b) Deber de fidelidad; c) Comportamiento conyugal exigible; d) *Affectio*; e) Heterosexualidad y f) Comunidad

<sup>1</sup> Indica DE LA VILLA, L. E., «Pensiones sociales. Problemas y alternativas», en «Derecho del Trabajo y Seguridad Social». Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), CEF, Madrid, 2006, pág. 1.509, lo siguiente: «En su configuración actual, las objeciones a la pensión de viudedad no derivan solo de haber prescindido en su régimen jurídico del modelo de la pensión de jubilación, hasta donde fuera posible la regulación paralela, sino a una concepción en exceso tradicional que no ha incorporado las alteraciones sociológicamente producidas en los últimos años, siendo así que fenómenos como las uniones de hecho empiezan a exigir una contemplación realista en orden a la producción de efectos asimilables a los derivados del vínculo matrimonial».

de vida. Precizando la recurrente en amparo que si aquel «matrimonio gitano» resultaba inscribible en el Registro Civil, ello era debido únicamente a una defectuosa exégesis jurídica.

Por Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento número 113-2002, se estimaron las pretensiones de la demandante en amparo al considerar el órgano judicial *a quo* probado que aquella demandante y el fallecido eran de origen gitano y que habían contraído matrimonio en noviembre de 1971, por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando el juzgador *a quo* en los siguientes términos:

«El matrimonio gitano entre la actora y el fallecido se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los artículos 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil». Por ello «la denegación por el INSS de la prestación de viudedad solicitada con el único impedimento de no considerar matrimonio el celebrado en su día por el causante y su viuda «indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución Española».

Interpuesto recurso de suplicación por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, correspondió su conocimiento a la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, la cual lo estimó por Sentencia de 7 de noviembre de 2002.

En dicha resolución, el órgano jurisdiccional de suplicación, en su fundamento jurídico tercero, señaló, respecto de la petición de que se suprimiera del hecho séptimo la expresión o condición de esposa de la demandante, asociada al contenido de la cartilla de la Seguridad Social, lo siguiente que «figurando al folio 62 de los autos fotocopia de la cartilla en cuestión y junto al nombre de aquella en la casilla «parentesco», una letra retocada que la sentencia interpreta como «esposa» (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de lo que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquel y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con el que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente».

No obstante, y en cuanto al fondo, en la sentencia de suplicación (fundamento jurídico quinto), se resolvió por la Sala *a quo* lo siguiente:

- Que no existía discriminación alguna por la pertenencia de la solicitante de la prestación de viudedad a la etnia gitana, y
- Que el matrimonio celebrado conforme a ese rito no tenía la condición de tal en el ordenamiento jurídico español.

Respecto de la primera afirmación, se afirmaba por la Sala sentenciadora que no constituía «discriminación alguna la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad

que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes» y que «ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquella que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados». En relación con la segunda de aquellas conclusiones la sentencia de suplicación, en un alarde de absolutismo estatal y sacralización de la literalidad de la ley, justificaba su escueto contenido en estos, más que cuestionables, términos:

Que cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales se encontraba el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se tratase de una etnia, no por ello sus normas o formas trascendían jurídicamente de su propio ámbito, ni estaban consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se preveía la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello sus normas excluían, ni sustituían actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trataba de un matrimonio entre españoles celebrados en España.

Semejante argumentación, merece una adusta crítica en cuanto constituye una acabada manifestación favorable al absolutismo o monopolio estatal en la creación del Derecho, sin reparar en su contingencia histórica, desconocedora de las actuales corrientes de pensamiento o vocaciones pluralistas en la realización de la «ordenación jurídica» de la sociedad, y un monumento al fetichismo de la ley sin reparar en su posible contenido, que así aplicada en el supuesto objeto de consideración bien podría tacharse de etnicista <sup>2</sup>.

Aquel alegato contenido en la sentencia de suplicación, hace buena la apreciación de que «el Estado, en tanto entidad tendenciosamente totalizadora, se realiza en la más rigurosa compactabilidad, cualidad que consigue (...) merced al instrumento unilateral de la intolerancia (y que) el Estado, encerrado en su insularidad, únicamente dialoga con el exterior y solo con otras entidades estatales similares, mientras que en el interior simplemente se limita a dictar las condiciones por las cuales una regla abandona el limbo confuso de las reglas estrictamente sociales para convertirse en jurídica, de tal manera que la inobservancia de las condiciones tiene una cruel repercusión: su ilicitud o, en el mejor de los casos –es decir, cuando el Estado considera que no se ha perturbado demasiado su propio ordenamiento–, su irrelevancia» <sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vid. Grossi, P., *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, especialmente pág. 28, en la que afirma lo siguiente: «El absolutismo jurídico moderno nos ha acostumbrado a leyes que repugnan la conciencia común, que quizá también son rechazadas en su fuero interno por el hombre de sentido común pero, al fin, leyes sufridas y observadas para evitar reacciones del poder constituido. El ejemplo más infame e infamante (...) a este respecto es el de numerosas leyes que incorporan una ideología racista y, por consiguiente, la supremacía de un tronco racial sobre los otros». Al respecto debe llamarse la atención que, según se indica en la sentencia que se comenta, «la recurrente, bajo la invocación del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por razones étnicas y de origen social (art. 14 de la Constitución Española), alega que la resolución judicial impugnada por la que, revocando la de instancia, se le deniega la prestación de viudedad por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante la ha discriminado étnica y socialmente al equiparar su situación jurídica con la de una pareja de hecho que conviviera *more uxorio* y no con una relación matrimonial, a pesar de que está casada por el rito gitano, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación. También argumenta que se daría ese trato discriminatorio bien porque habiendo contraído matrimonio conforme a los usos y costumbre gitanos en noviembre de 1971, no fue entonces libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial conforme a las costumbres gitanas, bien porque no se ha hecho una aplicación analógica de dicha situación a la de los matrimonios nulos.

<sup>3</sup> GROSSI, P., *op. cit.*, pág. 39.

## II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Nuestro ordenamiento jurídico-constitucional establece como uno de sus elementos fundamentales el respeto radical al principio de igualdad, que por ello se configura como el derecho fundamental por excelencia y clave de bóveda de toda la arquitectura constitucional, de tal manera que aparece en nuestra Constitución «como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo», que se ha expandido a las relaciones *inter privados*, no solo como un mero efecto reflejo de su expresión jurídico-pública, por más que una, no irreprochable, jurisprudencia constitucional limite aquella expansión aduciendo que «el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional»<sup>4</sup>.

La radical racionalidad del principio de igualdad [en cuanto que derivado de las leyes o teoremas de identidad, de tercio excluido y de (no) contradicción] lo ubica, por méritos propios, en el centro de cualquier discurso jurídico en las naciones nacidas en la, racional por excelencia, cultura grecolatina<sup>5</sup>. No obstante su formulación jurídico-constitucional no tiene la claridad que su raigambre racional, lógica, demanda, habiendo sido excesivamente respetuosa con su implantación conforme al pensamiento ilustrado y liberal origen de las dos grandes revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII (la norteamericana y la francesa, señaladamente de esta última, con su exportación al ámbito del Derecho, merced a la influencia y consiguientes réplicas legislativas nacionales de los Códigos napoleónicos). Se produce un fallo en la «derivación lógica» del principio de igualdad en derecho a la igualdad ante o en la ley, y en esos «lastrados» términos se establece en el artículo 14 de nuestra Constitución, cuyo contenido no por conocido puede obviarse, y que es el siguiente:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>4</sup> El origen del principio en el liberalismo político ha determinado que la jurisprudencia constitucional solo tímidamente haya admitido su aplicabilidad o «exportación» a las relaciones entre sujetos particulares, como una modalidad más de «ante la ley», sin tomar en consideración que a la hora actual la superación de aquella primera etapa obliga a proyectarlo, en cuanto que núcleo de cualquier sistema democrático avanzado a las relaciones entre sujetos particulares, sin que ello represente negación alguna del principio de libertad, o de su versión jurídica de «la autonomía de la voluntad». Aquella proyección del principio de igualdad de trato y no discriminación se lleva a cabo precisamente mediante la Ley 62/2003. Efectivamente en aplicación concreta de ese fundamental principio político y jurídico se dispone una trascendente regulación en la Ley 26/2003, que ordena la aplicación del principio de igualdad de trato y proscribida toda discriminación en determinados ámbitos, por determinadas causas, estableciendo medidas concretas para su logro. La regulación ordinaria que se establece mediante aquella ley, como ya se indicó, en absoluto puede considerarse que limite el alcance del artículo 14 de la Constitución Española, sino que debe considerarse, como ya se indicó, «a más», esto es una concreción no limitativa y pendiente siempre de la evolución de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Ley 26/2003 en sus artículos 27 a 43 deja claro que el principio de igualdad y no discriminación es aplicable, con toda la intensidad y amplitud, «a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado» (art. 27.2 de la Ley 62/2003). En principio aquella ley es aplicable en los ámbitos que determina, pero que nada impide su aplicación analógica (*a pari* o *a simili*, o *a fortiori*) a otros ámbitos sin que pueda utilizarse el argumento *a contrario* por impedirlo el artículo 14 de la Constitución, y concreta la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las prestaciones y servicios sociales, del empleo y de la relación de trabajo, en los, entre otros, proyectando y ampliando su ámbito e imprimiéndole una mayor eficacia que la que venía atribuyéndole la jurisprudencia constitucional.

<sup>5</sup> Vid. COTTINGHAM, J., *El racionalismo*, Ariel, Barcelona, 1987; también FIGA FAURA, L., *Lógica, tópica y razonamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983.

La jurisprudencia constitucional ha venido ofreciendo una interpretación general del mencionado precepto <sup>6</sup>, sin perjuicio de su adecuación a materias concreta. En esa interpretación más general pueden establecerse unos caracteres o discernirse unos «itinerarios» claramente identificables, que son los siguientes:

- A) «El artículo 14 de la Constitución Española contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» <sup>7</sup>.
- B) «El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable» <sup>8</sup>.
- C) «Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» <sup>9</sup>.

<sup>6</sup> En términos de la STC 39/2002, de 14 de febrero, «bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución Española, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la Constitución Española». Con carácter general respecto al listado del artículo 14 de la Constitución Española, SSTC 83/1984, de 8 de febrero; 20/1991, de 31 de enero, y 176/1993, de 27 de mayo.

<sup>7</sup> SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 39/2002, de 14 de febrero, y 3/2007, de 15 de enero, por todas.

<sup>8</sup> Como tiene declarado el TC desde su Sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del TEDH en relación con el artículo 14 del CEDH, indica la STC 39/2002, de 14 de febrero; *vid.* SSTC 154/2006, de 22 de mayo; 214/2006, de 3 de julio y 5/2007, de 15 de enero, como las más recientes.

<sup>9</sup> Entre la numerosa jurisprudencia constitucional existente al respecto, caben destacar las SSTC 27/2004, de 4 de marzo; 104/2004, de 29 de junio, y 154/2006, de 27 de mayo.

- D) «El principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. El principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato»<sup>10</sup>.
- E) «El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso). Por ello, solamente una vez verificado uno y otro presupuesto, resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma»<sup>11</sup>.

En definitiva, según nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de tal manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan solo las que introduzcan tal diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, que no pueda ofrecer una justificación objetiva y razonable para ello, estableciendo, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, vedando, consecuentemente, la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Además, según la misma jurisprudencia, al prohibir el principio de igualdad cualesquiera desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas al no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, esto es, de valor generalmente aceptados, también resulta necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Esto es, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> SSTC 22/1981 de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo y 54/2006, de 28 de mayo, entre otras.

<sup>11</sup> Como manifiesta la jurisprudencia constitucional, en las SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 181/2000, de 29 de junio; 1/2001, de 15 de enero; y 119/2002, de 20 de mayo.

<sup>12</sup> Como se indica, entre otras, en las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 6/1984, de 24 de enero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de diciembre; 76/1990, de 26 de abril; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 214/1994, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/1999, de 8 de noviembre; 212/2001, de 29 de octubre; 200/2001, de 4 de octubre; 111/2001, de 7 de mayo; 39/2002, de 14 de febrero; y 103/2002, de 6 de mayo.



En aplicación del principio o derecho a la igualdad se ha detenido la jurisprudencia constitucional con especial interés, limitando la discrecionalidad judicial en la estimación de su vulneración y estableciendo el deber de su más estricta observancia por los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Al respecto tiene declarado el TC que «los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 de la Constitución Española no consiente»<sup>13</sup>.

Como resumen y a modo de conclusión del alcance del principio de igualdad ante la ley, «en abstracto», según los términos de aquella jurisprudencia constitucional (siendo ejemplar al respecto la STC 177/1993, de 31 de mayo), puede afirmarse que según la misma:

- «No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución Española, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable».
- «El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional».
- «El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados».
- «Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

### III. EL MATRIMONIO CELEBRADO POR RITOS NO RECONOCIDOS POR EL ESTADO Y LA CAUSACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sabido es que el matrimonio puede contemplarse como institución natural, moral, religiosa y civil. A los efectos del presente comentario interesa la última de las vertientes citadas y al respecto

<sup>13</sup> SSTC 103/1990, de 9 de marzo; 39/1992, de 30 de marzo, y 20/1994, de 27 de enero; no obstante sobre la relatividad del control de la discrecionalidad judicial *vid.* SEGURA ORTEGA, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, especialmente págs. 93-100.

puede afirmarse que superado el laicismo desbordador del carácter laico del Estado moderno occidental, se da una curiosa síntesis entre la forma prevista legalmente por la legislación del Estado (forma civil) y la prevista en las diferentes religiones o confesiones religiosas (o pseudo-religiosas), de tal manera que el Estado ha terminado reconociendo efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme a los ritos de determinadas religiones.

Según nuestro ordenamiento jurídico el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones establecidas en la legislación civil, el cual estará sometido a los mismos requisitos y tendrá los mismos efectos cuando los contrayentes sean de diferente o del mismo sexo. Asimismo cualquier español puede contraer matrimonio ante el Juez, el Alcalde o el funcionario competente, pero también puede contraerlo en la forma religiosa prevista en una religión (aun cuando no pueda considerarse estrictamente una religión sino una pseudo-religión o una secta)<sup>14</sup>, y que incluso también puede contraerse matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de su celebración. No obstante un cierto resto de laicismo, aún subsistente, ha determinado que el Estado deba dar pábulo o reconocer a las religiones con arreglo a cuyos ritos puede contraerse un matrimonio con efectos civiles, requiriendo que expresamente se reconozca tal posibilidad en una ley estatal<sup>15</sup>.

Esto es, además de en la forma establecida por la legislación estatal, puede contraerse matrimonio y prestándose el consentimiento pertinente en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en el registro estatal pertinente, bien en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de este. A los efectos del reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios contraídos siguiendo ritos religiosos, hay que tener en cuenta, además del acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979<sup>16</sup>, los suscritos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España.

Consecuentemente con las previsiones referidas en los apartados que anteceden, establece el ordenamiento jurídico que se inscribirán en el Registro Civil, siempre que no haya dudas de la rea-

<sup>14</sup> Puede verse una ilustrativa panorámica sobre cristianos, judíos, musulmanes, hindúes, budistas y otras religiones (mazdeísmo, jainismo, confucianismo y taoísmo), en KESHAVJEE, S., *El Rey, el Sabio y el Bufón*, Ediciones Destino, Barcelona, 1998.

<sup>15</sup> Al tenor del artículo 44 del Código Civil (CC), «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo» (párrafo introducido por Ley 13/2005 de 1 de julio). Según el artículo 49 del mismo Código (en redacción dada por Ley 35/1994, de 23 de diciembre) «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». Precisa el artículo 59 de aquel Código que «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de este». Al respecto han de tenerse en cuenta las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre, la primera recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la segunda recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la tercera recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España. Al tenor del artículo 256 del Reglamento del Registro Civil «se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, los matrimonios que consten por (...) certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley Española (...)».

<sup>16</sup> *Vid.* también cánones 172, 1.063 y 1.109 del Código de Derecho Canónico.

lidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, los matrimonios que consten por «certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la ley española».

La jurisprudencia es pacífica a la hora de considerar, cuando no exista duda de la celebración de un matrimonio, que un matrimonio contraído por uno de los ritos matrimoniales correspondientes a las religiones o confesiones religiosas indicadas en el párrafo anterior «existió y produjo los efectos propios del mismo», con la consecuencia de entender que el matrimonio así contraído produce todas las consecuencias inherentes al casamiento, incluso a los efectos de poder causar cualesquiera prestaciones sociales incluidas en el sistema de la Seguridad Social o en otros sistemas de protección social.

Por todo ello, entiende reiterada jurisprudencia «si el matrimonio existió se debe entender cumplida la cualidad de "cónyuge superviviente" que es la exigida por el artículo 174.1 la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) para causar derecho a la pensión de viudedad», sin necesidad de mayores indagaciones acerca del alcance de las expresiones «efectos civiles» o «plenos efectos» del artículo 61 del Código Civil, y por ello sin necesidad de su inscripción en el Registro Civil (STS de 15 de diciembre de 2004).

La cuestión se centra pues en los supuestos en los que se celebra un rito que un determinado grupo social relevante o etnia considera que tiene efectos matrimoniales, pero que el ordenamiento jurídico en el que debería surtir efectos no lo reconoce como tal ni le atribuye los efectos propios de la institución civil del matrimonio, de tal manera que a quienes celebran su matrimonio conforme a ese rito, la legislación del Estado (o derecho estatal) no estima unidos por un vínculo matrimonial y, consecuentemente, no los considera ni casados ni cónyuges, deviniendo en una simple unión de hecho, por lo que cuando uno de ellos fallece el otro no es viuda(o) y por lo tanto no causa derecho a la pensión de viudedad. A tan cuestionable (moral o éticamente y racionalmente) conclusión da pábulo el TC. Efectivamente, según una reiterada jurisprudencia constitucional <sup>17</sup>:

- La Constitución Española «no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que «... por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento –singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social– que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio».
- Pues «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento».

<sup>17</sup> Recogiendo literalmente el contenido de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, que afirma lo siguiente: la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que «... por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento –singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social– que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio» y «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, 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».

- Ciertamente «el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero que el no hacerlo así, no lesiona el artículo 14 de la Constitución Española, ni por sí mismo ni en relación al artículo 39.1 del texto constitucional, a lo que ha de añadirse que tampoco se lesiona el artículo 14 de la Constitución Española en conexión con los artículos 41 y 50 de la Constitución Española, ya que, aunque el supérstite no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social (arts. 41 y 50 de la Constitución Española), tal protección (...) no tiene necesariamente que establecerse a través de la actual pensión de viudedad, más aún teniendo en cuenta que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender una situación de necesidad o defensa económica».

Doctrina constitucional que ha sido seguida, como no podía ser menos, por la jurisprudencia ordinaria en diferentes resoluciones <sup>18</sup> y por una nutrida y sistemática jurisprudencia menor <sup>19</sup>, y

<sup>18</sup> Como se indica en la STS (Sala de lo Social) de 10 de noviembre de 1993, «siguiendo el criterio mantenido por el TC en orden a la distinción entre situación conyugal y convivencia *more uxorio* –Auto 954/1986 y STC 184/1990– es de señalar que *de lege data* no cabe asimilar una y otra situación ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.º 1 del CC. Por consiguiente, resulta obvio que en situaciones como la contemplada (...), en la que se advierte el mantenimiento de una situación de convivencia matrimonial de hecho sin que se hubiese arbitrado, pudiendo haberlo hecho los mecanismos legales que permitieran la legitimación de la expresada situación, no cabe, en modo alguno, reconocer el derecho a la prestación de viudedad a la que se refiere el artículo 160 del Texto Refundido de la LGSS, de 30 de mayo de 1974». Según se indica en la STS de 3 de mayo de 2007, a efectos de causar la pensión de viudedad «no es asimilable la convivencia *more uxorio* y el matrimonio», reiterando doctrina establecida en sus Sentencias de 20 de mayo y 29 de junio de 1992 y 10 de noviembre de 1993, en las cuales se firma en aquella jurisprudencia «que se interpreta en sus propios términos tanto el artículo 160 –hoy 174– de la LGSS como la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Pues el primero solo concede derecho a la viudedad al «cónyuge supérstite» y la segunda solo concede la pensión de viudedad al conviviente que no pudo contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación vigente hasta la Ley 30/1981 y que el fallecimiento se produzca con anterioridad a la misma ley». Según aquella doctrina, destaca lo siguiente «es de añadir que el TC siempre ha entendido que los artículos 160 de la antigua ley y 174 de la vigente, en cuanto exige la celebración del matrimonio para causar la pensión de viudedad, no atentan a la Constitución (Sentencias de 1 de julio de 1987 y 14 de febrero de 1991, entre otras). Basta, pues, lo dicho (...) para concluir que el artículo 174 de la LGSS no autoriza a otorgar la pensión de viudedad a quien no está ligado matrimonialmente con el causante y que la cláusula 10.ª 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no alcanza a quienes convivieran con posterioridad a la nueva ley»; en el mismo sentido también STS de 29 de junio de 1992.

<sup>19</sup> Según la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 21 de marzo de 2000, «el (TC), desde la Sentencia número 184/1990 ha venido declarando, *verbi gratia* en las Sentencias número 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992 y 66/1992, que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del Sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 de la Constitución Española, pues, «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución Española, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución Española), siempre claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*», concluyéndose, a continuación, que «... siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento». Una vez admitida la constitucionalidad del vínculo matrimonial como presupuesto legítimo para que el legislador haga derivar de aquel determinados efectos –como el de conceder las pensiones de viudedad reguladas en el artículo 160 de la LGSS– (...), no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, ya que ello supone el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador, el cual, aunque podría conceder prestaciones de viudedad en favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considerado oportuno por el momento, y ello, como tanto hemos repetido, no se ha considerado inconstitucional. Es más, el artículo 160 tan citado, cuya inconstitucionalidad fue rechazada por el TC, era el del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la LGSS. Pues bien, el artículo 174.1 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de

solamente de manera excepcional se ha reconocido la posibilidad de causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de convivencia de hecho sin matrimonio, bien que la jurisprudencia constitucional y la ordinaria que la sigue pueda legítimamente cuestionarse dados los recientes cambios legislativos en torno a la institución del matrimonio<sup>20</sup>.

junio, sigue exigiendo, como requisito imprescindible para tener derecho a la pensión de viudedad la condición de «cónyuge» respecto de la persona fallecida. De donde se desprende, con meridiana claridad, que el legislador ordinario sigue considerando que solamente los «cónyuges» y no las personas que hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio* tienen derecho a percibir la pensión de viudedad. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 29 de junio de 1992, 23 de febrero y 21 de junio de 1994».

- 20 Debe repararse en que la doctrina constitucional, en relación con la situación legislativa anterior, en esta materia no ha sido tradicionalmente generosa. Así según indica la STC 39/1998, de 17 de febrero: «Ha de recordarse que la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, amplió el hecho causante de la pensión de viudedad al añadir al de la existencia de vínculo matrimonial entre el solicitante y la persona fallecida el de la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella disposición y que, como es conocido, requiere el triple elemento de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello. Tales requisitos resultan coherentes con la finalidad de la norma que, como precisara la STC 260/1988, tiene como base la imposibilidad por impedimento legal de contraer matrimonio al no poderse disolver el anterior antes de la Ley 30/1981. Solo a tales uniones de hecho se ha extendido hasta el momento por el legislador el derecho a percibir pensión de viudedad, una limitación que este Tribunal no ha considerado lesiva del artículo 14 de la Constitución Española (STC 184/1990) desde la misma perspectiva desde la que, en general, no ha entendido discriminatoria la exigencia de vínculo matrimonial para causar pensión de viudedad que preveía el anterior artículo 160 de la LGSS y que mantiene el vigente artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994 por el que se aprobó el nuevo Texto Refundido de la LGSS (STC 184/1990, cuya doctrina ha sido mantenida posteriormente en SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 66/1994)». No obstante en la STC 140/2005, de 6 de junio, se indica que «no procede una lectura meramente literal de la disposición normativa en controversia. En efecto, es cierto que no se incluyen en el ámbito de aplicación del precepto todos los supuestos de convivencia extramatrimonial, sino tan solo 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), lo que implica por exigencia del artículo 14 de la Constitución Española, como dijimos en la STC 39/1998, de 17 de febrero, la ampliación de los supuestos regidos por la disposición adicional décima, número 2, de la Ley 30/1981». En esa línea se mantiene la jurisprudencia ordinaria según la cual, en términos de la STS de 3 de mayo de 2005, a efectos de poder «determinar si el propósito de contraer matrimonio puede valorarse como la existencia del mismo, ha de decidirse también en sentido negativo. La sentencia recurrida (en aquel caso) acudía a los artículos 3.º y 53 del CC. El primero referente, como es sabido, a la aplicación e interpretación de las normas; y el segundo, regulador de la validez del matrimonio a pesar de la incompetencia o nombramiento ilegítimo del Juez o funcionario que lo autorice, siempre que haya buena fe de uno de los contrayentes y el funcionario autorizante ejerciera públicamente sus funciones. Ninguno de estos preceptos es concluyente a efectos de trocar el consentimiento prestado en forma por el propósito matrimonial por muy evidente que sea este. Pues es sabido que aunque el matrimonio es consensual, la forma del consentimiento es esencial al mismo, ya que la existencia de que este consentimiento conste de modo indubitado y público lo requiere la trascendencia que el matrimonio tiene para los contrayentes, su posible descendencia y la sociedad toda. Por ello se dan facilidades para que la forma del consentimiento sea cumplida, permitiendo la forma religiosa o a la civil, y dentro de esta son varios los funcionarios que pueden autorizarlo –art. 51–, se omite la formación de expediente previo en el supuesto de matrimonio *in articulo mortis* y se amplían las personas que pueden autorizarlo –art. 52–, pero siempre es necesario que los mínimos formales sean cumplidos como lo evidencian los artículos 49, 51, 54, 57, 58, 59 y 61 del CC, y por ello es claro que la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal que constituye la médula esencial de la institución».

Ciertamente aquella reiterada jurisprudencia constitucional afirma (SSTC 29/1991; 30/1991; 31/1991 y 38/1991, todas ellas del Pleno y de 14 de febrero, y con idéntico fundamento jurídico) que «la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española en cuanto que «el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» (AATC 156/1987 y 788/1987)». Doctrina que además puede considerarse ratificada por la STC 184/1990 (Pleno), resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad número 1419/1988, planteada en relación con el artículo 160 de la LGSS y la disposición adicional décima, 2.º, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y según la cual se declaró la compatibilidad del artículo 160 de la LGSS con el artículo 14 en conexión con el artículo 39.1 de la Constitución Española.

En la sentencia que se comenta el TC resume su no irreprochable doctrina en torno a la pensión de viudedad en los siguientes términos:

«No supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia».

A esos efectos, continúa el TC, reiterando anterior jurisprudencia, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta de que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni a que este estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido.

En cualquier caso, añade la sentencia objeto de comentario que también se ha hecho especial incidencia en que la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador no resultaba vedada por el artículo 14 de la Constitución Española ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39 de la Constitución Española, ya que la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que resultaría legítimo propugnar, insiste el TC en un alarde de estatismo, que la actual pensión de viudedad se extendiese «por el legislador» a otras uniones.

#### **IV. MINORÍAS ÉTNICAS Y EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES SOCIALES POR CUESTIONES RITUALES**

Afirma el TC en la sentencia objeto de comentario que el derecho a no ser discriminado, está amparado por el artículo 14 de la Constitución Española cuya virtualidad «no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé, entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica»<sup>21</sup>, criterio «sospechoso»,

<sup>21</sup> Destaca el TC en su Sentencia 39/2002, de 14 de febrero, que «la virtualidad del artículo 14 de la Constitución Española no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el



precisa el Alto Tribunal, respecto del que reiteran «tajantemente» su «carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al artículo 14 de la Constitución Española como al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)». Como tiene declarado la justicia constitucional:

«El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que solo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos»<sup>22</sup>.

Porque «la dignidad como rango o categoría de la persona como tal (...) no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias»<sup>23</sup> y porque «el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica»<sup>24</sup>. La prohibición contenida en el artículo 14 de la Constitución Española comprende, como precisa la sentencia objeto de comentario, «no solo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo»<sup>25</sup>.

Semejante argumentación debiera aplicarse en relación con cualesquiera minorías, pues el etnicismo no solo es biológico sino también cultural, es más el de base biológica suele acompañarse del de carácter cultural, por más que la inversa no se produzca necesariamente<sup>26</sup>. El «carácter odioso de la aludida forma de discriminación, prohibida en forma expresa tanto por el artículo 14 de nuestra Constitución Española como por el CEDH (art. 14), demanda una efectiva y activa protección a las minorías, porque:

precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española (SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio). En sentencia de 29 de enero de 2001, señala el TC que «La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, (...), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. Y si bien las aludidas manifestaciones las efectuábamos en relación con el ataque al honor dirigido contra todo un pueblo (en el caso considerado, el judío), tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de este a un determinado grupo racial, étnico o religioso».

<sup>22</sup> STC 13/2001, de 29 de enero.

<sup>23</sup> Véase nota anterior.

<sup>24</sup> STC 176/1995, de 11 de diciembre.

<sup>25</sup> Indica la STC 13/2001, de 29 de enero, que «la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 de la Constitución Española comprende no solo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.

<sup>26</sup> Ilustrativo al respecto es la obra de JUARISTA, J., *El Bucle Melancólico*, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1997, especialmente págs. 287 y ss.

- a) «En toda sociedad pluralista y genuinamente democrática no solo se debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, con el único límite -obligado- del orden público constitucional»<sup>27</sup>.
- b) «En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige (...) medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural»<sup>28</sup>.

No obstante el TC, en la sentencia objeto de comentario se reitera en su jurisprudencia, ya indicada, en torno a la pensión de viudedad, en clara contradicción con lo antes indicado. Enjuiciando desde esa perspectiva la cuestión de un matrimonio celebrado conforme a los «usos y costumbres gitanos» y partiendo de una doble consideración. A saber:

- «Que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia».
- «Que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio».

Concluye lo siguiente:

<sup>27</sup> Voto particular formulado por el Magistrado Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

<sup>28</sup> Voto particular formulado por el Magistrado Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez que concluye afirmando lo siguiente: «Los gitanos españoles constituyen un grupo étnico formado por más de medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años. El legislador español se refería ya a la familia gitana como un mero hecho en la Pragmática de Medina del Campo del año 1499 (Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación), bastantes siglos antes de que apareciese en nuestro ordenamiento jurídico "la forma de acceso civil al vínculo matrimonial" de escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial». (No obstante) «No basta, (...), la "escrupulosa neutralidad" de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, (...), pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación -dice- de una pareja de hecho o de una convivencia *more uxorio*». Es deseable, continúa afirmando en su voto particular aquel Magistrado disidente del parecer de la mayoría «que la intervención del legislador respecto de estas parejas pueda cubrir en un futuro próximo la situación de la recurrente, pero su queja era, y es, muy distinta: La de obtener protección y respeto para su identidad cultural, sin que existan en el caso problemas de consentimiento, dignidad femenina o prueba que pudieran ser cuestionados desde la perspectiva de(l) (...) orden público constitucional (...) se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art. 14 de la Constitución Española), en cuanto dicha prohibición protege la situación de la minoría gitana, si se trae a colación el artículo 14 en relación con el artículo 12 del CEDH, como resulta obligado por el juego del artículo 10.2 de la Constitución Española (cfr., aun con fallo desestimatorio, la STEDH Buckley v. United Kingdom, de 25 de septiembre de 1996, y su consideración de la aplicabilidad de los arts. 8.º y 14 del CEDH a la etnia gitana). La sentencia de la mayoría concluye sugiriendo una intervención del legislador para que las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos pudieran tener efectos civiles matrimoniales». Concluyendo aquel Magistrado que «la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para que otorgásemos el amparo que reclamaba (...). Y es que resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña (...), y a su familia gitana al otorgarle 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 (STJCE Becker, asunto 8/81)».



Que no puede cuestionarse «la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico y, singularmente, la relacionada con la etnia gitana, ya que el ordenamiento jurídico no solo 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».

No puede, a juicio del TC, traerse a colación en el caso de autos «el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, (para aplicarlo) a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos». De tal modo que «la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, (no implica) directa o indirectamente, (...) discriminación étnica».

Justifica el TC esas afirmaciones, sorprendentemente e incidiendo en cierta contradicción, en que «siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada (...), tienen su fundamento en consideraciones étnicas». Pero al propio tiempo también se cuida de señalar que «no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la etnia gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuenta con reconocimiento legal».

Tomando la sentencia objeto de comentario, a modo de premisas en un no irreprochable silogismo, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica, concluye lo siguiente:

- «No cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales».
- Ni «cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación (de viudedad) por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente».

En efecto, insistiendo la sentencia objeto de comentario en que «debe descartarse la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales, ya que, por las razones antes expuestas, ninguna vulneración del artículo 14 de la Constitución Española desde esta concreta perspectiva se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial», insiste en que «del mismo modo, tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente

conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*».

Continúa la meritada resolución del TC razonando sobre si debiera traerse a colación lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto efectúa el TC la siguiente apreciación, que por su interés merece ser destacada:

«Resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución Española la «discriminación por indiferenciación», al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual».

Cuestión distinta, precisa el mismo Tribunal en la sentencia objeto de comentario, «es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.º 2 de la Constitución Española, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su artículo 1.º 4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del artículo 14 de la Constitución Española».

A modo de resumen de toda su anterior argumentación, concluye el TC que «la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada (...) de que solo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino (...) una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana».

## V. CONCLUSIÓN

La sentencia del TC de 16 de abril de 2007, objeto de comentario, dictada en autos del recurso de amparo número 7084-2992, pone de manifiesto la insuficiencia de su doctrina según la cual «no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia», por su radical inadecuación a los tiempos que nos ha tocado vivir y porque, a la postre, puede implicar una discriminación por razones étnicas, de odiosa memoria y tan denostada, según la propia jurisprudencia constitucional.