

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero

EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD PARA LAS PAREJAS DE HECHO, ¿UN CASO DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero de 2021, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional en resolución del recurso de amparo núm. 1343-2018, aborda una problemática compleja: el tratamiento jurídico del rito matrimonial romaní desde la perspectiva de la prohibición constitucional de discriminación. En particular, desestima la demanda de amparo interpuesta por una ciudadana de etnia gitana que solicitaba el reconocimiento de su derecho a una pensión de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que se unió en matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos en el año 1974, tuvo cinco hijos en común y convivió al menos durante los quince años anteriores a su muerte. La sentencia constitucional respalda así la posición previamente adoptada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la que se le reconocía a la recurrente dicho derecho.

Como es conocido, en España el rito matrimonial romaní no produce efectos civiles. En consecuencia, quienes hayan celebrado una unión matrimonial conforme a la tradición gitana a la muerte de su pareja no podrán acceder a la pensión de viudedad, salvo que se hayan constituido como pareja de hecho. Esta posibilidad se introdujo en nuestro ordenamiento a través de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que modificó la Ley General de la Seguridad Social. La situación de desamparo en la que podían quedar las parejas unidas por el rito gitano con anterioridad a esta fecha suscitó una enorme polémica en nuestro país hace algo más de una década, con motivo de la condena al Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Muñoz Díaz c. España. En aquel caso, las autoridades administrativas y judiciales españolas denegaron el acceso a la pensión de viudedad a una ciudadana que había contraído matrimonio conforme a la tradición gitana con un hombre con el que convivió durante veintinueve años y tuvo seis hijos. El Tribunal de Estrasburgo, si bien aclaró que el respeto al Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone a los Estados parte la obligación de reconocer efectos civiles a las uniones celebradas conforme a este ritual, consideró que las particulares circunstancias del caso revelaban un trato discriminatorio por razones étnicas. La señora Muñoz Díaz había mantenido durante años la convicción de que su matrimonio gozaba de plena validez jurídica y las autoridades nacionales habían reforzado dicha creencia con sus actuaciones, reconociéndola como esposa del difunto en varios documentos oficiales. No reconocer su derecho a la pensión de viudedad en esta situación contravenía la práctica habitual de la Administración española, que en otros casos había considerado la creencia de buena

fe en la validez de un matrimonio motivo suficiente para garantizar esta prestación, constituyendo esta diferencia de trato injustificada una vulneración de la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Para la señora Joaquina Cortés Cortés, recurrente en amparo en la sentencia que ahora comentamos, su caso resultaba equiparable al asunto Muñoz Díaz c. España. Habiendo contraído matrimonio conforme al rito gitano años atrás, actuando de buena fe y con la creencia de la plena validez del mismo, denegarle la pensión de viudedad habría constituido un tratamiento discriminatorio contrario al artículo 14 CE. De manera subsidiaria, de no reconocerse su derecho a la pensión de viudedad por esta vía solicitaba que se le otorgara esta prestación por su convivencia *more uxorio* con el fallecido, consolidada a lo largo de los años de forma pública. La Ley General de la Seguridad Social en 1994, en su artículo 174 —cuyo tenor literal mantiene el actual artículo 221—, consideraba pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad a quienes cumplieran un requisito material y otro formal: una convivencia estable notoria e ininterrumpida no inferior a cinco años y su constitución formal con una antelación mínima de dos años antes del fallecimiento. La inscripción de la pareja en el registro correspondiente o la formalización de su vínculo mediante escritura pública se consideran requisitos *ad solemnitatem*, necesarios para la existencia jurídica de la pareja a estos efectos. Una aplicación estricta de esta normativa, por tanto, excluía la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad de la recurrente, que nunca formalizó su unión con el fallecido por ninguno de estos cauces. Sin embargo, la señora Cortés Cortés consideraba que una interpretación semejante del ordenamiento incurría en una discriminación indirecta, en la medida en que la regla en cuestión estaba formulada en términos neutrales respecto a la etnia, pero provocaba un efecto desproporcionadamente perjudicial en los miembros del colectivo gitano.

El Tribunal Constitucional descarta, en primer lugar, la identidad entre el caso sometido a su examen y el asunto Muñoz Díaz c. España. A diferencia de lo que ocurrió en aquel supuesto, las autoridades administrativas nunca indujeron a la señora Cortés Cortés y al que fuera su pareja a creer que su unión constituía un matrimonio reconocido y protegido como tal por el Derecho español. Ambos figuraban en todos los documentos oficiales como solteros y sus hijos en común constaban en el libro de familia como no matrimoniales. Por otro lado, en numerosas ocasiones el Tribunal ha aclarado que el no reconocimiento de efectos civiles al rito matrimonial romaní es una opción legítima del legislador que no contraviene el derecho al matrimonio reconocido en el art. 32 CE ni incurre en una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación recogidos en el art. 14 CE. Considerando que no existe motivo alguno para cambiar esta jurisprudencia consolidada, los magistrados desestiman la pretensión principal de la actora. Hecho esto, centran su atención en la posible existencia de una discriminación en relación con la exigencia de formalización de la pareja de hecho en orden a acceder a la pensión de viudedad. A este respecto descartan la existencia de una discriminación directa, dado que la razón de denegar la pensión de viudedad a las parejas que no se hayan constituido formalmente como pareja de hecho no se funda

en motivos étnicos. A su entender, no concurre en el presente caso una forma de discriminación contra la etnia gitana, sino «la consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria, de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho del vínculo, las cuales [...] no están condicionadas a la pertenencia a una raza [...] ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras». Descartan asimismo la posibilidad de que la señora Cortés Cortés pueda exigir un tratamiento normativo desigual en atención a sus particulares tradiciones, por no tener cabida en nuestro ordenamiento constitucional la figura de la *discriminación por indiferenciación*. Por último, niegan la existencia de una discriminación indirecta en la normativa vigente, dado que no existe un perjuicio para los miembros del colectivo gitano respecto de otros colectivos que opten por no formalizar su unión de vida, y tampoco puede sostenerse que la interpretación y aplicación de esta normativa tengan un impacto desproporcionadamente perjudicial para el pueblo romaní.

En contra del criterio de la mayoría, y demostrando una mayor sensibilidad a la obligación de protección del pueblo romaní que imponen a las autoridades nacionales nuestra Constitución y una larga serie de acuerdos internacionales ratificados por el Estado español, presenta un voto particular el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. A su entender, la sentencia de la mayoría no aplica debidamente los parámetros de control que han de emplearse a la hora de examinar una presunta discriminación indirecta. Es preciso tomar en consideración los datos estadísticos relativos al volumen de población de etnia gitana residente en España, a su estado civil y a la frecuencia con la que formalizan sus uniones conforme a su rito cultural tradicional de forma exclusiva, para poder confrontar estos datos con la población general. Dado que en la población gitana las familias compuestas de manera nuclear por un matrimonio representan el 64,1 %, frente al 54,7 % en la población general, y que la unión de vida exclusivamente por el matrimonio gitano está presente en el 28 % de personas casadas de esta comunidad y este porcentaje ha mostrado una tendencia alcista en los últimos años, mientras que en la población general se ha mantenido en torno al 15 % el porcentaje de parejas que optan por uniones de vida frente al 85 % que lo hacen por el matrimonio, es posible afirmar que la exigencia de inscripción o formalización pública de las uniones de hecho implica para la población romaní, en mayor proporción que para la población general, un perjuicio notorio. Señala el magistrado, además, que el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho se vincula a periodos de cotización no despreciables y ello repercute de forma especialmente negativa en la población gitana, que sufre mayores tasas de desempleo de larga duración. Por último, subraya que el perjuicio por la normativa es particularmente grave para las mujeres gitanas, dado que en general las personas que solicitan esta prestación son mayoritariamente mujeres y dentro de la comunidad romaní el sustentador principal de la familia es el varón en el 83 % de los casos. Siendo así que la regulación objeto de examen genera efectos desfavorables especialmente significativos para un colectivo vulnerable, el respeto a la prohibición constitucional de discriminación exige que ello responda a una finalidad

legítima y objetivamente justificada, y constituya además una medida adecuada a la consecución de tal fin y proporcional en sentido estricto. Como la finalidad última de exigir la formalización de las parejas de hecho no es otra que probar la existencia de una unión de vida, y dada la solidez de la tradición cultural del rito romaní dicho extremo puede considerarse probado en casos como este, el magistrado concluye que se debería haber otorgado el amparo solicitado a la recurrente, por vulneración de su derecho a no ser discriminada reconocido en el art. 14 CE.

Laura HERNÁNDEZ LLINÁS
Personal Investigador en Formación (FPU)
laurahllinas@usal.es