

PERO ¿NO ESTUVE CASADA?
(Asuntos *Serife Yigit c. Turquía y Muñoz, Díaz*
***c. España*, sentencias del Tribunal Europeo**
de Derechos Humanos, 20.I.2009, 8.XII.2009
y 2.XI.2010)

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO
Catedrático Emérito de Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DEL ESTADO ANTE LAS RELACIONES SENTIMENTALES.—II. LOS ASUNTOS ABORDADOS POR LAS SENTENCIAS: LA SITUACIÓN DE AMBAS RECURRENTES.—III. RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL EN EL SUPUESTO DE SERIFE YIGIT. LAS RELACIONES ENTRE EL MATRIMONIO CIVIL Y EL MATRIMONIO RELIGIOSO EN TURQUÍA. LAS DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO. EL PAPEL DE LA LEY COMO LEGÍTIMA CORRECTORA DE TRADICIONALES DISFUNCIONES.—IV. OPCIONES MATRIMONIALES EN ESPAÑA.—V. LA PRETENSIÓN DE LEGALIZACIÓN AUTOMÁTICA DEL MATRIMONIO GITANO.—VI. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A OBTENER LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SEGÚN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. APARIENCIAS QUE PUEDEN RESULTAR EQUÍVOCAS: DIFERENTE SIGNIFICADO ACTUAL DEL LIBRO DE FAMILIA, DEL TÍTULO DE FAMILIA NUMEROSA O DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS.—VII. CONCLUSIÓN: LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DEL DIFERENTE SENTIDO DADO A AMBAS SENTENCIAS.

RESUMEN

El Estado atribuye determinados efectos jurídicos, como la posibilidad de causar la pensión de viudedad, al matrimonio celebrado cumpliendo sus exigencias, pero no a los que no las respetan. El matrimonio gitano no tiene reconocimiento oficial en España. Algo diferente es la protección de la familia, en cuyo caso sí se producen efectos jurídicos aun en ausencia de un matrimonio legalmente reconocido. Dos interesantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrentan con esta problemática.

Palabras clave: familia; matrimonio; matrimonio gitano; matrimonio religioso; pensión de viudedad; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

Two sentences of the European Court of Human Rights deal with the marriage and its consequences in the eyes of the law. Only is it possible to achieve a widow's pension after a legal marriage.

Key words: family; marriage; gypsy marriage; church wedding; widow's pension; European Court of Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DEL ESTADO ANTE LAS RELACIONES SENTIMENTALES

1. Ofrezco ahora la que por el momento sería última entrega de un conjunto de reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal Europeo, el Tribunal o, simplemente, TEDH), que se organizan bajo el título genérico de «Las relaciones sentimentales y sus efectos jurídicos», incluyendo supuestos bastante diversos, pero con el elemento común de intentar destacar lo mucho que interesa la respuesta institucional en todos esos casos tan diferentes de relaciones sentimentales. ¿Habrá un *dominus* llamado a determinar los *efectos jurídicos* —con la importante secuela de incidencia sobre otras personas—, o jugará automáticamente la respuesta social, libre, sin conceder trascendencia a consecuencias y efectos? Si expuestos en bien variadas ocasiones unos y otros supuestos —cursos de doctorado, seminarios, jornadas, etc.—, por primera vez ve la luz ahora una de esas reflexiones que un día me gustaría publicar conjuntamente¹. Se va a tratar, en efecto, de dos asuntos similares, del mayor interés, aunque patéticos, muy próximos en el tiempo, aunque provenientes de países de bien diferentes historia y cultura, y geográficamente alejados, que afectaron a dos mujeres —una turca, española la otra—, al cabo de una prolongada experiencia de convivencia marital. El interés de los casos hizo que tuvieran gran impacto en la opinión pública, lo que se reflejó en la atención periodística, sobre todo el segundo supuesto, con una gran movilización además de la minoría gitana, que vería reflejados sus problemas en el caso. En puridad, hubo tres sentencias, dado que sobre el primer asunto tras la sentencia de Sala se pronunciaría la Gran Sala. En el segundo caso participó como *amicus curiae* la Unión Romaní, no sólo presentando alegaciones, sino incluso llegando a intervenir en la vista oral, que resultó muy concurrida, además de la recurrente, el presidente de dicha Unión, el español Juan de Dios Ramírez Heredia. Entiendo que el caso se sacó de contexto, dado que un asunto bastante simple se quiso utilizar para otros fines, presente esa figura tan típica del panorama político español, auténtica seña de identidad, podríamos decir, que tan bien han explotado los políticos que se denominan independentistas, pero que

¹ En concreto, el presente trabajo es la versión escrita de lo que fue una conferencia pronunciada en diversos foros a lo largo de 2011 y 2012, como en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (21 de noviembre), como ponencia de apertura en el «Seminario García de Enterría» de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (19 de octubre), así como en Jornada celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (1 de marzo de 2012).

desde ellos se ha propagado a la sociedad entera, y que conocemos con el nombre de *victimismo*. Con la secuela de posponer el discurso racional para sustituirlo por argumentos sentimentales, inherentes a tal pose, carentes del ausplicable rigor. Es decir, en ausencia de argumentos objetivos, ya se encargará el victimismo de aportar otras razones que sirvan de relleno. En este sentido, entiendo que el Tribunal Europeo se dejó llevar por las apariencias y no estuvo a la altura que hubiera sido de esperar. Siendo de destacar, asimismo, el interés que el asunto ha suscitado en los estudiosos². Se trata, en concreto, de las sentencias *Serife Yigit c. Turquía I*, 20.I.2009; *Serife Yigit c. Turquía II*, 2.VI.2010, y *Muñoz Díaz c. España*, 8.XII.2009³.

Me interesa analizar y enjuiciar los supuestos, valorar los razonamientos jurídicos que se decantaron, así como las soluciones alcanzadas —diversas, aunque en el fondo el problema era similar—, desde la metodología de ver cómo concurre el Tribunal Europeo a ir afianzando soluciones jurídicas que sean coherentes con la salvaguarda de los derechos fundamentales. Pero me interesa también de manera prominente ponderar el papel del Estado en este rico y vivo sector de la actividad social. Por lo que antes de analizar los casos interesará decir algo acerca del papel del Estado a propósito de las relaciones sentimentales. Justificar en qué medida tiene el Estado algo que decir en relación con la actuación de los individuos.

2. Estamos ante un panorama que ha cambiado radicalmente en los últimos años, de forma que, en muy poco tiempo, superando hábitos históricos arraigados, se ha producido la normalización de una amplia respuesta de los individuos en libertad. De ser el sexo y, en general, la vida sentimental, un gran tabú, rodeado de todo tipo de respuestas sociales represivas, se ha pasado a normalizar muy variadas fór-

² Citaré, por todos, tres trabajos indicativos referentes al asunto español. Cuando apareció la correspondiente sentencia del Tribunal Constitucional, el profesor Rodrigo BERCOVITZ le dedicó un preciso y riguroso comentario, muy acertado, bajo el indicativo título de «Dura lex sed lex», *Aranzadi Civil. Tribuna*, 2007. Al poco de producirse la sentencia de Estrasburgo, el profesor Fernando REY MARTÍNEZ, de la Universidad de Valladolid, escribió un comentario muy encomiástico —lamentando incluso que el Tribunal Europeo no hubiera ido más lejos—: «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz v. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?». Por su parte, la profesora sevillana Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO publicó un trabajo muy documentado y clarificador, en el que recoge también abundante bibliografía: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, vol. 2, 2010, págs. 127-146. Hay también una versión reducida del mismo en inglés: «Roma marriage and the European Convention on Human Rights: European Court Judgement in the “Muñoz Díaz v. Spain” case», *European Journal of Social Security*, 2010/12 (1), págs. 74-84.

³ Dado que la versión oficial de las sentencias está en francés, los fragmentos que ofrezca serán traducción propia.

mulas de relaciones sentimentales⁴, que a nadie escandalizan ni provocan el comentario insidioso de las comadres o de los cotillas. Gran cambio, así, en las conductas, pero también en la reacción social ante ellas. Aunque es verdad que el lugar de las comadres pasarán a ocuparlo, en algunos casos, unos cuantos periodistas recalcitrantes si estiman que, por la nombradía de las personas afectadas, lo que son hoy anodinos hechos cotidianos pueden «convertirse en noticia», es decir, suficientemente adobados con morbo, pueden atraer audiencia y así aumentar la rentabilidad del medio para el que trabajan.

De subrayar, por eso, el amplio espacio de indiferencia que se ha establecido, siendo un dato a destacar cómo se «adelgazó» el Código penal, pudiendo recordarse, a modo de ejemplo, la supresión del delito de adulterio, como una consecuencia de los «Pactos de la Moncloa», en el brillante periodo de la «transición política».

Pero unas y otras modalidades de relaciones sentimentales no siempre se agotan en sí mismas, sino que a veces generan una cascada de consecuencias. Y es que sucede que lo que se estima ser cosa de dos, con todo el entusiasmo que momentáneamente pueda suscitar, acaso resulte más complejo cuando hacen su aparición en escena otros personajes. Es así cómo dentro del tono de permisividad de conductas, va a hacerse presente el papel que el Estado debe jugar, papel que la experiencia y el sentido común van a exigir sea de relevancia. Papel del Estado que

⁴ Cuando doy los últimos toques para cerrar la redacción del presente trabajo, la prensa sorprende con una noticia impresionante que, a pesar de su horror, conviene retener para formarse idea cabal del mundo en que vivimos y para hacer lo posible por defender nuestros valores. Titular de prensa del 31.VII.2012: «Los islamistas lapidan en Malí a una pareja que no estaba casada». En efecto, el hombre y la mujer, que vivían juntos, tenían dos hijos incluso, pero que no estaban casados legalmente, fueron lapidados hasta la muerte, en Aguelnok, por los nuevos responsables islamistas que gobiernan la parte norte de Malí. Los mismos islamistas que sancionan con latigazos, aparte de a las parejas ilegítimas, a los fumadores y a quienes consumen alcohol.

Lo que me lleva a recordar algo sobre lo que vengo insistiendo al destacar el importante *espacio de justicia y libertad* que viene constituyendo la Unión Europea. Y es que, sin desconocer otras preocupaciones menesterosas, me gusta hablar de «la Europa de los derechos humanos», un patrimonio valiosísimo que entre todos debemos proteger y propagar. Incidiendo en dicha dirección, en uno de mis trabajos más recientes escribía a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «la más moderna declaración de derechos, la Carta, es, sin ninguna duda, aparte de otras cosas, un símbolo preclaro de Europa, un testimonio neto del sistema de valores que la Unión Europea viene profesando desde sus orígenes y que los europeos deberían honrarse en propagar». Y concluía dicho trabajo con las siguientes palabras: «La Carta tiene un gran papel que jugar, por de pronto en el ámbito de la Unión Europea pero, a su vez, como símbolo preclaro de un espacio de justicia y libertad, habría que esforzarse por darla a conocer allí donde pueda ser semilla de modernidad. En el mismo sentido, y sin falta, deberían esforzarse tanto las autoridades europeas como las de los Estados por intentar afianzar el principio de reciprocidad, cuando alguno de los derechos proclamados en la Carta sea desconocido por los países con los que se establecen relaciones de intensidad». Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «El sistema europeo de derechos fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2012.

consideramos alentado por una tónica de modernidad y de funcionalidad, en no pocas ocasiones, en contraste o roce con planteamientos sociales de arraigo tradicional, a veces amparados en hábitos religiosos. Por ejemplo, en la fórmula paradigmática y, de hecho, más extendida de relación, el matrimonio tradicional, ha importado muy mucho conseguir que se afianzara la igualdad entre el varón y la mujer, tanto en el curso normal de la vida matrimonial pero también para el supuesto de fracaso del matrimonio. Presentes siempre los aspectos patrimoniales pero, de manera relevante, la situación de los hijos, el fruto normal de la relación matrimonial (o extramatrimonial), siempre la parte más menesterosa y delicada. Pero hay muchas otras cuestiones, de gran significado, que interesan.

De ahí que resulte normal que se establezcan unos criterios claros y de conocimiento general para que todo el mundo pueda saber a qué atenerse. Lo que hará que aparezca el importante papel del Estado marcando con sus reglas el terreno de juego y delimitando con nitidez qué efectos jurídicos hayan de producirse en unas y otras situaciones. De ahí la responsabilidad de los «actores», que habrán de ser conscientes de las secuelas que hayan de derivarse —o no— de su conducta, efectos que será normal que incidan sobre terceras personas. De otro lado, y en ello quiero insistir especialmente, el panorama va a demandar una inequívoca presencia del Estado, como organizador y garante de los valores y bienes jurídicos que están en cuestión, para lo que cuenta de manera señalada con su respuesta normativa.

3. Hay que resaltar, sin falta, los denonados esfuerzos en pro de la igualdad de ambos cónyuges en relación con el matrimonio, lo mismo que cabe hablar de la protección de la persona más débil en las diversas modalidades de relación. A veces será preciso insistir en la proclamación y protección de unos efectos, sin duda normales y legítimos, que acaso encuentren resistencia en el seno de sectores de la sociedad. A destacar, del mismo modo, el imprescindible cometido de la protección de la infancia y la juventud, desde los planteamientos tradicionales, pero teniendo en cuenta también las oportunidades que deparan los medios informáticos. No poco es lo que se ha hablado últimamente, así, del tema de la pedofilia y de los usos abusivos de internet⁵.

⁵ La sentencia del Tribunal Europeo *K. U. c. Finlandia*, 2.XII.2008, es bien expresiva al explicar lo que pueden significar las agresiones sexuales a los niños a través de internet. En el caso, la «Fundación de Derechos Humanos de Helsinki» le había solicitado al Tribunal que definiera cuáles son las obligaciones positivas de los Estados en relación con internet. El Tribunal asume el reto y pormenoriza, en efecto, un interesante conjunto de medidas que deberían regir el panorama. La sentencia describe lo difícil que ha sido reaccionar inicialmente, pero concluye que la defensa de la intimidad (art. 8 CEDH) hace necesario que los Es-

Si las opciones y modalidades sentimentales se han multiplicado de forma sustanciosa, si la libertad sexual ha adquirido una prescancia inequívoca, también dicha libertad requiere ser protegida, pues no se puede desconocer que junto a las situaciones de normalidad y de mutua aceptación aparecen a veces casos en los que están presentes la violencia y la fuerza, en bien variada intensidad, así como el engaño o cualquier modalidad de abuso. Página aparte merece el complejo y nunca resuelto problema de la «trata de blancas», así como las modernas modalidades de abuso y explotación de prostitutas.

4. El positivo reconocimiento de la amplia variedad de modalidades de relaciones sentimentales no impide tener en cuenta, desde otra perspectiva, el relevante papel que hoy se ha querido atribuir al matrimonio y a la familia, considerados como valores dignos de la mayor consideración, lo que, obviamente, reclamará la cuidadosa atención del Estado. Resulta inequívoco, como punto de partida, el pronunciamiento de las declaraciones de derechos más cualificadas, así como de la Constitución. Comenzando por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (citado en adelante como el Convenio Europeo, el Convenio de Roma, el Convenio o, simplemente, CEDH), al enumerar los más destacados derechos y libertades, se halla en él precepto tan notable como el artículo 12, en el que, bajo el rótulo «Derecho a contraer matrimonio», se proclama: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». El sistema sería completado por el Protocolo

tados adopten medidas positivas para defenderla, entre las cuales se impone criminalizar una serie de conductas llevándolas al Código penal.

En el caso se trataba de una agresión sexual a un menor a través de internet. La sentencia se pronunciará tajantemente: «Para el Tribunal, los Estados tienen una obligación positiva inherente al artículo 8 del Convenio de criminalizar las ofensas contra la persona, incluyendo cualquier intento, y de reforzar los efectos disuasorios de la criminalización a través de investigaciones y persecuciones efectivas. Donde resulte amenazado el bienestar físico o moral de un niño, tal injerencia asume incluso mayor importancia. En este contexto, el Tribunal recalca que los abusos sexuales constituyen, incuestionablemente, una aborrecible fechoría, con efectos bien negativos para las víctimas. Los niños y otros sujetos vulnerables tienen derecho a la protección del Estado, de forma que se produzca una efectiva disuasión sobre tan graves supuestos de injerencia que puedan incidir sobre aspectos decisivos de su vida privada» (p. 46). En el momento de los hechos no estaba previsto que el servidor identificara a quién había enviado el mensaje, cuando se intentaba actuar penalmente contra él, pues prevalecía el criterio de que había que favorecer la libertad de expresión. Luego, Finlandia actualizaría su legislación, en la línea indicada, como describe la sentencia, lo que no impidió que fuera condenada por no haber mostrado la debida diligencia en la protección de la intimidad.

núm. 7, hecho en Estrasburgo en 1984 —y que España ratificó en 2009—, cuyo artículo 5 asegura la «Igualdad de los esposos», en estos términos: «Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en su relación con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. Este artículo no impedirá que los Estados tomen las medidas necesarias en beneficio de los hijos»⁶. La regla del artículo 12 del Convenio es seguida muy de cerca, aunque con algunos matices para dejar la puerta abierta a modernas aspiraciones, por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —hoy vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa—, que en el artículo 9 consagra el «Derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia», afirmando: «Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulan su ejercicio»⁷. El propio texto pone énfasis, sobre todo desde una perspectiva laboral, cuando el artículo 33.1 prescribe: «Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social», precepto que proviene de la Carta Social Europea (Turín, 1961)⁸, y, en esta línea, el apartado dos protege especialmente la maternidad de las trabajadoras.

Abundando en la misma línea de enfatizar los valores señalados, la Constitución española (en adelante, CE) aborda también de manera directa la protección de ambos. En cuanto al matrimonio, el precepto de referencia es el artículo 32⁹, cuyos dos párrafos contemplan de forma separada los más importantes aspectos: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para

⁶ Sobre el sistema matrimonial según el Convenio Europeo, véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «El derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», separata de *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 87, 2010, págs. 505 y ss.

⁷ Es decir, ya no se habla del «hombre y la mujer», para dejar la puerta abierta a los Estados que quieran normalizar la relación homosexual desde la opción del matrimonio. En efecto, en las «Explicaciones» que acompañan a la Carta, y a las que se ha dotado de fuerza interpretativa —me remito a mi trabajo «El sistema europeo de derechos fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2012—, se puntualiza: «La redacción de este precepto se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a las del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo».

⁸ En cuya Parte I, como punto 16, se dispone: «La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo». Recalcaré la caracterización de la familia «como célula fundamental de la sociedad».

⁹ Debo advertir que el precepto, si está en el capítulo segundo del título primero, no está en el grupo de la sección primera, sino en el de la sección segunda, lo que incide sobre sus efectos jurídicos, como luego se dirá.

contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»¹⁰.

El constituyente de 1978 apostó igualmente, con decisión, por la protección de la familia, al proclamar en el artículo 39.1 que: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»¹¹, donde, como se advertirá, se sigue igualmente la impronta de la Carta Social Europea. Lo que sucede es que, además de la «protección» de la familia, se protege algo más, con una especialidad que habrá que considerar al debatir el supuesto más adelante. En efecto, el artículo 39.2 dispone, entre otras cosas: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». Será oportuno tomar nota de esta «protección integral» de los hijos y de las madres, sobre lo que más adelante se volverá, si bien ahora hay que insistir todavía en lo referente al matrimonio y a la familia.

Hay que destacar, en conclusión, el decidido reconocimiento constitucional de ambos valores, también proclamados, como se dijo, por el Convenio Europeo. De esta manera, el Estado queda comprometido a dedicar la atención necesaria al empeño, adoptando el oportuno conjunto de medidas necesarias, que pueden ser tan variadas como la preparación de planes y fórmulas jurídicas favorecedoras, dentro del conjunto de medios de fomento, donde caben, sin duda, la ayudas fiscales y económicas¹². Contando con que el Estado aparece dotado de un amplio margen de discrecionalidad, en consideración a las circunstancias y necesidades, la situación económica o las políticas que se haya comprometido a sacar adelante cada Gobierno, si bien lo que in-

¹⁰ Muy sugerentes, y que con gusto se suscriben, las afirmaciones con que José Luis MOREU BALLONGA, «La defensa del matrimonio por el joven profesor José Castán Tobeñas y el nacionalcatolicismo», en el volumen colectivo *Derechos fundamentales y otros estudios*, II, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pág. 1737, recogiendo sendas afirmaciones de CASTÁN TOBEÑAS —no obstante su postura en parte crítica—, cierra su trabajo: la primera sería la de que el matrimonio «no es una institución anacrónica. Y la segunda la de que habría que enseñar a la gente a casarse bien mejor que a divorciarse».

¹¹ El precepto se sitúa en el capítulo tercero del título primero, referente a los principios rectores de la política social y económica. Lo que significa que, de hecho, el constituyente español quiso establecer una graduación: el derecho al matrimonio no está en el escalón máximo de los derechos fundamentales, sino, por así decir, en el segundo nivel —«de los derechos y deberes de los ciudadanos», de la sección segunda, como se dijo—, del mismo modo que la protección de la familia se coloca en un escalón inferior, con las especialidades de los «principios rectores».

¹² Sobre las previsiones financieras y presupuestarias para la efectiva realidad de los derechos fundamentales, véase mi trabajo, de título bien expresivo, «Derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones», incluido ahora como capítulo primero de mi libro *Los derechos fundamentales y la Constitución*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 60 y ss.

teresa destacar ahora sea ese compromiso constitucional de apoyo a destacados valores sociales.

5. Dicho lo cual, y por volver al punto que antes señalaba, con vendrá fijarse en la relevancia que se otorga a *la ley* de cada uno de los Estados, cuando el artículo 12 CEDH proclama el derecho a casarse y a fundar una familia. Tal criterio contrasta con la que es pauta habitual del Convenio, al ocuparse en los preceptos anteriores de las libertades —de expresión, de reunión y asociación, o la libertad de conciencia y de religión—, y es que en relación con las tradicionales libertades públicas hay una vocación de complitud y de generalidad, de acuerdo con el genuino criterio del iusnaturalismo, según el cual se trataría de derechos «naturales» que la declaración correspondiente —o la Constitución— no hace sino transcribir, pero en absoluto otorgar. Y no necesitan ninguna intermediación de la ley, que incluso puede contemplarse con recelo¹³. En el derecho al matrimonio la estructura es, en cambio, bien diferente, pues la ley va a disponer de un amplio ámbito de decisión: cada Estado se guiará por diversos tipos de razones, como las históricas, económicas y culturales. Otra cosa es que estas últimas sean ahora compatibles con las exigencias del CEDH. Pero la ley puede resultar una excelente colaboradora con el Convenio en relación con planteamientos tradicionales que hoy ya no se justifiquen. Volvamos al artículo 32 de la Constitución española: cuando encarga que la ley regule la edad y capacidad y las demás circunstancias, ¿a partir de qué momento de la vida se reconocerán efectos jurídicos a las uniones?; desde otra perspectiva temporal: ¿se admite la disolución del vínculo y en qué circunstancias? ¿Sólo separación o, incluso, disolución? ¿Y qué efectos jurídicos?; muy importantes los derechos y deberes de ambos miembros de la pareja, desde la idea, que recalca el 31.1, de la plena igualdad de los cónyuges, que no era, por cierto, el planteamiento tradicional, que ha debido requerir de ingentes esfuerzos para su normalización; incluso, el tema de los protagonistas: ¿será matrimonio la unión entre un hombre y una mujer, como indica el artículo 32.1 —en la misma línea que el artículo 12 CEDH—, o le caben al legislador otras alternativas, como ha determinado la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código civil, al normalizar el «matrimonio homosexual»¹⁴?

¹³ Sin perjuicio de que en relación con estas libertades, según se especifica en el apartado segundo del correspondiente precepto regulador del Convenio, la ley pueda establecer para supuestos cualificados determinadas restricciones o injerencias. Lo que quiero resaltar es que el papel de la ley es bien diferente en unos u otros casos.

¹⁴ De entre la abundante bibliografía surgida sobre el tema pueden verse, por todos, Franck MODERNE, «Algunas observaciones sobre la constitucionalidad de la ley española de 1 de julio de 2005, relativa al matrimonio homosexual», en *Derechos fundamentales y otros es-*

A partir de ahí cabe enlazar no pocos interrogantes, cada uno con su sustancia: ¿encaja admitir y reconocer efectos jurídicos a la poligamia? O el tema del incesto: ¿cabe dar la condición de matrimonio a dos hermanos que lo pretendan? Desde otra perspectiva: ¿se admitirá que los padres pretendan casar a su hija niña sin contar con ella? Otro interrogante, por último, que, como se verá más adelante, no es intrascendente: ¿sería tolerable la cláusula que exigiera para acceder al matrimonio que la mujer acredite su virginidad?

En suma, muy amplio espacio para la ley, en la que va a corresponder al Parlamento un vasto espacio de determinación, con tal de que asegure la vigencia efectiva de los valores constitucionales —igualdad de los esposos, libertad en la elección y el compromiso, no discriminación en cuanto a los bienes del matrimonio, etc.—, y del mismo modo para erradicar fórmulas tradicionales incompatibles, que tan extendidas estaban por doquier. Hay que poner énfasis, en efecto, en el importante papel racionalizador que está llamado a desempeñar el Estado a través de la ley, frente a prácticas sociales o tradicionales incompatibles con las exigencias de nuestro tiempo. Aparece así el genuino papel de la ley como defensora de la igualdad y de la libertad, es decir, su función liberadora y de proyección de los derechos. Dentro de ese amplio margen de opciones, el legislador es libre —¡cómo no!— de establecer para el matrimonio una fórmula institucional obligatoria, abierta necesariamente a todos los que opten por casarse, que en nuestro sistema se designa con el nombre de «matrimonio civil» —para diferenciarlo de la variante histórica del «matrimonio religioso»—, limitando a ella la producción de efectos jurídicos, aun desde la constancia de que socialmente puedan existir otras variantes de matrimonio. Sabido es cómo, en el caso de España, si el Estado es el garante genuino del matrimonio civil, el propio Estado reconoce plenitud de efectos jurídicos a determinados matrimonios religiosos. Mas tal generalización de efectos no es ni indiscriminada ni genérica o automática, sino que se produce sólo caso por caso y a partir de una decisión expresa, como más adelante se concretará. Lo que no impide, por decirlo con toda claridad, que puedan existir en la sociedad española otras fórmulas de matrimonio a las que, empero, el Estado no reconozca efectos jurídicos.

tudios, II, cit., págs. 1681 y ss., y José Luis MOREU BALLONGA, «La defensa del matrimonio...», cit., págs. 1734 y ss. Recuérdese que el problema ha sido resuelto recientemente, al avalar el Pleno del Tribunal Constitucional, el 6 de noviembre de 2012, el matrimonio homosexual.

II. LOS ASUNTOS ABORDADOS POR LAS SENTENCIAS: LA SITUACIÓN DE AMBAS RECURRENTE

6. Podemos así acercarnos a los dos supuestos concretos que han sido objeto de la atención jurisprudencial. Comencemos por el asunto más antiguo, el referente a Turquía (abordado inicialmente, como se recordó, por la sentencia *Serife Yigit I*, 20.VII.2009). En Turquía está admitido el matrimonio religioso, que practican con normalidad los musulmanes, si bien resulta obligatorio contraer antes matrimonio civil. En tal sentido se manifiesta la tensión social, tan presente en el país, entre las aspiraciones de la regulación de un Estado que considera la laicidad como principio constitucional básico —con exigencias y fórmulas que critican no pocos fundamentalistas¹⁵— y el islamismo, de tradicional arraigo en buena parte de la sociedad turca. Los imanes han recibido instrucciones precisas para que no celebren el matrimonio religioso antes que el civil, siendo tajantes y severos los preceptos correspondientes del Código civil y del Código penal (que se ofrecen en la sentencia). Según aquél —art. 143—, una vez celebrado el matrimonio [civil], el funcionario entrega a los cónyuges el libro de familia, que se debe exigir para la celebración del matrimonio religioso, advirtiéndose expresamente que la validez del matrimonio queda rigurosamente desenganchada de la celebración del matrimonio religioso. El Código penal, por su parte —art. 230.6—, sanciona a cualquiera que celebre un matrimonio religioso sin haber comprobado que se hubiera celebrado previamente el matrimonio [civil].

En este panorama se desarrolla el patético caso de Serife Yigit, que convivió con su marido veintiséis años, hasta la muerte de éste..., pero no habían contraído matrimonio civil, sino sólo el religioso. De la unión nacieron seis hijos. Los cinco mayores habían sido inscritos en el Registro de Estado Civil como hijos de su padre, pero no así el más joven, que era una niña. Tras la muerte del marido, Serife Yigit afirma que se habían casado conforme a los usos y costumbres, y que se preparaban para celebrar el matrimonio civil. Intenta por eso —concluyendo sus gestiones ante los tribunales— que se reconozca su matrimonio, que se

¹⁵ Recuérdense, por ejemplo, el testimonio que se ofrece en la sentencia *Gündüz c. Turquía*, 4.XI.2003, en la que se describe cómo el recurrente, en medio de una serie de improperios contra el sistema oficial establecido en Turquía tras la instauración de la República, llega a descalificar la institución del matrimonio civil, afirmando que los niños nacidos de tal unión serían «hijos de puta». He comentado dicha sentencia —en la que el Tribunal Europeo entendería que había que respetar la libertad de expresión frente a la sanción que habían impuesto las autoridades turcas— en mi trabajo «Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 36, 2007, pág. 603.

le otorgue la correspondiente pensión de viudedad, así como el derecho a la prestación sanitaria —de la que sí disfrutaban los hijos—, y que se inscriba a la niña como hija del difunto marido. Los tribunales, de forma muy escueta, aplican rigurosamente la legalidad, aceptan la inscripción de la niña, pero niegan los pretendidos derechos de la viuda al no poder reconocer su matrimonio el ordenamiento jurídico. Ante la negativa se plantea el recurso al TEDH, alegando que el rechazo al reconocimiento de su pretensión a la asistencia sanitaria y a la pensión de viudedad habría desconocido su derecho a la «vida familiar», tal como lo garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo.

7. Meses después, ese mismo año, depara la jurisprudencia un supuesto del todo similar, salvadas algunas diferencias obvias, con la particularidad de que el asunto se refiere a España, y en el caso se habría celebrado un matrimonio gitano, que no goza de reconocimiento jurídico en el ordenamiento jurídico español. Así es la jurisprudencia del Tribunal Europeo, ofreciendo siempre casos extremos, al margen de las situaciones normales y habituales. ¡La de parejas musulmanas que pasarán en Turquía por las oficinas del Estado para afianzar su situación conforme a la ley —que no impide que luego celebren su matrimonio religioso— y va a tocarle la china a Serife Yigit, que se había mantenido al margen de la legalidad! Lo mismo puede decirse del caso español: ¡la normalidad con que tantas parejas gitanas afianzan su situación celebrando el matrimonio al que se anudan efectos legales —ya sea el civil o el religioso, y este último con varias alternativas, como enseguida se expondrá: católico, evangélico, etc.— y va a tocarle la desgracia a quien no tenía legalizada su situación! Se trata, en efecto, del asunto *Muñoz Díaz c. España*, 8.XII.2009. Los datos fácticos son muy parecidos a los del anterior supuesto. Tras veintinueve años de convivencia muere el marido, M. D., dejando a la viuda —también— con seis hijos. Ella tenía quince años cuando contrajo el matrimonio gitano, que, con bien escasas formalidades, se celebra según los hábitos de su comunidad. Una opción que, como se dijo, si tolerada, no disfruta en España de reconocimiento legal. A la muerte del marido solicita la pensión de viudedad, que los servicios correspondientes rechazan alegando que no se trataba de una «esposa» según el Derecho español. Ante el fracaso de las reclamaciones judiciales se acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso de la española, el recurso se apoya no en el «derecho a la vida familiar», del artículo 8, sino en la consideración conjunta del artículo 14 CEDH —no discriminación— con el derecho al respeto de los bienes; en suma, el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1), en la idea de que en él tiene encaje

el cobro de la pensión, así como en el artículo 12 del Convenio, que garantiza el derecho al matrimonio.

III. RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL EN EL SUPUESTO DE SERIFE YIGIT. LAS RELACIONES ENTRE EL MATRIMONIO CIVIL Y EL MATRIMONIO RELIGIOSO EN TURQUÍA. LAS DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO. EL PAPEL DE LA LEY COMO LEGÍTIMA CORRECTORA DE TRADICIONALES DISFUNCIONES

8. Como no podía ser menos, al enfrentarse con los casos el Tribunal Europeo entra de lleno en el problema que nos interesa de la posición del Estado ante la opción de atribuir efectos jurídicos a determinadas modalidades de convivencia. O, dicho en otros términos, para estatuir qué fórmulas matrimoniales se reconocen, y con qué efectos. Paso así a reflejar la doctrina que decanta el Tribunal Europeo al abordar los dos casos. En el primer asunto, el referente a Turquía, dada la severidad del fallo, se admitió el recurso ante la Gran Sala, por lo que hubo una segunda sentencia, muy documentada, que aporta valiosos elementos al debate, y que introduce nuevas consideraciones de relieve, que serían ofrecidas conjuntamente con las de la primera sentencia. En ambas ocasiones se entró de lleno en la problemática que interesa, por lo que resulta valioso el testimonio de la jurisprudencia europea. Pero procedamos por partes, por lo que en primer lugar expondré cómo se plantea y resuelve el caso en la sentencia número uno. Después se tratará de la sentencia de la Gran Sala, recordando que cuando ésta se produce ya se había fallado —en dirección opuesta— el supuesto español, al que prestaré atención seguidamente. Recalco, con todo, que en *Serife Yigit* la postura del Tribunal resulta inequívoca al reconocer el profundo significado que se atribuye a la intervención estatal, incidiendo, si se parte del análisis conjunto de ambas sentencias, en una doble dirección, bien didáctica. Ante todo, aun constatando que en otros Estados se ha optado por fórmulas por así decir más aperturistas, para avalar la alternativa que ha seleccionado Turquía, con el consiguiente reconocimiento de su ámbito de libre determinación. Pero también, en segundo lugar, al recogerse las razones por las que la regulación del matrimonio oficial resulta más conveniente —más adaptada a las exigencias de nuestro tiempo— que la fórmula tradicional del matrimonio musulmán religioso. Con lo que aflora una consideración que hace pensar: con el peso y significado que pueda tener lo consuetudinario e histórico, en ocasiones la corriente tradicional arrastra criterios o soluciones incompatibles con las aspiraciones y exigencias de nuestro tiempo. Lo que reclama un proceso de depuración, muy radical en algunos casos.

En la sentencia número uno, al enfrentarse el Tribunal Europeo con el dilema de si el rechazo de la pretensión por los tribunales turcos implicaba violación de la vida familiar de la recurrente, sentará la siguiente doctrina, reconociendo que «en determinados países miembros del Consejo de Europa se afirma una tendencia social, que el propio legislador revalida, a la aceptación, incluso, al reconocimiento, junto a los vínculos tradicionales del matrimonio, de comunidades de vida estables al margen de él, tales como el concubinato o las uniones civiles [entre nosotros se ha generalizado la expresión de “parejas de hecho”; en la versión original de la sentencia en francés se utiliza la expresión *partenariat civil*]». Dicho lo cual, el Tribunal advierte que el Derecho turco no admite, fuera del matrimonio civil, una unión a la que la ley dé apoyo legal, consolidando una pareja de hecho que permita que dos personas del mismo sexo, o de sexo diferente, lleguen a tener derechos idénticos o similares a los de una pareja casada. A la vista del margen de apreciación de que disponen en este campo las Altas Partes del Convenio, el Tribunal no puede obligarles a que legislen. El caso es que, según el Derecho nacional en vigor, el matrimonio religioso celebrado por un imán no surte efectos ni ante terceros ni ante el Estado. Cualesquiera que sean los argumentos de la recurrente, más que la duración o el carácter solidario de la relación, el elemento determinante va a ser la existencia de un compromiso a la par que un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual. En ausencia de un acuerdo jurídico vinculante, no resulta carente de razón que el legislador turco conceda solamente protección al matrimonio civil. Recuerda así el Tribunal que ya ha tenido oportunidad de apreciar que el matrimonio se presenta como una institución ampliamente reconocida, como confiriendo un estatuto particular a los que con él se comprometen. De ahí que no quepa interpretar el artículo 8 en el sentido de que exija la instauración de un régimen especial para una categoría particular de parejas no casadas» (párrafo 29).

9. Valga un inciso, antes de comentar lo anterior, para recordar que la sentencia establece una precisión, retomando anterior doctrina jurisprudencial, que juzgo de interés para valorar los casos que estamos estudiando: el concepto de «vida familiar», en el sentido del artículo 8, incluye realidades bien diferentes; ante todo, la situación derivada del matrimonio legítimo, pero igualmente situaciones de hecho de cierta consistencia. «En efecto —se dirá—, la noción de “familia” no se limita únicamente a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede incluir otros vínculos “familiares” de hecho cuando la pareja cohabita al margen del matrimonio» (p. 25); para lo que pueden resultar úti-

les ciertos datos adicionales: «si la pareja vive junta, el tiempo de duración de la relación así como si hay hijos comunes» (p. 26)¹⁶. La precisión resulta elemental. Pero una vez asentada se mantiene la libertad del Estado para atribuir o no efectos jurídicos según los casos. Entra en juego, por tanto, el papel de la ley nacional, sobre el que se viene insistiendo. Es decir, en el ámbito interno, el Estado marca rigurosamente los requisitos del matrimonio, siempre que se respeten las exigencias del artículo 12 del Convenio (y ahora, además, las del artículo 5 del Protocolo núm. 7). Con lo que predetermina el conjunto de efectos jurídicos de la institución. Estaríamos, pues, en la órbita del matrimonio (art. 12, que se acaba de citar). Otra cosa bien distinta es que el Tribunal Europeo, a efectos del artículo 8 CEDH —con incidencia bien diferente, aunque no menos relevante—, interprete la expresión «vida familiar» en sentido amplio, incluyendo variadas modalidades de convivencia más allá de la matrimonial.

10. Volvamos ahora a las afirmaciones del Tribunal antes transcritas, en el sentido de revalidar la situación consagrada por el Derecho turco. Acaso suene duro, en cuanto a las consecuencias que implicará, pero el razonamiento no podía ser de otra manera, dada la expresa referencia —que antes se destacó— que hace el artículo 12 del Convenio a «la ley»: cada Estado perfila la institución matrimonial de acuerdo con sus características sociales, históricas, culturales y constitucionales, e incluso con las aspiraciones y pretensiones de la población, terreno en el que hay enorme diferencia entre los Estados que integran el Consejo de Europa. Incluso, por volver a la sentencia, en la continuación del razonamiento que se transcribió, el Tribunal incide en una nueva línea de interés, reflejo igualmente del ámbito de disposición del Estado. Se recalcará así: «En las circunstancias particulares del caso, el Tribunal considera que la diferencia de trato existente en materia de prestaciones de viudedad [*prestations de survivants*, en la expresión francesa de la sentencia] entre esposos y personas no casadas, persigue un fin legítimo y se apoya en una justificación objetiva y razonable, como es la protección de la familia tradicional basada en el vínculo tradicional» (p. 30). Lo que, por completar la secuela, lleva inmediatamente a la conclusión de que no puede apreciarse violación del artículo 8 que se alegaba (p. 31).

De gran importancia también este razonamiento. Cada ordenamiento, cada sistema jurídico, quiere primar unos valores con los que se siente especialmente comprometido, por lo que la ley opta, elige y favorece. Uno

¹⁶ Véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «El derecho a contraer matrimonio...», cit., pág. 509.

de los cuales puede ser, obviamente —lo veíamos también en el caso de España—, la protección del matrimonio, frente a otras alternativas que el Estado intenta que no se consideren equiparables. El Derecho turco opta decididamente por la protección del matrimonio y la familia tradicionales. Lo que justificará las aparentes diferencias de trato.

11. En definitiva, el Tribunal rechazó el recurso, apostando por una solución que, si justa y correcta, bien puede considerarse severa. Hubo división en el seno de la Sala, aprobándose el fallo por cuatro votos contra tres, firmando los tres jueces discrepantes un voto particular disidente. Entiendo que la dureza del fallo haya llevado a tres jueces a votar en contra. En este sentido, la juez belga que presidía la Sala, Françoise Tulkens, y los jueces Vladimiro Zagrebelsky (Italia) y Andrés Sajó (Hungría) redactaron un voto particular de escasa fuerza argumental, en mi modesta opinión. Se hacen eco de una de las alegaciones de la recurrente (p. 24) en el sentido de que se consagra una especial discriminación de la mujer, razón sin duda del mayor interés, pero que no parece tener encaje en la realidad del caso. Introducen también el argumento de que habría que haber tenido en cuenta la consideración del principio de no discriminación conjuntamente con la protección del derecho de propiedad (arts. 14 del Convenio y 1 del Protocolo núm. 1), que había surtido efectos en algunas sentencias anteriores sobre pensiones, que se citan, pero que no parece encajar en la estructura del supuesto. Aunque, curiosamente, el motivo ocuparía lugar central en el asunto *Muñoz Díaz c. España* y se utilizaría también en la segunda sentencia del caso *Serife Yigit*.

La primera sentencia se llevaría a la Gran Sala, como se indicó, dándose aplicación a las previsiones del artículo 43 CEDH. Y entre las dos sentencias aparecería la decisión del caso español, en la que el Tribunal fallaría dando la razón a la recurrente.

12. Pero antes de continuar convendrá formular unas cuantas precisiones. Lo extraordinario de la segunda opción jurisdiccional ante la Gran Sala y el propio significado del caso, con la severidad de la solución adoptada, la existencia de un sensible número de votos discrepantes, y el que en un supuesto aparentemente similar el Tribunal acabara por decantarse por la solución contraria, pueden explicar, creo, que la sentencia *Serife Yigit II* se mostrara muy cuidadosa en su documentación, para ayudar a acotar el contexto tanto del Derecho interno como en relación con los países del Consejo de Europa.

En lo que se refiere al derecho de la República de Turquía, se recuerda (pp. 36-40) que tradicionalmente, según el Derecho islámico, el

matrimonio religioso requería la presencia de dos testigos —en principio masculinos—, y que el rito, muy simple, implicaba el mero intercambio de consentimiento entre ambos contrayentes, sin que fuera necesaria la presencia del ministro religioso, el imán, ni la redacción de acta alguna, aunque luego, bajo el Imperio otomano, por una decisión de la autoridad religiosa sunita, la participación del imán se haría obligatoria. Siempre, como elemento necesario, la presencia de la dote. Siendo importante destacar que, en principio, la única forma de disolver el matrimonio era el repudio, acto unilateral del esposo. Cuando el esposo pronuncia la fórmula del repudio ante la mujer, repitiendo por tres veces la frase «Yo te repudio» —u otra similar—, se considera disuelto el vínculo matrimonial. La situación cambiaría radicalmente al advenimiento de la República, el 29 de octubre de 1923, al construirse la estructura constitucional de la misma en torno a la laicidad: fue abolido el Califato, se suprimió la disposición constitucional que establecía que el Islam era la religión oficial del Estado, adquiriendo rango constitucional el principio de laicidad. Y uno de los avances significativos del Código civil fue el de instituir en caso de matrimonio, como obligatorio, el civil monogámico, entre un hombre y una mujer, de necesaria celebración previa al matrimonio religioso. Por su parte, la Dirección de Asuntos Religiosos, que es quien nombra a los imanes, les impone la obligación de comprobar si se ha celebrado el matrimonio civil antes del religioso. No hace mucho se modificó el Código civil —entrando en vigor la reforma el 8 de diciembre de 2001—, sin que contemple modalidad alguna de convivencia diferente al matrimonio. Lo que da testimonio de la decidida voluntad del Parlamento por afianzar dicha solución.

Lo anterior, en lo que se refiere al Derecho interno. Pero la sentencia, como suele ser habitual en supuestos destacados y de cierta tensión, ofrece a su vez un minucioso panorama del Derecho comparado (pp. 41-44). Ya se dijo cómo la primera sentencia mencionaba la existencia en otros Estados de diferentes soluciones sobre la convivencia. Por eso, ahora se recopila una muestra representativa de lo que sucede en diversos países del Consejo de Europa.

Se destaca así que, sobre el *matrimonio religioso*, de una muestra de 36 Estados estudiados, la mayoría, 22 en concreto, no reconocen efectos al matrimonio religioso, que queda así equiparado a una «unión libre». Tal sería el caso de Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Georgia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Mónaco, Rumanía, Serbia, Suiza y Ucrania. Se trata, como se ve, de un número suficiente de Estados representativos, bien diferentes a

su vez entre sí. En cambio, en 14 Estados se reconocen diversas modalidades de matrimonio religioso: Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, República Checa y Reino Unido. Como se observará, la lista coincide, en general, con Estados que han venido teniendo una religión oficial. Aunque en la mayoría dicha opción se ha superado, se han mantenido prácticas que corresponden a aquella situación anterior.

En lo que concierne a las «*uniones libres*», o «*uniones de hecho*», son cuatro los Estados que les reconocen efectos explícitamente: Francia, Grecia, Portugal y Serbia. Otros nueve, sin reconocerlas explícitamente, les otorgan algunos efectos jurídicos más o menos amplios: Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Holanda, Hungría, Italia, República Checa y Suiza. En cambio, la mayoría de Estados no reconocen en absoluto dichas uniones. Tal sería el caso de Albania, Alemania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Georgia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mónaco, Polonia, Rumanía, Reino Unido y Ucrania.

En cuanto a la *seguridad social*, en 24 países la legislación reconoce al cónyuge sobreviviente la posibilidad de disfrutar, bajo ciertas condiciones, de las prestaciones del cónyuge fallecido: Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Mónaco, Polonia, República Checa, Rumanía, Serbia, Suiza y Ucrania. Sólo seis extienden tal posibilidad en caso de concubinato: Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda y Hungría. En la mayoría de los Estados del Consejo de Europa, sólo los esposos que hubieren contraído matrimonio civil disfrutaban de los derechos sanitarios del cónyuge fallecido, es decir, que se excluye el supuesto de concubinato.

En lo que afecta, por último, a la *pensión de viudedad*, sólo en seis países, y bajo determinadas condiciones, se reconoce en la situación de concubinato. Así sucede en Dinamarca, Eslovenia, España, Holanda, Hungría y Portugal. Es decir, que en caso de concubinato se excluye en la mayoría de países que contemplan la pensión de viudedad.

Esta panorámica, que ofrece la segunda sentencia, resulta del mayor interés. Evidencia las profundas diferencias que se advierten en un conjunto de países tan cercanos en tantas cosas como son los del Consejo de Europa. Por otro lado, da testimonio de la libertad de opción de que hacen gala los Estados al enfrentarse con el problema que venimos estudiando. Seguro que habrá sobrados argumentos en unas y otras direcciones. A buen seguro que el transcurso del tiempo y los contactos y relaciones han de contribuir a una aproximación de solu-

ciones, aunque habrá que ver cuál de ellas¹⁷. De ahí que se entienda la jurisprudencia del Tribunal, intentando respetar las legítimas opciones de los Estados. Por eso, el sólido apoyo argumental que se ha referido le resulta cómodo al Tribunal para apoyar su decisión.

13. Pues bien, estaba recordando antes que entretanto se había pronunciado la sentencia en el asunto *Muñoz Díaz c. España*, cuya apoyatura jurídica se centraba en la regla de no discriminación en relación con la protección de los bienes. De ahí que en la sentencia *Serife Yigit II* aparezca con fuerza el argumento del trato no discriminatorio del derecho de propiedad. También desde esta perspectiva va a interesar el razonamiento del Tribunal para apoyar la potestad del Estado de regular y matizar el matrimonio. Se pone énfasis en la carga de los ciudadanos de respetar la legalidad, y se afirmará: «El Tribunal advierte sin embargo que la reclamante, consciente de su situación sabía que debía regularizar su unión conforme al Código civil para poder ser la heredera de su difunto compañero [*concubin*, en la versión original en francés]. El Código civil impone la regla de un acto jurídico vinculante para que el matrimonio civil sea válido y pueda producir efectos frente a terceros y frente al Estado» (sentencia *Serife Yigit II*, p. 84). Se insiste también —distanciándose de la opción consagrada en el asunto *Muñoz Díaz*, como enseguida se dirá— en que «la reclamante en cuestión no podía disfrutar de la esperanza legítima de poder beneficiarse de los derechos a la pensión y a la seguridad social apoyándose en el título de su compañero», destacándose que las reglas de fondo y de forma del matrimonio civil son claras y accesibles y que la celebración no supone ninguna carga específica, aparte de que había dispuesto de un espacio de tiempo ciertamente amplio para regular su situación —veintiséis años—, sin que pudiera servir de excusa la lentitud o la complejidad de los procedimientos administrativos (p. 86). Ello conducirá a que, al contrastar la medida cuestionada en el test de proporcionalidad, «el Tribunal concluya que el trato que se discute era proporcional y adecuado al legítimo fin perseguido, por lo que la diferencia tenía una justificación objetiva y razonable» (p. 87). De donde deriva la conclusión de que en el supuesto no hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo (p. 88).

14. O sea, que también desde este otro fundamento del derecho a la pensión como propiedad sin que aparezca discriminación se alcan-

¹⁷ Escribiendo en julio de 2012, en plena ebullición de la crisis económica, cabe imaginar cualquier cosa desde la pretensión de sanear las finanzas públicas.

zará la conclusión de que el Estado gozaba de amplia libertad en cuanto a la regulación del matrimonio, dándose por buena la solución a que se había llegado en aplicación de la ley.

La argumentación resulta inequívoca. Pero habría una nueva vertiente, muy útil para mi indagación, en la que el propio Tribunal destaca el significado y funcionalidad que quiere alcanzar la regulación legal. Tal constatación aparece cuando el Tribunal Europeo está contrastando si la regulación —que consagra las diferencias que se han visto— corresponde a un fin legítimo. Bien interesante la cita literal: «A este respecto, teniendo en cuenta la importancia del principio de laicidad en Turquía, el Tribunal constata que al adoptar en 1926 el Código civil que instituye el matrimonio civil monogámico, de celebración obligatoria antes de la unión religiosa, Turquía estaba intentando acabar con una tradición matrimonial que colocaba a la mujer en una situación claramente desventajosa, es decir, en una situación de inferioridad en relación con el varón. Por eso se instauró asimismo la igualdad entre los sexos en el disfrute de los derechos cívicos, de forma señalada en materia de divorcio y sucesoria, así como la prohibición de la poligamia. En concreto, el matrimonio celebrado según el Código civil pretende decididamente proteger a la mujer, fijando por ejemplo una edad mínima para el matrimonio y otorgándole determinados derechos y obligaciones, especialmente en caso de disolución del matrimonio o de la muerte del esposo» (p. 81).

Quiero llamar la atención sobre este pasaje, donde sin aspavientos se aporta una reflexión que estimo decisiva. Puede ser muy importante la tradición en la vida de los pueblos, pero a veces acarrea materiales que se consideran radicalmente incompatibles con las exigencias de los tiempos. Y la vida, la historia, está hecha para las personas, diríamos, y no para la tradición. No puede la tradición apagar aspiraciones indiscutibles. En el caso se ha dejado constancia reiterada (así, pp. 11 y 24 de la sentencia número uno) de la afirmación, a la que la recurrente atribuye tanto peso, de que «se había casado siguiendo los usos y tradiciones» (al final del trabajo me volveré a referir a los usos y tradiciones). Pero tal afirmación, y la realidad que refleja, no resulta univalente e inequívoca; al contrario, debería ser objeto de riguroso contraste: saber qué hay en efecto, si es justificable o si debe ser enderezado. Ahí es donde la ley va a jugar destacada funcionalidad, la de corregir los elementos espurios y proponer, en cambio, con carácter general y sin discriminaciones, soluciones satisfactorias a la altura de los tiempos. La mención que se hace en el párrafo transcrito a la poligamia y, sobre todo, a la superación de la desigualdad entre ambos cónyuges resulta oportuna. Y es que hay momentos en que no queda

más remedio que optar por el futuro, como propone la ley, o anclarse en el pasado haciendo prevalecer indiscriminadamente la tradición. Nada encomiable hubiera resultado en el caso de Turquía dejarse dominar por los criterios tradicionales. Aparte de que, a lo que parece, se ha hallado una fórmula de equilibrio que resulta satisfactoria: opción libre para quienes quieran contraer matrimonio religioso, pero, eso sí, pasando necesariamente por el matrimonio civil, a través del cual se aseguran los importantes valores que se destacaban.

15. Constatado el alcance de la regulación, aparece otro problema que tiene que ver con la relación del ciudadano con la ley: ¿y el que pretenda permanecer al margen de la regulación? Nada se lo impide¹⁸, la ley no obliga a contraer matrimonio civil, pero habrá que asumir que es a su costa. El que quiera permanecer al margen de la ley es libre de hacerlo, pero luego no debería lamentarse de las consecuencias, que a veces pueden ser rigurosas. Impresiona, en efecto, la situación que depara el caso. Lo que nos lleva directamente a otra reflexión no menos interesante: el sistema presidido por la ley —a diferencia de otras fórmulas tradicionales— incentiva el protagonismo de los ciudadanos, a los que van a reconocerse derechos, pero que suponen también cargas y obligaciones. Es el protagonismo de la responsabilidad individual: cada uno habrá de cuidar de sus intereses, consciente de las posibles consecuencias negativas de su desinterés o pasividad. Desde esta perspectiva habría que dar un paso más y preguntarse acerca de la responsabilidad de quienes han colaborado a que dicha situación se produjera: ¿no debió advertirles el imán que celebró el matrimonio de a lo que se exponían en su situación? ¿Nadie de su comunidad religiosa les advirtió de las posibles consecuencias?¹⁹. Dejo de lado, porque no tengo ninguna base para afirmarlo, que incluso alguien hubiera animado una postura de rebeldía en nombre de los principios religiosos (nada extraño que la jurisprudencia de Estrasburgo se haga eco de posturas fundamentalistas que abominan del sistema de laicismo oficial de Turquía —re-

¹⁸ En un pasaje de la sentencia número dos se aborda la hipótesis de si el funcionario del Registro Civil hubiera debido regularizar de oficio la situación aprovechando una amnistía legal que se produjo al objeto de legalizar la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Pero el Tribunal recalca que dicha amnistía no tenía por objeto regularizar los matrimonios religiosos, sino mejorar la situación de los niños producto de una unión no reconocida legalmente o nacidos fuera de las relaciones matrimoniales. Y es que, se afirma expresamente, «el Tribunal destaca que si es cierto que el Estado, de acuerdo con el artículo 12 CEDH, puede reglamentar el matrimonio civil, no podría en cambio obligar a casarse civilmente a las personas dependientes de su jurisdicción» (p. 86). Se trata, en efecto, de las secuelas jurídicas propias de los Estados que respetan la libertad de los ciudadanos.

¹⁹ De recordar que en la primera sentencia se recoge la afirmación de la recurrente de que estaban a punto de celebrar el matrimonio civil cuando el marido murió a consecuencia de una enfermedad (p. 11).

cuérdese lo que se señala en la nota 15—). ¿Nadie les orientó cuando aún estaban a tiempo? El caso es que, por ce o por be, se han expuesto a lo peor. Puede así parecer rigurosa la solución adoptada, pero el sistema social tiene unas reglas objetivas y resulta decisivo que prevalezca la ley, cuya evidente funcionalidad quedó notada. Por eso, en efecto, *dura lex, sed lex*, como titulaba el profesor RODRIGO BERCOVITZ el comentario referido a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007, que luego se comentará. Queda un detalle curioso a anotar, y es que en la segunda sentencia ante la Gran Sala —en la que, por supuesto, había varias mujeres— ya no hay disidencia entre los juzgadores, sino que el fallo desestimatorio, basado en los argumentos que se acaban de referir, se produjo por unanimidad de los 17 jueces.

En resumen, decisión severa pero, a la par, una sonora llamada de atención. Cada uno debe saber que la ley hay que cumplirla, que no valen voluntarismos, y que el que no respete las normas se expone a duras consecuencias. Desde otra perspectiva, la sentencia depara un nuevo supuesto en que el Tribunal Europeo es sensible a las exigencias del principio de laicidad, tan relevante en el sistema constitucional de la República de Turquía.

IV. OPCIONES MATRIMONIALES EN ESPAÑA

16. Muy pocos meses después de la primera sentencia en el caso *Serife Yigite*, el Tribunal se enfrentaría con el asunto español, la sentencia *Muñoz Díaz*, 8.XII.2009. El punto de partida, decía, la cuestión tal y como se planteó en la vía interna, era del todo similar al anterior, con sólo ligeros matices: en lugar de «matrimonio religioso» había una convivencia basada en un «matrimonio gitano», vieja praxis tradicional, de significado en el interior de la etnia gitana pero al que, igual que sucede con el matrimonio religioso en Turquía, el ordenamiento español no otorga efecto alguno. Lo que sucede es que, tal y como se plantea la cuestión ante el Tribunal Europeo, sorprende y causa incluso perplejidad comprobar que va a experimentar una sensible mutación, pues se incorpora una pretensión nueva, de cierto peso. O sea, que se presenta una dualidad de problemas que convendrá analizar separadamente: el de la pensión de viudedad en ausencia de matrimonio apto a producir efectos jurídicos, y este otro «nuevo», al que me referiré inicialmente. Pero antes convendrá decir algo del contexto en que se produjo el supuesto que ha dado pie a la sentencia.

«Matrimonio gitano» va a ser la institución determinante del caso. En efecto, el sistema jurídico español conoce diversas modalidades matri-

moniales²⁰ a las que de forma expresa se anudan efectos jurídicos *erga omnes*. Ante todo está la fórmula común y general, el matrimonio civil —en la actualidad la más practicada—, que arranca de la previsión constitucional del artículo 32, antes recordado, que insiste en la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, y que encarga a la ley que aborde los aspectos más relevantes: formas de matrimonio, edad para contraerlo, derechos y deberes de los cónyuges, así como las causas de separación y disolución. Bien cabría pensar, a la vista de la declaración de aconfesionalidad del Estado, que tal era la fórmula a la que se atribuían efectos jurídicos, sin perjuicio de que el que lo deseara celebrara con toda solemnidad el correspondiente rito religioso. Pero junto al matrimonio civil el ordenamiento jurídico español admite también otras variantes, caracterizadas por su significado religioso. Gozó de intensa presencia histórica el «matrimonio católico», que incluso en el periodo preconstitucional ocupó un espacio contundente, cuyo recuerdo hoy no deja de sorprender²¹. Nada más aprobarse la Constitución, con bien escaso debate público y de forma un tanto sorpresiva, se aprobaron diversos Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede. En el referente a Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, en el artículo VI se abordó la cuestión del matrimonio. Cabían, obviamente, varias alternativas, como decía, una de ellas generalizar el matrimonio civil, atribuyéndole a él sólo plenitud de efectos jurídicos, desde el reconocimiento de que era libre la celebración de matrimonio religioso, pero se optó por la vieja fórmula concordataria, que ahora se expresa así: «El Estado reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado de acuerdo con el Derecho canónico». Dicho matrimonio es considerado válido desde el momento de su celebración, pero la plenitud de efectos jurídicos —lo que importa de forma señalada a la prueba— se hace depender de la inscripción del acta religiosa de celebración en el Registro Civil. Destacaré, sin entrar en más detalles, que la celebración de dicho matrimonio habrá de observar diversos requisitos formales —como el de llevarse a cabo el consentimiento en presencia de un sacerdote—, los cónyuges tienen que respetar las oportunas exigencias y, obviamente, se formaliza por escrito, tanto en el correspondiente registro religioso como en el Registro Civil.

En 1992 se iba a producir una nueva inflexión en el panorama español de la regulación del matrimonio. Se trataba de hacer un reco-

²⁰ Valga por todos una remisión genérica a los autores que han abordado la cuestión con detenimiento; entre ellos, la referencia será a Luis Díez-Picazo y Ponce de León y a Rafael Navarro Vals.

²¹ En la sentencia se alude a lo complejo que resultaba contraer matrimonio civil en España cuando María Luisa Muñoz celebró su unión con M. D., pero entiendo que el argumento es intrascendente pues desde que se simplificó y generalizó el matrimonio civil transcurrieron muchos años en que pudo legalizar la situación.

nocimiento solemne a las religiones tradicionales —otrora perseguidas en España—, en la idea de reparar los graves agravios históricos. Ese año de 1992, el Estado español iba a promulgar tres leyes muy destacadas —las número 24, 25 y 26, respectivamente— por las que se aprobaban los Acuerdos de Cooperación celebrados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas —FEREDE—, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España²². Rito religioso el matrimonio de gran entidad para las tres citadas religiones, hasta entonces los fieles lo celebraban con normalidad, sin perjuicio de que hubieran de pasar por el Registro Civil —o luego el Ayuntamiento— para celebrar el matrimonio civil, al que se reservaba la producción de efectos jurídicos. Al prepararse los Acuerdos de 1992 cabían, por ende, varias alternativas, en línea con lo que antes me cuestionaba: ¿tratar de potenciar el matrimonio civil sin perjuicio de asumir la opción del matrimonio religioso u optar por darle relevancia a este último? Pues bien, me imagino que por puro mimetismo y sin reflexionar demasiado, aprovechando el modelo existente, muy presente el argumento de la no discriminación, se iba a optar por la solución adoptada para la Iglesia católica. Con lo cual se hurtaba espacio al protagonismo del matrimonio civil, que acaso alguna vez habría que pensar en afianzar decididamente. Y es que hay que utilizar con cuidado el argumento de la no discriminación²³. Lo cierto es que la cuestión del

²² Sorprende un tanto que apenas haya tenido eco en la opinión pública española el que este año se cumplen veinte desde que los tres Acuerdos de Cooperación fueron promulgados. En 2002, cuando se cumplieron los diez primeros años, la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, del Ministerio de Justicia, por iniciativa del entonces director general de Asuntos Religiosos, don Alberto de la Hera, puso en marcha diversas iniciativas para reflexionar sobre los Acuerdos, sus logros, sus expectativas, sus carencias o incumplimientos. En el Seminario que se celebró en el seno de la citada Comisión, entre las varias ponencias que se presentaron, yo habría elaborado una bajo el título «Reflexiones sobre los Acuerdos de Cooperación del Estado con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en los diez años de su vigencia». Puede verse ahora recogida en mi libro *Los derechos fundamentales y la Constitución*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 633-672.

²³ Reflexionando hace diez años acerca del significado de los Acuerdos de Cooperación de 1992, tenía ocasión de señalar: «Los convenios por principio implican facultad dispositiva, adecuación a las diversas circunstancias y características y, por lo mismo, diferencia de fórmulas y soluciones. Pero, por otra parte, vamos a encontrar la tendencia inevitable, y del todo lógica, a alcanzar las mismas ventajas y soluciones que otros han conseguido. Hace su aparición, así, por fuerza, el argumento de la igualdad o, cuando menos, el de la no discriminación. Todo esto me recuerda el debate que se ha producido en España con las Comunidades Autónomas y la organización de sus techos competenciales (...). El problema estriba en si lo que se aspira a generalizar estuvo justificado inicialmente, o se sigue considerando justificable hoy día: cuando hay debate o ausencia de concertación social suficiente acerca de alguna de las soluciones consagradas, el planteamiento tiene que ser totalmente diferente. El que algo haya sido llevado un día a un convenio, no es argumento, sin más, para generalizar tal solución. Habrá que partir del hecho de que a una de las partes —el Estado— le siga conviniendo y convenciendo». En mi citado trabajo «Reflexiones sobre los Acuerdos de Cooperación...», pág. 640.

matrimonio iba a ocupar lugar destacado en los Acuerdos, abordado en el artículo 7 de cada uno de ellos, con fórmula muy similar. En línea con lo previsto para la Iglesia católica, en los tres Acuerdos se afirma que se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado ante los ministros de la confesión, si bien para la plenitud de efectos jurídicos habrá que acreditar la inscripción en el Registro Civil. También se contemplan diversas exigencias formales, de las que ahora prescindiré.

En suma, que en los cuatro casos referidos se otorga un protagonismo destacado al matrimonio religioso, en el que han de observarse diversos requisitos, en cuanto a la forma de celebración —presencia de un ministro de la confesión y de dos testigos—, en cuanto a la capacidad y exigencias de los contrayentes, etc., y, por supuesto, el acto se formaliza por escrito en la propia confesión, en la idea de que todo ha de reflejarse en el Registro Civil, cuya inscripción predetermina la plenitud de efectos jurídicos.

17. Nos viene interesando el protagonismo de la ley, con la libertad que se otorga al Estado para proceder a la regulación del matrimonio. Pues bien, en las cuatro modalidades convencionales que se acaban de referir resultó decisivo el papel desempeñado por el Parlamento. Ciertamente que «el pacto» lo había preparado el Gobierno en los cuatro casos, pero sólo pudieron llegar al ordenamiento jurídico una vez que medió la aprobación de las Cortes Generales, como tratado internacional en el primer supuesto, dadas las peculiaridades de la Iglesia católica, que actúa como Estado de la Santa Sede, o bien como ley, en el supuesto de los Acuerdos de 1992. Dicha intervención del Parlamento asegura que no se consagren elementos tradicionales incompatibles con las exigencias de un Estado de Derecho que quiere propiciar los derechos fundamentales. Idea que quiero recalcar por lo que más adelante se ha de decir, cuando se trate del matrimonio gitano.

18. Cuatro opciones religiosas, por tanto, sin duda mayoritaria la de la Iglesia católica, aunque su número vaya descendiendo últimamente. No se olvide, con todo, que en España existen muchas otras religiones, más o menos minoritarias. En el caso de todas estas restantes, no hay automatismo alguno en cuanto al reconocimiento de la posible ceremonia religiosa del matrimonio. A falta de convenio o de ley, con lo que el Estado atribuyera de modo expreso efectos jurídicos, el rito matrimonial que puedan celebrar esas otras religiones —y algunos son muy espectaculares, incluso por el número de contrayentes que se hacen coincidir en cada celebración— no pasa del importante significa-

do religioso. Es decir, que para que surta efectos hay que completarlo con el matrimonio civil.

19. La misma lógica habrá que aplicar en el caso del matrimonio gitano. En varios pasajes de la sentencia se alude al carácter tradicional, e incluso consuetudinario, del matrimonio gitano, practicado «desde tiempos inmemoriales», sin que, por cierto, tales afirmaciones se documenten. Pero da la impresión de que la comunidad gitana no ha puesto diligencia para intentar alcanzar algún convenio con el Estado español en el sentido de que se reconozcan efectos jurídicos matrimoniales a dicho rito. Por el momento, nada hay en el ordenamiento jurídico español que apoye dicha posibilidad. Lo cual no resulta extraño, por otro lado, se si tiene en cuenta, como se acaba de indicar, que hay no pocos matrimonios religiosos que no pasan de ser celebraciones religiosas, sin que hayan logrado el reconocimiento de otros efectos jurídicos.

Tratando del matrimonio gitano no será ocioso recordar algunas de sus características. Se suele aludir al consentimiento de los cónyuges y a testigos, pero da la impresión de que se rodea de escasas exigencias formales e incluso en cuanto a los requisitos de los contrayentes²⁴. Las descripciones que he leído no incluyen, creo, formalización alguna en ningún registro fehaciente, lo cual no deja de ser sorprendente en una sociedad en que tan fácil es viajar, cambiar de lugar y alejarse, en suma, de la comunidad en la que pudiera haber «recuerdo personal» de que el compromiso se había realizado. Desconozco cómo se aborda la cuestión de los «impedimentos», a la que hoy en general se da señalada importancia, sobre todo para evitar los perjuicios que pudieran causarse a los descendientes en su salud, pero hay un último aspecto en el que no puedo por menos de poner énfasis, y es que en todas las descripciones del matrimonio gitano que he visto se alude, como requisito necesario, a la exigencia de que la mujer acredite su virginidad, lo que se verifica mediante la «prueba del pañuelo» o «ajuntamiento», practicada por alguna o algunas comadres de la comunidad —la «ajuntadora»—. Exigencia que, al parecer, de hecho, está determinando que no pocas mujeres se casen muy jóvenes. Pero, sobre todo, que no se compagina con el actual sistema de derechos y libertades basado en la dignidad de la persona.

²⁴ En el asunto que estamos estudiando se reconoce que la recurrente se había casado a los cinco años. ¿Se tiene conciencia entonces de los compromisos que se adquieren? En el voto particular del juez Myjer, que se citará reiteradamente, se afirma: «Estoy inclinado a creer que [la recurrente] ignoraba todo lo referente al contexto jurídico cuando a los 15 años se casó según el rito gitano».

V. LA PRETENSIÓN DE LEGALIZACIÓN AUTOMÁTICA DEL MATRIMONIO GITANO

20. Tras las anteriores concreciones se puede abordar ya el estudio de la sentencia. Dos aspectos diferentes, dos diversas pretensiones, decía, lo que fuerza a distinguir claramente una de otra. Quien hubiera seguido el asunto en la fase interna, ante los órganos y tribunales españoles, seguro que había de quedar sorprendido, pues ante el Tribunal Europeo aparece planteado con ahínco un serio problema, del que apenas hay rastro en la vía interna, aunque pudiera parecer una derivación de lo ahí planteado. Bien cabría pensar, incluso, que se ha incumplido el requisito procesal de «agotar las vías internas», que exige el artículo 35.1 CEDH. Si se repasa la historia del Tribunal se aprecia cómo, en ocasiones, sobre todo cuando actúan organizaciones representativas de algún colectivo, trata de utilizarse la tramitación de algún asunto sonado ante el Tribunal —donde no es infrecuente que se celebre vista pública, ocasión propicia para periodistas ávidos de noticias sensacionales— para dotar de pantalla a alguna reivindicación, sin miramientos acerca de la corrección procesal de las actuaciones.

En la vía interna, el problema dilucidado era el del derecho a percibir pensión de viudedad de persona que, en puridad, no ostentaba a efectos legales la condición de viuda, dado que no había un matrimonio reconocido. Sorprenden por eso los titulares del periódico quincenal *Nevipens Romani*, en su ejemplar del 1-15 de junio de 2009. Se trata de la primera entrega tras la celebración de la vista pública en la sede del Tribunal de Estrasburgo, el 26 de mayo de 2009, en la que, además de los abogados, intervinieron la recurrente y el presidente de la Unión Romani, Juan de Dios Ramírez Heredia, una sesión que había suscitado el mayor interés, caracterizada por una gran concurrencia de público afín. Decía así el periódico: «María Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos». Y continuaba el subtítulo: «Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos»²⁵. ¿Qué ha sucedido entretanto? Pues ha sucedido que la recurrente alega ahora que el no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano constituye una violación a su derecho al matrimonio. Apoyaría su fundamento en el argumento de la no discriminación (art. 14 CEDH), conjuntamente con el derecho al matrimonio (art. 12). Al pedir que se condene a España está reclamando, a la par, que el Tribunal Europeo dé por legali-

²⁵ La cita está tomada de la sentencia, del voto particular del juez Myjer. Aunque el voto particular, como toda la sentencia, están en francés, el texto transcrito está en español.

zando dicho matrimonio. Así se expresa la argumentación de la recurrente: «Para la recurrente, el no reconocimiento en derecho español de los ritos gitanos en tanto que forma de expresión del consentimiento para casarse, mientras determinados ritos religiosos constituyen formas válidas de expresión del consentimiento, se traduce, *per se*, en una violación de los derechos invocados. La recurrente advierte que el matrimonio gitano existe en la historia española desde hace 500 años; se trata de una forma de expresión del consentimiento que no es ni civil ni religiosa, sino íntimamente arraigada en la cultura de su comunidad, reconocida y disfrutando de efectos *erga omnes* en el seno de la misma, dado el efecto validante de la costumbre. La ley española no tiene en cuenta las peculiaridades de la minoría gitana, dado que la obliga a someterse a unas formas de expresión del consentimiento que no reconocen los miembros de dicha comunidad» (p. 76).

Por su parte, «la Unión Romaní se refiere al carácter definitivo del consentimiento dado a propósito del matrimonio gitano y solicita el reconocimiento por el Estado de la validez de sus ritos. Alega que la comunidad gitana en España mantiene sus tradiciones desde hace siglos e invita, por eso, al Tribunal a afirmar que forma parte inherente del Convenio el respeto a las minorías étnicas, a sus tradiciones y a su herencia e identidad culturales» (p. 77).

El Gobierno objetaría que nada impedía a la recurrente el haberse casado civilmente —y, podemos añadir, como hacen la mayoría de parejas gitanas, cuando no hayan contraído matrimonio religioso—, así como que no se pueden equiparar los matrimonios que respetan las formalidades legalmente previstas con cualquier otra unión en que no se han respetado dichas formalidades. Y, obviamente, se referiría al margen de apreciación de que disponen los Estados según el artículo 12 del Convenio para la regulación del contenido del matrimonio (p. 73). Lo único que ha sucedido, se sigue diciendo, es que la recurrente decidió voluntariamente no casarse según las formas legales establecidas. Se insiste, del mismo modo, en que los artículos 12 y 14 CEDH no pueden ser interpretados como imponiendo al Estado el adoptar una forma concreta de prestación del consentimiento matrimonial por el solo hecho del arraigo social o de las tradiciones de una comunidad. «Lo que conduce —se concluye— a considerar que no es contrario al artículo 12 CEDH que el Estado imponga determinadas formalidades para la prestación de tal consentimiento» (p. 74).

21. Entiendo, como decía, que este argumento no se había planteado a fondo en las vías previas, por lo que lo normal hubiera sido que no se hubiera tomado en consideración. Lo que sucede es que, de he-

cho, iban bien revueltas las aguas del río y —contando sobre todo con la conclusión que iba a alcanzarse— parecía oportuno no dejar pasar la ocasión y pronunciarse abiertamente sobre problema de tanto fuste. El Tribunal lo resuelve, en efecto, de una manera bastante escueta (advierto que yo, por razones sistemáticas, estoy alterando el orden de exposición: la sentencia aborda primero la cuestión del derecho a la pensión y, una vez que resuelve en el sentido que se ha dicho, aborda este problema sobrevenido). Observa ante todo, con carácter general, que «el ejercicio del derecho de casarse implica consecuencias sociales, personales y jurídicas» que son concretadas por la ley del Estado (p. 78). A continuación, precisando sobre el terreno, se llega a una constatación elemental pero de peso: «El Tribunal observa que el matrimonio civil en España, tal como está en vigor desde 1981, está abierto a todos y considera que su regulación no implica discriminación alguna por razones religiosas u otras. A todos se aplica fórmula similar ante el alcalde, el juez o el funcionario correspondiente sin que se exija declaración alguna referente a religión, creencias o pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico o de cualquier otra clase» (p. 79). Seguidamente advierte el Tribunal la atribución de efectos a determinadas formas religiosas de prestación del consentimiento —las cuatro que se han señalado—, derivadas de la pertenencia a una comunidad religiosa, que nada tienen que ver con la pertenencia a la comunidad gitana, y que derivan directamente de los convenios firmados con el Estado, desde la disposición que éste tiene, dado el amplio margen de apreciación que se otorga a la ley. Siendo de subrayar, sobre todo, que, a pesar de esas diferencias que la ley quiso, nada impide a los gitanos celebrar el matrimonio civil en las mismas condiciones que los no gitanos (p. 80). Lo que lleva al Tribunal a alcanzar, por unanimidad, la conclusión «de que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la recurrente, no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. De donde deriva que el agravio está manifiestamente mal fundado y debe ser rechazado» (p. 81). Es decir, que este punto concreto de la reclamación termina inadmitiéndose.

Importante que se aclaren las cosas con objetividad, dado que la pretensión era del todo improcedente —admira que haya abogados tan temerarios a la hora de defender causas infundadas suscitando en sus clientes falsas expectativas—, así como que el Tribunal no tenía competencia para haber tomado la decisión que se le pedía. Como se dice en el tan fundado y consistente voto particular del juez holandés Egbert Myjer, «la competencia del Tribunal no alcanza a crear nuevos derechos que no estén enumerados por el Convenio, por muy útiles y deseables que puedan ser. Si el Tribunal interpretara el Convenio de tal manera

perdería toda su credibilidad ante los Estados contratantes, comprometiendo así el inigualable sistema de protección de los derechos del hombre a nivel internacional, del que ha venido siendo pieza maestra hasta el presente»²⁶. Y es que, en efecto, la pretensión no tenía fundamento alguno, era puro voluntarismo, cuando no demagogia barata, aprovechando oportunísticamente la plataforma que proporciona órgano tan señalado, tan digno de respeto a la vez, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

22. No sé si a raíz de esta decisión la Unión Romaní habrá intentado entablar relaciones con el Gobierno español con vistas a alcanzar algún acuerdo para reconocer efectos legales a su rito matrimonial, asumiendo a su vez las reformas oportunas para adaptar sus planteamientos tradicionales a las exigencias de los tiempos.

²⁶ El voto particular del juez Myjer, disidente en el otro punto que aborda la sentencia pero que en el aspecto ahora examinado contribuyó a que se decidiera por unanimidad, aporta argumentos bien interesantes que quiero recoger sin falta. Dice que está a favor de la igualdad de los gitanos, en línea con lo que viene sosteniendo desde hace años el Consejo de Europa. Dice entender también la aspiración de los gitanos a que se dé valor legal al matrimonio contraído según sus ritos y tradiciones, pero asevera que «entiende que no corresponde al Tribunal traducir tal deseo en una obligación derivada del Convenio». Reconoce igualmente que el Convenio es un instrumento vivo que el Tribunal, a la vista de la evolución social, lo adopta y lo proyecta a situaciones no previstas en el momento en que se elaboró, «pero que siempre contrapesa el interés general y el interés de la persona afectada». Se demora asimismo en transcribir afirmaciones de un pintoresco asunto, el único, al parecer, que se habría enfrentado de manera directa con el artículo 12, la sentencia *F. c. Suiza*, 18.XII.1987 —caso del juez suizo que, en aplicación del Código civil, impone a quien se había divorciado tres veces la prohibición de casarse en el plazo de tres años; Suiza sería condenada—, donde se dice: «A través del artículo 12 queda garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia. Su ejercicio conlleva consecuencias de orden personal, social y jurídico. “Se modula por las leyes nacionales de los Estados contratantes”, pero “las limitaciones que resulten (...) no deben restringir o reducir” el derecho en cuestión “de manera o hasta un punto que afectara a su sustancia” (...) En todos los Estados miembros del Consejo de Europa, tales “limitaciones” se traducen en condiciones que se reflejan en las reglas tanto de forma como de fondo. Las primeras se refieren, sobre todo, a la publicidad y a la celebración del matrimonio; las segundas afectan sobre todo a la capacidad, al consentimiento y a ciertos impedimentos». Lo que le lleva a recalcar las consecuencias jurídicas que todos los Estados derivan del matrimonio legal, consecuencias que pueden ser recíprocas pero también afectar a terceros. Tras recalcar que entiende con la mayoría que la reclamante no ha sido víctima de una diferencia de trato que implique discriminación, pone énfasis para afirmar: «Mas en general, en ausencia de cualquier diferencia de trato, rechazo la idea de que el Estado tuviera la obligación positiva de adaptar sus leyes referentes al matrimonio a los deseos de individuos o de grupos con un estilo de vida particular, incluso en el supuesto de que dichos individuos o grupos constituyan, como en el caso de España, una parte importante de la población». Todo lo que le lleva a sostener la inadmisibilidad del recurso en orden a esta concreta pretensión.

Como se habrá observado, la última afirmación transcrita está tomando partido decididamente frente a la pretensión del presidente de la Unión Romaní, que antes se recordó (p. 77), en el sentido de que las tradiciones y la identidad cultural de las mayorías étnicas forman parte inherente de las exigencias del Convenio.

VI. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SEGÚN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. APARIENCIAS QUE PUEDEN RESULTAR EQUÍVOCAS: DIFERENTE SIGNIFICADO ACTUAL DEL LIBRO DE FAMILIA, DEL TÍTULO DE FAMILIA NUMEROSA O DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS

23. Podemos pasar así a abordar el que había sido problema central del caso, el derecho a la pensión de viudedad tras la muerte de su compañero durante veintinueve años: esposo según los ritos gitanos pero no, en cambio, según el Derecho español. Pero para abordar el problema convendrá tener muy presente algo de lo que antes se dijo, en concreto tres cosas, una vez que se da por sentada la existencia del derecho al matrimonio (arts. 12 CEDH y 32.1 CE). A saber, ante todo (1), que el actual sistema constitucional español proclama la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, así como de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 CE). Recordar, asimismo (2), que también en el sistema constitucional español los poderes públicos aseguran la protección de la familia (art. 39.1 CE). Importante tener en cuenta también (3) la distinción celosamente ofrecida por el TEDH y expresamente recordada en la sentencia *Serife Yigit I* (pp. 25 y 26), antes aludida, cuando advierte que el concepto de «vida familiar», que quiere proteger el artículo 8 CEDH, debe entenderse en un sentido amplio, de forma que no se refiere sólo a la convivencia que deriva de un matrimonio legal, sino que incluye también una posible situación de hecho, es decir, que la expresión *familia* o *vida familiar* puede englobar distintas realidades, tanto la formada dentro del matrimonio como la convivencia *de facto*, al margen de una relación matrimonial. Entiendo que la consideración conjunta de las tres referencias ha de resultar de utilidad para interpretar el caso que nos proponemos estudiar.

Como se indicó, el supuesto de María Luisa Muñoz Díaz, a salvo mínimos detalles, coincide prácticamente con el de Serife Yigit, con sólo que se sustituya el matrimonio musulmán por el matrimonio gitano, ninguno de los cuales produce efectos jurídicos en el respectivo país. Al cabo de veintinueve años de convivencia, en los que la pareja tuvo seis hijos, murió el marido, M. D., que era albañil de profesión. María Luisa Muñoz solicitó entonces la pensión de viudedad.

24. Hay, empero, en el caso español tres detalles, aparentemente insignificantes y sin contenido real, a los que se les va a dar un peso insospechado, que cobrarán una importancia desproporcionada, hasta el punto de que el Tribunal altere y quiebre la interpretación que había

mantenido con firmeza en el anterior asunto *Serige Yigit*. Y es que la pareja había obtenido el «libro de familia», en el que se habían inscrito los hijos, y contaba también con el título de «familia numerosa» de primera clase. Por su parte, el fallecido estaba afiliado a la seguridad social, a la que había venido cotizando durante diecinueve años, con cartilla de beneficiario en la que, como familiares a su cargo, figuraban María Luisa Muñoz y los seis hijos.

25. Al morir el esposo, María Luisa Muñoz solicitó la pensión de viudedad. Se iniciaría así una compleja tramitación en la que intervendrían tres órganos jurisdiccionales de bien distinto nivel y que concluiría con la sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Al recibir la solicitud, el Instituto Nacional de Seguridad Social —el INSS— la rechazó, en estricta aplicación de la legislación vigente, como venía haciendo en casos similares, al constatar que la solicitante, según el Derecho español, no podía ser considerada esposa del fallecido. Decisión que sería confirmada tras el correspondiente recurso administrativo. Se inicia entonces la vía judicial, con recurso ante el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid. En esta fase hará su aparición un juez «justiciero», de los que no creen en la separación de poderes, es decir, de los que practican que pueden corregir al legislador, resolviendo el caso de manera voluntarista, dando aplicación al parecer a la fórmula que a él le parece justa, aunque difiera de la solución apuntada por el legislador y revalidada por constante jurisprudencia, adobado todo ello con argumentos de brillante apariencia pero endebles desde el punto de vista de la interpretación jurídica. En efecto, el juez de lo laboral parte en su sentencia —según la descripción que se hace en el p. 14 de la decisión del TEDH— de la implantación de la etnia gitana en España desde tiempos inmemoriales y del significado que alcanza en su comunidad el matrimonio celebrado según sus ritos, de los que se afirma que «no son considerados contrarios a la moral ni al orden público y que son reconocidos socialmente». Se echa mano de la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de cualquier forma de discriminación por motivos raciales, de 7.III.1966, y de la Directiva 2000/43/CE, referente al principio de igualdad de trato entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico, para lo que se razona con apoyo en el artículo 4.1 del Código civil, «forzando» la interpretación analógica. Destaca también el juez que mientras el matrimonio gitano permanece ignorado por la legislación española, «a pesar del arraigo sociocultural de dicha etnia en nuestro país», otros matrimonios celebrados conforme a ritos religiosos «extraños hasta hace poco en nuestra sociedad» —así se dice literalmente— tienen reconocimiento legal. Todo lo cual llevaría a la

conclusión de que se ha producido un trato discriminatorio por razones étnicas. Es así como la sentencia da la razón a la recurrente y le otorga la pensión solicitada, con fallo en el que, por cierto, se apoyaría luego decididamente el Tribunal Europeo.

Obviamente, el INSS apeló la sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Éste estableció que hay que distinguir lo que sea puro deseo, por muy encomiable que parezca, de lo que es estricta y clara regulación legal. Asimismo, que el principio de igualdad y de no discriminación no permite separarse de la regulación legal, más allá de las excepciones expresamente previstas. Se asume la fórmula legal española de optar o por el matrimonio civil o por el matrimonio religioso, a la par que se constata la pura realidad de que el matrimonio gitano no goza de reconocimiento legal. Se puntualiza incluso, con gran precisión jurídica —y quiero recalcarlo, dado que se aborda una alegación reiteradamente utilizada en todas las fases del supuesto—, que no sirve el argumento de la costumbre, dado que el artículo 3 del Código civil dispone inequívocamente que la costumbre no interviene más que en defecto de ley. Y en el asunto habría ley clara, de habitual aplicación. Según ésta, la opción solicitada se reserva a quien tuviera la condición de «cónyuge» —o esposa, *la qualité de conjoint du défunt*, en la versión francesa de la sentencia—, condición que, se recalca —y quiero subrayarlo—, «viene siendo objeto de interpretación estricta según constante jurisprudencia constitucional y ordinaria». En suma, que la sentencia del Juzgado quedó revocada y rechazado el otorgamiento de la pensión (en el p. 15 se transcriben literalmente los argumentos más destacados de la sentencia del Tribunal Superior).

A la vista del fracaso, María Luis Muñoz recurrirá ante el Tribunal Constitucional, invocando el principio de discriminación por motivos raciales y sociales. El Tribunal Constitucional abordó el asunto por medio del Pleno y concluyó rechazando el recurso. En sentencia muy razonada (de la que se ofrecen abundantes fragmentos en el p. 16), argumenta con solidez que no implica discriminación por razones sociales reservar la pensión de viudedad para el caso de convivencia institucionalizada en tanto que marido y mujer, mientras se excluyen, en cambio, otras formas de convivencia. Se recuerda el margen de disposición de que disfruta el legislador, haciendo hincapié en el significado de administrar los fondos limitados del sistema, con el que hay que atender gran número de necesidades sociales. Se contradice también abiertamente el argumento de la discriminación por motivos étnicos o raciales: el elemento determinante del caso resultaría ser la decisión libremente asumida de no formalizar el matrimonio por las vías legales reconocidas, ya el civil o el religioso, negándose igual-

mente —de nuevo el poder de disposición del legislador— que pueda admitirse discriminación en el reconocimiento del matrimonio religioso y no del matrimonio gitano. Ambas opciones legales, desde su planteamiento general, se mostrarían neutrales desde el punto de vista racial, es decir, abiertas a todo el que quiera, sin que se tome en consideración la raza.

26. El fallo del Constitucional se acompañaría de un voto disidente del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata, que votó en contra de la mayoría. Tres argumentos pueden destacarse de su razonamiento. El primero (1) conduce al terreno de la protección de las minorías, que, según el magistrado disidente, debería abocar a la adopción de medidas de discriminación positiva, para proteger a la minoría desfavorecida y asumir así el respeto a sus tradiciones y al legado de su identidad cultural. Aparece también (2) el argumento de que resultaría desproporcionado que el Estado le haya otorgado el libro de familia, el título de familia numerosa y que haya recibido las aportaciones del fallecido a la seguridad social durante diecinueve años y luego no reconozca el matrimonio gitano en lo referente a la pensión de viudedad. Trae a colación también (3) un precedente del propio Tribunal Constitucional —la sentencia 199/2004—, en el supuesto de un matrimonio católico correctamente celebrado pero que luego no se llevó al Registro Civil²⁷, caso en el que el Tribunal Constitucional terminaría reconociendo la pensión de viudedad. En opinión del magistrado disidente, el supuesto sería equiparable al de María Luis Muñoz, de donde la denegación en este caso acreditaría un trato discriminatorio²⁸. Por todas esas razones sostendría que debió aceptarse el amparo y proceder al reconocimiento de la pensión. Tal era la opinión disidente, rechazada, como se dijo, por la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional, en sentencia muy razonada. Pero las cosas cambiarían en sede del Tribunal Europeo, por donde aparece una nueva apreciación jurisdiccional minoritaria —como la del juez de lo social—, desactivada con fundamento por la opinión mayoritaria, a la que, empero, atribuiría destacada relevancia el Tribunal de Derechos Humanos.

²⁷ Recuérdese que al prescribir el legislador español la incompatibilidad de pensiones —la causada por el marido y la de la viuda, o la de la viuda al contraer nuevo matrimonio, por ejemplo— se utilizaron diversos ardides para tratar de evitar dicha incompatibilidad.

²⁸ El profesor Rodrigo BERCOVITZ, en el trabajo citado —*Dura lex*—, evidencia lo endeble de este argumento, por lo que quedaría desactivado, si se tiene en cuenta que en el caso de la sentencia 199/2004 habría un efectivo matrimonio válido, celebrado en forma según los ritos de la Iglesia católica, que goza por ende del reconocimiento legal —lo que no sucede en absoluto en el caso del matrimonio gitano—, sin que la no inscripción de aquél en el Registro Civil afectara a su validez, sino sólo a la plenitud de efectos jurídicos —como en lo referente a la prueba—, lo que no le impedía surtir otros.

27. Antes de entrar en los razonamientos del Tribunal Europeo conviene destacar un nuevo dato del sistema jurídico español que también se recoge en la sentencia de Estrasburgo (p. 21). La «Ley de acompañamiento» 40/2007, de 4 de diciembre, modificaría el sistema de pensiones de viudedad de la Ley General de Seguridad Social, para otorgarlas, excepcionalmente, a quienes sin haber estado casados hubieran convivido, siempre que se dieran determinadas circunstancias, como la de haber fallecido el causante antes de la entrada en vigor de la Ley, haber cotizado regularmente a la seguridad social y tener hijos comunes. Los efectos de la nueva Ley se producirían a partir de primero de enero de 2007. Lo que representaba que, a la vista de los datos fácticos, a partir de dicha fecha se pudiera reconocer a María Luis Muñoz el derecho a cobrar la pensión pretendida, estando vivo todavía el proceso ante el Tribunal Europeo. Aunque había un cierto desfase, dado que el esposo había fallecido el 24 de diciembre de 2004, fecha que predeterminaba el inicio de la pensión solicitada, por lo que, aunque en parte resuelta la pretensión, quedaban sin cobertura seis años y unos días, lo que explica que el pleito se mantuviera.

28. La recurrente, en sus alegaciones ante el Tribunal Europeo, muestra su extrañeza porque el Gobierno no hubiera tratado su caso como un matrimonio nulo de buena fe, pues en tal caso, según la Ley General sobre Seguridad Social, artículo 172.2, sí hubiera podido ser otorgada la pensión²⁹. Expone también que nunca pudo sospechar que a la muerte de su marido se le retiraran los derechos sociales de que había disfrutado en vida de aquél (pp. 37-38).

Por su parte, la Unión Romaní en el alegato que presentó, junto a las razones de tipo histórico y tradicional en favor del matrimonio gitano, destacaría, aunque no con demasiado énfasis, el aspecto de la incongruencia de que el Estado hubiera dotado a la recurrente y a su familia del libro de familia, de la protección a las familias numerosas, así como de la asistencia a los servicios de salud, y, en cambio, desconociera la fuerza del matrimonio gitano para poder otorgar la pensión de viudedad (p. 41).

El Gobierno insiste en el argumento de la generalidad de la regulación, recalcando que lo único que se ha producido es la omisión de la misma, de lo que la recurrente es la única responsable: la ley aplicada

²⁹ Argumento de escaso fuste dado que como punto de partida no había un matrimonio, en el sentido exigido por el Derecho español, por lo que de ninguna manera podía ser nulo. Véase Cristina SÁNCHEZ-RODAS, «El TEDH y la pensión de viudedad...», cit., que se apoya también en la opinión de Iván RODRÍGUEZ CARDO. La autora destaca, por otro lado, que el argumento no se había planteado en la vía previa.

—se dirá— es la misma para todos los españoles, sin que pueda observarse discriminación alguna por razones étnicas o cualesquiera otras. Lo que sucede es que nada obliga a tratar del mismo modo a quienes respetan las formalidades previstas por la ley que a quienes no las respetan. Y es que la negativa al otorgamiento de la pensión traería causa únicamente de su decisión libre y voluntaria de no atenerse a las formalidades legales del matrimonio, lo que nada tiene que ver con la pertenencia a una raza determinada: dichas formalidades —se concluye— para nada constituyen una discriminación directa o indirecta de los gitanos (pp. 39-40).

29. En la medida en que la argumentación de la recurrente se apoya en la violación discriminatoria de su derecho de propiedad, es decir, en la consideración conjunta de los artículos 14 CEDH y 1 del Protocolo núm. 1, el Tribunal se apoya en su propia jurisprudencia que avalla la corrección del argumento, citando varias sentencias, partiendo del paso que se dio inicialmente en 2009 con el asunto *Andrejeva c. Letonia*. Es así doctrina consolidada que el terreno de las prestaciones sociales encaja dentro del ámbito de protección del derecho de propiedad. No habría duda, por ende, de la corrección del razonamiento.

30. Entrando en la argumentación referida al caso, el Tribunal otorgará especial relevancia a esos tres aspectos accesorios a que antes me refería: libro de familia, carnet de familia numerosa, así como la tarjeta de la seguridad social cubriendo las prestaciones sanitarias. Y es que el Tribunal parte de la base de que la confluencia de los tres, como documentos oficiales, podía permitir deducir el reconocimiento por el Estado de la existencia de un matrimonio. Lo que se traduce en una argumentación muy simple: se partiría de la buena fe de la recurrente creyendo, con el apoyo inequívoco de los tres documentos, en la realidad de su matrimonio. En este sentido —y creo se trata de la argumentación clave de los jueces—, «para el Tribunal la buena fe de la recurrente en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha hecho nacer en la interesada expectativas legítimas de ser considerada como la esposa de M. D. y de formar con él una pareja casada reconocida. Tras la muerte de M. D. es natural que la recurrente hubiera alimentado la esperanza de que se le reconociera la pensión de viudedad» (p. 63). A partir de aquí, una vez alcanzado este punto culminante, que resultará decisivo para decidir el fallo³⁰, la argumentación del Tribunal se

³⁰ ¿Buena fe de la recurrente? Quizá, pero bien cabría lo contrario. No pensaba lo mismo el juez que votó en contra, que en su voto particular advertía: «Cabe cuestionarse si la

adorna con diversos añadidos en que se rinde tributo a la protección de las minorías, con lo que el Tribunal queda muy bien, pero que no tienen justificación efectiva desde el punto de vista de la lógica jurídica necesaria para abordar el fallo. Se dirá así, a continuación: «En consecuencia, el rechazo al reconocimiento de la calidad de cónyuge a la recurrente a los fines de la obtención de la pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de tal condición por las autoridades. Tal rechazo ha supuesto por lo demás no tener en cuenta las especialidades sociales y culturales de la recurrente para poder 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 dicho Convenio se obligan a tener en cuenta debidamente las condiciones específicas de las persona pertenecientes a dichas minorías» (p. 66). Con este razonamiento tan endeble, el Tribunal ha dado un gran paso y ha sentado una afirmación que puede tener amplias consecuencias con carácter general, sin perjuicio de que se aplique a la resolución del caso. En estos términos: «El Tribunal estima que si la pertenencia a una minoría no dispensa del respeto a las leyes que rigen el matrimonio puede con todo influir en la manera de aplicar dichas leyes» (p. 61). En esta línea³¹, decididamente favorecedora del recurso desde la protección de las minorías, aventura el Tribunal unas afirmaciones bien cuestionables, en mi opinión, desde la lógica jurídica: «Cier to que el artículo 147 de la LGSS, en la redacción vigente en el momento de los hechos, no reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal más que cuando el matrimonio fuera nulo de buena fe. Pero tal regla no permite al Estado defensor exonerarse de sus responsabilidades en relación con el Convenio». A este respecto observa el Tribunal que la Ley 40/2007 ha introducido en la Ley General de Seguridad Social la posibilidad de que se otorgara la pensión de viudedad en los supuestos de uniones de hecho (p. 66). Profundizando en la línea advertida, advertirá el Tribunal que el supuesto estudiado ha

recurrente podía razonablemente no ser consciente del estatuto jurídico precario de su matrimonio gitano. Yo no estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas hubieran conducido legítimamente a la recurrente a presumir que su matrimonio era válido según el derecho español». Y es que las expectativas alegadas por la recurrente chocan radicalmente con la realidad efectiva del Derecho positivo español, como se va a exponer a continuación. En tal sentido, si la solución del Derecho positivo va decididamente por otro lado, ¿no puede resultar no sólo endeble, sino peligrosa, la utilización «voluntarista» del argumento de la buena fe? ¿Qué sería de la vida jurídica cotidiana si, contra la evidencia de las normas positivas, se introduce la presunción escasamente confirmada de la existencia de la buena fe?

³¹ Advierto que la línea de razonamiento es del todo endeble dado que el punto de partida, inequívoco, sobre el que se va a insistir, es que había una respuesta legal clara y terminante, de forma que debía prevalecer el criterio que el Tribunal afirma inicialmente de que «la pertenencia a una minoría no dispensa del respeto a las leyes».

sido objeto de una «diferencia de trato» en relación con supuestos similares, para lo que se recuerda, entre otros, el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004 —exhumada del voto particular disidente de la sentencia del Constitucional sobre el supuesto presente—, sobre el matrimonio católico que no se llevó al Registro Civil. Por todo lo cual aprecia el Tribunal Europeo que ha habido «una diferencia de trato desproporcionada» (p. 67). Se ensalza igualmente la sentencia del Juzgado de lo Social, con su opinión favorable a la recurrente (p. 67) —que más arriba criticamos—, sin desconocer que el Tribunal Superior revocó la sentencia, pero cargando por eso el acento: «el Tribunal [Europeo] recalca que la jurisdicción de apelación para nada tuvo en cuenta las especialidades de la minoría gitana a pesar de reconocer que el matrimonio gitano “tiene sin duda sentido y disfruta de reconocimiento en el medio social concernido” así como que la moralidad o la conformidad de tal rito con el orden público no habían sido puestas en cuestión».

Alcanzada esta altura, ya le es fácil concluir al Tribunal Europeo: «A la vista de todo lo que precede y teniendo en cuenta las circunstancias especiales del presente caso, el Tribunal estima que resulta desproporcionado que el Estado español que ha otorgado a la recurrente y a su familia gitana un Libro de Familia, que les ha reconocido la condición de “familia numerosa”, que ha proporcionado a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y que ha recibido durante 19 años las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de la pensión de viudedad» (p. 69). Lo cual conduce directamente al fallo, en el sentido de apreciar que ha habido una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

31. Estaba también en cuestión lo referente a la «satisfacción equitativa», las habituales compensaciones cuando se da la razón a los recurrentes. El Tribunal recordará al respecto el criterio que anima su doctrina de tratar de colocar al interesado en una situación equivalente a la en que se encontraría de no haber tenido lugar la violación del Convenio. En este sentido, María Luisa Muñoz reclamaba inicialmente el importe total de la pensión desde que murió su pareja, aparte de algo más de 30.000 euros en concepto de daño moral. Luego, en el acto de la vista, reconoció que, de acuerdo con la reforma legal referida, le habían pagado la pensión desde el 1 de enero de 2007, por lo que había que descontar esa cantidad de la suma total. El Tribunal va a actuar con generosidad, pues no sólo decide que el Estado deberá abonar la cantidad reclamada correspondiente al importe de la pensión, aparte

lo que se solicitaba en relación con los gastos procesales, sino que además, en concepto de daño moral, se otorga la cantidad de 16.680 euros, bien espléndida para lo que es habitual y una vez que, como se dice, se abona el importe íntegro de lo que se solicitaba como dejado de cobrar.

32. Así como en la cuestión que se refería al inicio —la concierne a la legalización automática del matrimonio gitano— el rechazo se producía por unanimidad, en la pretensión que se acaba de describir el fallo se acordó por seis votos contra uno, votando en contra, como se dijo, el juez holandés Egbert Myjer, que presentó un fundado y muy consistente voto particular. Lo que significa, por otro lado, que votó a favor de la condena el juez español, el constitucionalista Luis López Guerra.

El voto particular se desdobra en diversas direcciones, con argumentos muy razonados a la par que agudos, que dejan traslucir al jurista avezado, sensible a las aspiraciones sociales pero convencido de que la aplicación precisa de las normas legítimas es la manera más adecuada de resolver los conflictos, tanto el abordado en la ocasión como los que puedan presentarse en el futuro. Se advierte así, ante todo (1), a la mayoría del Tribunal que la doctrina jurisprudencial en que se apoya el trato favorable a las minorías —y en concreto a la minoría gitana— la había establecido el Tribunal en un campo bien diferente al del Derecho de familia y de la seguridad social, cual es el de la ordenación del territorio. De ahí que no se vea claro proyectar los criterios a un campo tan específico como el de la legislación sobre seguridad social, en cuanto está otorgando prestaciones a los beneficiarios. Sería más lógico —puntualiza— dar aplicación a la doctrina contenida en la sentencia *Goudswaard van der Lans c. Holanda*, de 2005, de la que cita el siguiente párrafo, bien oportuno: «... si el Convenio, tal y como queda completado por los Protocolos, obliga a las Partes contratantes a respetar las opciones individuales en cuanto a estilos de vida, en la medida en que no autoriza estrictamente restricciones, no puede cargarle con la obligación positiva de sostener dichas opciones individuales de estilos de vida a partir de fondos que le son confiados en su condición de contables del dinero público». Se recordará también (2) que el Tribunal lleva tiempo reconociendo que los hijos nacidos fuera del matrimonio no deben ser objeto de trato diferente a los nacidos dentro del matrimonio. De ahí que de no haberles tratado las autoridades españolas de forma similar —es decir, concediendo el libro de familia, reconociendo la condición de familia numerosa y asumiendo las prestaciones sanitarias— sí hubieran incurrido en una manifiesta discriminación, «pero estimo abusivo —dice tajantemente, poniendo el

dedo en la llaga— imputar una falta a las autoridades españolas en razón a la igualdad de trato que han otorgado a la recurrente y a su familia en comparación con las familias fundadas en la institución matrimonial»³². Pone en duda, asimismo (3), lo de las expectativas que habría abrigado la recurrente, que resultaron convincentes para la mayoría a la hora de decidir el fallo: «Cabe cuestionarse —dice también, recordaré de nuevo— si la recurrente podía no ser consciente razonablemente del estatuto jurídico precario de su matrimonio gitano. No estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas hubiera podido conducir legalmente a la recurrente a presumir que su matrimonio era válido desde el punto de vista del derecho español. Puedo creer que ignorara todo del contexto jurídico cuando se casó a los 15 años según el rito gitano. Pero me parece abusivo hacer responsable al Estado de su ignorancia». Y poco más adelante añade, en constatación elemental, de la que nada se dice, en cambio, en los razonamientos de la mayoría: «Parece que en el momento actual hay numerosos gitanos que hacen el doble matrimonio, de una parte según el derecho español, y, de otra, según las tradiciones gitanas. Tal situación apenas difiere de la que se practica en numerosos países, como el mío (Holanda), en los que se celebra un matrimonio legal ante la autoridad pública, seguido de la ceremonia religiosa, cuando los contratantes lo desean». Recogeré, por último (4), un nuevo razonamiento, bien agudo, transcribiendo el párrafo con el que se cierra el voto particular, de cuya última frase quiero llamar especialmente la atención: «Constato con placer que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, relativa a ciertas disposiciones sobre la Seguridad Social, la recurrente ha visto cómo se le otorgaba la pensión de viudedad a partir del 1.º de enero de 2007, en la condición de compañera de M. D. De esta for-

³² Me parece muy certera la apreciación del juez Myjer y quiero destacarla. No es correcto tratar peor al que ha cumplido porque ha cumplido. Lo que me recuerda la certera observación de Luis MARTÍN REBOLLO, que ha reiterado en diversas ocasiones, al observar que el Tribunal condenaba al Estado que había ofrecido un plus de garantías, en concreto en el caso de indemnización a quien hubiera estado en prisión preventiva y luego resulta absuelto: «ninguna obligación internacional —es su observación inicial— había para prever este tipo de indemnización por la prisión preventiva». Pero, a la vista del razonamiento del Tribunal, alcanza la siguiente «conclusión: que resulta de mejor condición el país que no prevé ninguna consecuencia indemnizatoria —cuando no hay obligación alguna de preverla— que aquel otro que amplía el derecho, aunque con limitaciones. O sea, que se da un resultado paradójico: aquel país que no contemple supuesto alguno de indemnización por prisión preventiva no puede ser condenado por el TEDH, mientras que quien prevé el derecho, pero con limitaciones, sí». Puede verse su trabajo «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua (A propósito de la sentencia TEDH de 25 de abril de 2006)», en el volumen colectivo *Derechos fundamentales y otros estudios*, II, cit., págs. 1510 y ss., y, recientemente, en «Contra los tópicos, por las ideas», tribuna, en el núm. 155 (2012) de la *Revista Española de Derecho Administrativo*.

ma, se ha conseguido la solución deseable en el nivel apropiado, a saber, en el nivel nacional».

33. No quiero ocultar mi preferencia decidida no sólo por la solución que auspiciaba el juez holandés con su voto contrario, sino muy especialmente por la claridad y concisión jurídica con que, sin ningún tipo de complejos, aborda los delicados problemas que va planteando la sentencia. En efecto, el ámbito apropiado para la solución sería, ni más ni menos, el ámbito nacional, constando como consta el poder de decisión que ha querido reservarse a la ley del Estado en relación con el sinfín de efectos y consecuencias que tienen que ver con el matrimonio. Y es que así como la respuesta unánime a la pretensión que se estudió en primer lugar —la referente a la legalización automática del matrimonio gitano— parece del todo razonable, la decisión de esta segunda parte no deja de producir un sabor agrídulce. Reconforta que se dé la razón a una recurrente y que se afirme el empeño de proteger a las minorías, pero da la impresión de que eso se hace desconociendo reglas jurídicas firmes y entrometiéndose en un espacio inequívocamente reservado a la disponibilidad de los Estados; en el caso concreto, desconociendo sin justificación el legítimo sistema jurídico español. En aquel aspecto inicial resultaba indudable el ámbito reservado al Estado para que su ley modulara la regulación del matrimonio, dando validez a las modalidades matrimoniales que le parecieran razonables y que como tales se hubieran planteado al propio legislador. Lo que no había sucedido en absoluto con el matrimonio gitano, que emergía así de pronto y por sorpresa, reclamando un estatus que ni había sido madurado ni preparado. En suma, se aprovecha la presencia en el Tribunal de un asunto concreto, que podía ser razonable, para formular una reivindicación genérica en absoluto debatida y sin justificación jurídica alguna. Afirmaciones éstas que nada tienen en contra de las tradiciones y costumbres de la comunidad gitana ni, obviamente, contra la propia comunidad. Pero las cosas hay que hacerlas como tienen que ser hechas, y no se puede ir por el mundo improvisando o intentando avanzar por el atajo. Encajan bien aquí las impresiones que describe el juez Myjer en su voto particular: «Las observaciones escritas y el alegato oral del tercero interviniente, la Unión Romaní, me han dado la impresión de que se había utilizado el caso de la recurrente como una cuestión de principio con la intención de obtener la satisfacción de una vieja reivindicación, esto es, el reconocimiento de la legalidad del matrimonio gitano». En suma, una utilización desproporcionada del Tribunal que éste ha sabido contener con justeza y decisión: ámbito genuino del Estado para decidir, sin que cupiera advertir discriminación alguna para

con la minoría gitana, que, a diferencia de otras comunidades, no había logrado un convenio para fortalecer su modalidad matrimonial, dando todo la impresión de que ni siquiera se había intentado. Lo que, con toda probabilidad, hubiera implicado rectificar alguno de los aspectos del rito tradicional. Insisto: ¿no había discriminación en ese no reconocimiento genérico y automático? El Tribunal razona claramente que no, como se viene diciendo: el que ciertas formas religiosas de matrimonio tengan reconocidos efectos jurídicos debido a los convenios suscritos con el Estado, y produzcan los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras otras modalidades religiosas o tradicionales no hayan sido objeto de reconocimiento, no resulta discriminatorio «y responde a motivos que el legislador debe tomar en consideración y que encajan, como destaca el Gobierno, en su margen de apreciación» (p. 80). De ahí su terminante conclusión: «Por tanto —recordaré de nuevo—, el Tribunal estima que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en el sentido deseado por la recurrente no implica discriminación de las prohibidas por el artículo 14. De donde resulta que la pretensión está manifiestamente mal fundada y por ende debe ser inadmitida y rechazada, en aplicación del artículo 35.3 y 4 del Convenio» (p. 81).

34. Pues bien, si se reflexiona un poco y se contemplan las cosas fría y objetivamente, superando aspectos superficiales que en pureza no tienen fuerza para enervar la línea de razonamiento, entiendo que hay que llegar a la conclusión de que el argumento que vale para la primera pretensión debe servir también para la segunda que acabamos de exponer y estamos analizando. Si no hay discriminación en el primer supuesto del no reconocimiento del matrimonio gitano, tampoco la habría en el segundo aspecto de la negación de la pensión de viudedad a quien no hubiera ostentado la condición de esposa legítima según el Derecho español. La ley es clara, y el Tribunal es bien consciente de ello. A lo que hay que añadir que los argumentos adicionales que utiliza el Tribunal para desconocer el mandato de la ley carecen de base jurídica seria. Se está jugando con apariencias que no han sido debidamente contrastadas, como voy a tratar de exponer a continuación.

35. El argumento central, como se ha repetido reiteradamente, se apoya en esos tres elementos que se utilizan como un reconocimiento de matrimonio por el Estado. Estos tres elementos —se recalca— habrían creado en María Luisa Muñoz la legítima expectativa de que su convivencia implicaba un matrimonio legítimo, con plenitud

de efectos, que, obviamente, hubiera debido franquearle el paso a la pensión de viudedad.

Pues bien, hay que decir, con toda sencillez pero con energía, que, independientemente de cuál fuera el mundo que se había construido en su mente la recurrente, tal conclusión no tiene base jurídica alguna según el Derecho español, que en este punto resulta claro y terminante. Habría que recordar así la práctica del Tribunal que exige *calidad* en la ley determinante³³: la ley era clara e inteligible, comprensible por cualquiera, clara para María Luisa Muñoz como lo era para los cientos de parejas gitanas que sí celebraban un matrimonio legal, además del rito gitano.

36. Puse antes énfasis en recalcar cómo el Tribunal reconocía el sentido amplio de la expresión «vida familiar», contenida en el artículo 8 del Convenio (p. 25 de la sentencia *Serife Yigit I*): la vida familiar puede aparecer tanto de la experiencia matrimonial como de otras modalidades de convivencia. Es decir, que hay que tomar precauciones para no equiparar «familia» y «matrimonio»: hay opciones de convivencia no matrimoniales a las que, sin embargo, hoy se les reconoce derecho a una legítima protección. Ello me lleva a recordar también lo que antes señalaba en el sentido de que el sistema constitucional español se compromete con una serie de valores: se reconoce así de forma señalada el derecho al matrimonio como uno de los derechos de los ciudadanos, que, obviamente, habrá de ser garantizado y potenciado; se codifica, asimismo, el compromiso de igual protección a los hijos, independientemente de que sean o no matrimoniales; del mismo modo se quiere defender a la madre, cualquiera que sea su estado civil; lo mismo que se asegura la protección de la familia.

Pues bien, todas esas exigencias constitucionales fueron debidamente atendidas por el legislador español, que modificó cuidadosamente la normativa pertinente con la decidida intención de garantizar tales objetivos. Una de las secuelas indirectas de tal adaptación fue que se rompiera la identificación entre familia y matrimonio, que tanto tiempo había funcionado. Es preciso estar especialmente atentos a este efecto —que el Tribunal había reconocido a las claras, como acabo de recordar—, pues en caso contrario pueden acarrear-se consecuencias infundadas e injustificables, como, lamentablemente, ha hecho el Tribunal con su interpretación simplista en este asunto de María Luisa Muñoz Díaz, mezclando churras con meri-

³³ Me remito a mi trabajo «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 377-406.

nas, según la clásica expresión española. Y es que hoy cualquiera sabe que tras el libro de familia o tras el título de familia numerosa puede haber un matrimonio o puede no haberlo. Lo que supone que la posesión de cualquiera de ambos títulos para nada prejuzga la existencia de un matrimonio. Habrá que estar a otros títulos para acreditarlo. Este aspecto ha sido tratado de manera muy certera y precisa por la profesora sevillana Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: «Pero ni las partes ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen en cuenta —afirmará— que con la Constitución española de 1978 se produce un cambio radical en cuanto a la protección de la familia y la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial con respecto a la etapa franquista». En este sentido, puntualizará algo más adelante: «Tras las reformas acometidas en el ordenamiento jurídico español con posterioridad a la Constitución de 1978, la obtención del Libro de Familia y del Libro de Familia Numerosa dejará de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio (civil o religioso reconocido por el Estado). Consecuentemente, y con independencia de que los progenitores estén o no casados, éstos podrán obtener Libro de Familia en el que figuren los hijos nacidos de esa relación. Es ésta la razón por la que los Libros de Familia y Familia Numerosa que detenta la señora Muñoz Díaz le fueron 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirman que figure inscrita como esposa»³⁴. A la misma conclusión lógica hay que llegar también en relación con el tercero de los puntales que con tanto énfasis menciona el TEDH, el de ser beneficiaria de la atención sanitaria, con el latiguillo —de tanto impacto demagógico si no se analizan las cosas con claridad— de que M. D. había cotizado durante diecinueve años. A este respecto, basándose en la normativa modificada, afirma también Cristina SÁNCHEZ-RODAS: «A partir de la resolución de 20 de diciembre de 1984 de la Secretaría General de Seguridad Social se reconoce derecho a la prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestre que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario». De modo que tampoco, con toda claridad, el re-

³⁴ Véase Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad...», cit., donde además detalla minuciosamente el proceso de modificación normativa producido, que no voy a reproducir ahora, remitiéndome a las ilustradas páginas de su trabajo.

conocimiento de la asistencia sanitaria permite concluir que hubiera un matrimonio³⁵, sin que valga tampoco, desde el punto de vista de la estricta técnica jurídica, el argumento de la cotización durante todos esos años, cotización que, por supuesto, sirvió para financiar la asistencia que a lo largo de esos años pudieran recibir él y sus familiares, y que a él le hubiera servido, de acuerdo con lo que sí reconoce la ley, para obtener la pensión de jubilación de haber continuado con vida. Pero se está ante un sistema minuciosamente pautado por la ley, que no se puede simplificar, más si se tiene en cuenta que se está disponiendo de dinero público³⁶.

En suma, que las tres razones principales en que el Tribunal Europeo parece encontrar su mayor apoyo no tienen base jurídica alguna. Se apoyan en apariencias, pero están desconociendo la realidad efectiva del sistema jurídico español: reconocer una «familia» no es hoy reconocer un «matrimonio», y el legislador tiene libertad para modular las prestaciones de la seguridad social, lo mismo que puede optar estableciendo exigencias diversas para el reconocimiento de la pensión de viudedad. Estamos ante un lamentable «patinazo» jurídico, adobado luego desde la mítica antidiscriminatoria. De verdad que no logro entender cómo el juez español podía desconocer algo tan elemental, pero el reproche va también a los miembros de la Sala que votaron a favor, tan eficazmente asesorados siempre, como lo estuvo sin duda el juez disidente. Sin que valgan tampoco los argumentos menores que completan el razonamiento: no cabe alegar el matrimonio nulo de buena fe

³⁵ Recoge así Cristina SÁNCHEZ-RODAS, *loc. cit.*, el argumento de Iván RODRÍGUEZ CARDO, que califica —dice— de «endeble el recurso al hecho de que la solicitante de la pensión hubiera sido beneficiaria de asistencia sanitaria del fallecido... 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. No se puede extraer de la concesión del derecho a la asistencia sanitaria como beneficiario que la seguridad social estuviera reconociendo la validez y plena eficacia del matrimonio».

³⁶ Indica así igualmente Cristina SÁNCHEZ-RODAS, *loc. cit.*: «Por lo que respecta al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de seguridad social, hay que señalar que 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». Transcribe asimismo la opinión de Luis HURTADO GONZÁLEZ, según el cual la cotización se configura como una «obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél». Hasta el punto de que es comúnmente aceptado el carácter tributario de la cotización. Recoge también la opinión de José María ORDEIG FOX, que recuerda cómo «el Tribunal Constitucional subraya una concepción puramente pública del sistema de Seguridad Social, llegando a desgajar la prestación de la cotización, mero tributo».

por la sencilla razón de que falla la base del raciocinio, dado que no había matrimonio según el Derecho español. Dígase lo mismo de que la discriminación se apoyó en la recordada sentencia 199/2004 del Tribunal Constitucional, sobre el caso del matrimonio católico no inscrito en el Registro Civil. Ya se argumentó que no es de recibo intentar dicha comparación, dado que el matrimonio católico correctamente celebrado es un matrimonio válido —y la contrayente legítima esposa—, sin perjuicio de la no inscripción ulterior en el Registro Civil, que juega a otros efectos.

37. Por todo lo cual alcanzo la conclusión de que la sentencia que se comenta no es correcta por fallar ostensiblemente su apoyatura jurídica. Debió haberse respetado el ámbito de decisión del legislador español, tal y como dispone el artículo 12 del Convenio de Roma. Se estaría, en cambio, ante un supuesto de activismo judicial injustificable y para nada positivo. En este sentido, me agrada sobremanera coincidir con el tan objetivo y sereno voto particular del juez holandés Egbert Myjer. Una vez que se da el paso de desconocer la realidad jurídica española, el Tribunal, como guiado por una idea preconcebida, se apunta a la lógica antidiscriminatoria —no sé si no se podría hablar incluso del «complejo» antidiscriminatorio—, en concreto en defensa de la minoría gitana, pero que yo considero innecesaria y que ninguna falta hacía, a la vista de la realidad efectiva del caso, al margen del victimismo con que los abogados presentaron el asunto. ¿Por qué ha caído el Tribunal en esa trampa? ¿Quería hacer gala de su buena disposición para con las minorías, y en concreto para con la minoría gitana? ¿Le impresionó la presión con que se planteaba el caso? No logro entenderlo y ya advierto que lo juzgo innecesario. Pienso que, en general y a salvo excepciones, la minoría gitana, que merece todos nuestros respetos, que de hecho la mayoría apreciamos, muy integrada en la práctica, no está en absoluto discriminada y, desde luego, en el caso, no aparecen para nada síntomas de trato discriminatorio. Los abogados de la recurrente han tenido la fortuna de que el asunto se sacara de quicio. Es sencillamente un caso de aplicación de la ley, objetiva e igual para todos, y de la siempre posible presencia de quien se sitúa al margen de la misma. María Luisa Muñoz no se atuvo a la ley, y nada más. Son, sin duda, los riesgos de la libertad, a veces dolorosos y que impresionan, como en este caso. Ya ha aparecido el argumento, que no pocos autores repiten, que deriva asimismo de la apreciación que cualquiera podamos tener, y que se reitera incluso en el voto particular, de que hoy la mayoría de parejas gitanas que se casan, además del matrimonio gitano, celebran una unión con reconocimiento oficial por parte del

Estado³⁷. Acaso el protagonismo de los líderes de las organizaciones gitanas, tan activos en las distintas fases del proceso que nos ocupa, hubiera resultado bien positivo de haber advertido a la recurrente en su momento de que su opción —de no casarse a través de alguna fórmula oficialmente reconocida— le situaba en una posición endeble. Me da la impresión, incluso, de que para rectificar cualquier situación similar y servir de aviso general, de manera que no volviera a plantearse tan enojoso problema, hubiera sido más eficaz confirmar la postura de las autoridades españolas, una vez además que la nueva línea política introducida por la «Ley de acompañamiento» 40/2007 permitía, en el caso, concluir con el reconocimiento de la pensión. Porque, además de todo ello, hay un dato obvio, elemental, que sería oportuno recalcar sin desmayo, y es que el efectivo cumplimiento de las leyes sería uno de los valores constitucionales a afianzar y defender, pieza inequívoca, así, de cualquier sistema democrático: ¡que la ley se cumpla y se respete de forma que se afiance a través de la respuesta cívica! Es importante la referencia a la ley y al principio de legalidad que se repite a lo largo de la Constitución española. Destacable, sin duda, lo que representa de compromiso de los poderes públicos, en conexión tan directa con el principio de separación de poderes, pero una visión de conjunto impone atender también a lo que significa de carga y compromiso para los propios ciudadanos. Resulta básico para el sistema que los ciudadanos acaten la norma que han elaborado los representantes populares. Son las reglas de la democracia, que cuesta aprender pero que constituyen un valor social de innegable utilidad. De ahí que la Constitución recalque en lugar cualificado (art. 9.1) que, además de los poderes públicos, «los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Lo que no hay que tomar sólo a modo de imposición del poder, sino que formaría parte del equilibrio de un Estado participativo. Un auténtico valor constitucional, ya digo.

Por eso hablaba antes de que la sentencia deja un sabor agrídulce. Elemental que no se hubiera accedido a algo tan insólito como la legalización automática por sentencia de un rito matrimonial como el que aparece en el caso, el gitano. Que, por cierto, aunque nada se dice en la sentencia, me da la impresión de que no es sólo en España donde no tiene reconocimiento legal. Quizá, decía, la negativa producida pueda servir de incentivo para que los órganos que actúan en defensa de la mi-

³⁷ Cristina SÁNCHEZ-RODAS, *op. cit.*, recoge la opinión de Iván RODRÍGUEZ CARDO, en el sentido de que «muchos gitanos se casan a través del rito evangélico, lo que elimina cualquier traba para el acceso a la pensión de viudedad pues el matrimonio evangélico aun no registrado, permite el acceso del conviviente de hecho a la pensión de viudedad», lo que se apoya en doctrina jurisprudencial.

noría intenten convenir con el Estado alguna modalidad de legalización, siempre que se produjera la adaptación necesaria, si bien yo me mostraba partidario de potenciar en la medida de lo posible el matrimonio civil. Pero, al margen de ello, no veo que esta negativa tuviera que inclinar al Tribunal a intentar «compensarla», accediendo en cambio a la pretensión de reconocimiento de la pensión de viudedad en el supuesto concreto que originó la aparición de la problemática. El que una pretensión no fuera justificable no tiene por fuerza que significar que la otra lo fuera. No habría por qué pensar que se está agravando a un colectivo al reconocer que uno de los miembros de la colectividad no había mostrado la debida diligencia para ser sensible a las exigencias que inequívocamente impone el Derecho español.

38. Se ha destacado³⁸ que esta sentencia sería la primera ocasión en que España resulta condenada por el Tribunal Europeo en relación con las exigencias de respeto al derecho de propiedad, una vez que, como se dijo, los asuntos referentes a prestaciones de la seguridad social tienen ahí su encaje. Pero ya no sería la única, dado que recientemente se ha producido otra sentencia condenatoria en el ámbito de prestaciones de seguridad social, enfocada también desde la perspectiva de la discriminación, aunque en este nuevo supuesto entraba en consideración el motivo religioso; me refiero a la sentencia *Manzanas Martín c. España*, 3.IV.2012, un asunto, sin duda, bien diferente³⁹.

³⁸ Así, Fernando IRURZUM MONTORO, en conferencia sobre «El derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el 16 de febrero de 2012.

³⁹ Se trata de un complejo pero interesante asunto, bien alejado en cuanto a la argumentación del supuesto referente a María Luisa Muñoz, en el que se analiza la diferencia de trato en cuanto al régimen de seguridad social de los ministros de culto protestantes —el recurrente había sido pastor evangélico— en relación con los sacerdotes y religiosos de la Iglesia católica, sobre todo en cuanto a la posibilidad concedida a estos últimos de completar las cotizaciones necesarias para así poder disfrutar de la pensión de jubilación, cosa que no se había previsto, en cambio, para los pastores protestantes. Ante la negativa del INSS, el Juzgado de lo Laboral núm. 33 de Barcelona accedió, por analogía, a la solicitud, pero el Tribunal Superior anuló la sentencia. El Tribunal Constitucional inadmitiría el recurso de amparo entendiendo que el asunto no tenía relevancia constitucional. Llevado el asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se condena a España entendiendo que ha habido discriminación por motivos religiosos, pero si se fija una indemnización de 3.000 euros por daños morales —lo que había solicitado el recurrente: ¡compárese con la indemnización concedida por tal motivo en el asunto de María Luisa Muñoz!—, así como el importe de los gastos procesales —algo menos de lo solicitado—, en cambio, no se concreta la cantidad referente a los daños materiales, dado que el Tribunal Europeo advierte que no se conoce el montante de las cotizaciones que debería efectuar el afectado para estar en condiciones de recibir la pensión de jubilación, por lo que se termina instando a las partes a que se pongan de acuerdo para fijar la cifra, bajo la supervisión, obviamente, del propio Tribunal.

VII. CONCLUSIÓN: LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN DEL DIFERENTE SENTIDO DADO A AMBAS SENTENCIAS

39. Para concluir, una reflexión general sobre los dos supuestos de las «dos viudas» que han dado pie al presente comentario. Casos similares, se decía. Y es que una vez que se desarma la virtualidad jurídica de los tres argumentos utilizados en el caso español para sostener que había actos propios de las autoridades que indujeron a la recurrente a entender que estaba en una situación matrimonial con plenitud de efectos, en puridad, los dos casos son coincidentes del todo con sólo sustituir matrimonio religioso por matrimonio gitano. En ninguno de los supuestos concedía el respectivo Estado reconocimiento a la modalidad practicada, que no podía así esperarse que surtiera efectos generales. Tal y como, además, venía interpretándose de forma inequívoca por los diversos órganos del respectivo Estado, incluidos los jurisdiccionales.

Si las cosas son así, sorprende sobremanera el distinto resultado que patrocina el Tribunal en cada uno de los dos supuestos. El matrimonio del Estado en Turquía pretendía salvaguardar importantes valores que no estaban presentes en la tradición recibida. Entiendo que ese efecto modernizador y potenciador de valores hoy inabdicables que lleva a cabo la ley del Estado —por eso le da prestancia la fórmula tan directa del artículo 12 CEDH— no es ajeno a la regulación española cuando se ocupa del matrimonio, bien en la Constitución, en el Código civil o en los acuerdos con las cuatro religiones reiteradamente recordados⁴⁰. En definitiva, entiendo que no se justifica que en un caso se dijera que no y en el otro se cambiara para decir que sí: en un caso se quieren reforzar las tradiciones y costumbres, al margen de lo

⁴⁰ La sentencia española me suscita una triple reflexión. Ante todo, la de que pienso si el Tribunal sería consciente, al favorecer en bloque y de forma indiscriminada la tradición social de la comunidad gitana, y en concreto el rito del matrimonio, desde el argumento de evitar la discriminación, de que estaba dando su apoyo a una modalidad que en algunos aspectos tendría que ser modernizada, dado que alguna de sus exigencias, como la de la virginidad de la contrayente, difícilmente se puede coheronar con las garantías y derechos que proclama el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde otra perspectiva, y partiendo de que la decisión me parece desacertada y demagógica, no puedo por menos de pensar en la incertidumbre que puede producir en los funcionarios, y por supuesto también en los jueces, que vienen esforzándose por dar aplicación a una regulación legal que se tiene por correcta, en el sentido además de que está dictada para defender y afianzar el importante sector de la seguridad social, con los cuidados que exige siempre el dinero público.

En tercer lugar, ¿sería consciente el Tribunal de que la presente sentencia podría ser utilizada como *precedente* en supuestos de manifiesta omisión de las exigencias legales, ya en España, en ocasiones similares a las de María Luisa Muñoz, ya en cualquier otro Estado del Convenio, ante circunstancias similares?

que diga la ley —para la comunidad gitana—, mientras en el otro para nada se quiere tener en cuenta el planteamiento tradicional —la tradición musulmana de la antigua Turquía— y se apuesta decididamente por la solución introducida por el legislador en defensa de la laicidad. A este respecto, aunque sea meramente anecdótico, me planteo personalmente qué pensarían tres de los jueces que con su voto accedieron a que se admitiera la pretensión de María Luisa Muñoz Díaz en diciembre de 2009 cuando, once meses después, en noviembre de 2010, en la Gran Sala votaban en la segunda sentencia sobre el asunto de Serife Yigit, con resultado que, por lo demás, parece el correcto, en el sentido de que había que seguir manteniendo la negativa a la pretensión⁴¹. En ambos supuestos estaban inequívocamente presentes aspectos de una tradición social, pero en ambos parecía muy importante respaldar el valor y el contenido de la ley del Estado llamada a configurar el matrimonio.

⁴¹ En efecto, formaron parte de la Gran Sala que aprobó por unanimidad la sentencia *Serife Yigit II* los jueces Josep Casadevall (Andorra), Corneliu Birsan (Rumanía) y Luis López Guerra (España), que habían constituido Sala en el asunto *Muñoz Díaz*, apoyando la sentencia de sentido contrario.