



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

DE NUEVO UNA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD: EL DESMORONAMIENTO DE TODA UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA IGNORANCIA DE LA DIMENSIÓN MULTICULTURAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: La recurrente de amparo solicitó pensión por viudedad que le fue denegada por Resolución del INSS, alegando sobre aquélla no ser o haber sido cónyuge del fallecido y por no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. La reclamación previa fue desestimada, sin embargo, interpuesta la demanda, el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, en Sentencia de 30 de mayo de 2002, estimó las pretensiones de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio por el rito tradicional gitano en noviembre de 1971, teniendo seis hijos, Para el magistrado el matrimonio gitano celebrado en territorio español conforme a la Ley personal de los contrayentes, es una forma válida de matrimonio admitida por los usos y costumbres de dicha etnia, por lo que lo considera válido —además de opinar sobre la necesidad de que se prevea su inscripción en el Registro Civil, conforme a lo dispuesto en los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil y, en definitiva, considera que el INSS incurrió en un tratamiento discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución Española. El INSS interpuso el correspondiente recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, que fue estimado por Sentencia de 7 de noviembre de 2002 al considerar que no se había producido discriminación sino simple observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de su soberanía —y distingue entre la legalidad vigente y la meramente deseable— y el matrimonio celebrado única y exclusivamente por el rito gitano no se halla entre los supuestos que considera la ley. Para el TSJ, aunque estas normas tengan un valor interno respecto al propio grupo o etnia, ello no significa que éstas trasciendan jurídicamente de su propio ámbito y, por tanto todos, los ciudadanos españoles han de estar a la norma vigente y aplicable a un matrimonio entre españoles celebrado en España. Finalmente, el TC no otorga amparo sosteniendo que no hay discriminación por razón social ni étnica.

RESUMEN: El TC (Rec. núm. 7084-2002) analiza la supuesta vulneración el artículo 14 CE que contempla de forma expresa la discriminación racial o étnica, abarcando la prohibición de discriminación tanto a la directa como a la indirecta (comportamientos formalmente neutros pero de los que se deriva un impacto adverso). Para el TC la denegación de la pensión de viudedad a las uniones de hecho, o formas de convivencia no institucionalizadas legalmente, no vulnera dicho derecho como tampoco halla discriminación por razones sociales en el hecho de que el legislador limite la protección de viudedad a los supuestos de convivencia no institucionalizada, aspecto este en el que el Tribunal se explaya, recordando su doctrina anterior.

Y en el caso de la pareja casada por el rito gitano, considera que el tratamiento dado a las uniones «*more uxorio*» no toma como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, que en ninguna forma se condicionan a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas, por lo que concluye en la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ALCANCE LIMITADO DE LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL
2. MULTICULTURALIDAD Y EFECTOS COLATERALES DEL FENÓMENO INMIGRATORIO: LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES SIMULTÁNEOS (POLIGAMIA) Y SUS EFECTOS SOBRE LA PENSIÓN DE VIUEDAD
3. LA «IGNORANCIA» DE LA DIVERSIDAD CULTURAL «INTERNA»: CRÍTICAS A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.
4. BREVES REFLEXIONES A MODO DE CIERRE



1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ALCANCE LIMITADO DE LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE

La necesidad de reformar en profundidad las prestaciones por muerte y supervivencia es una realidad hoy plenamente asumida a nivel teórico —no tanto a nivel social, pues sería esta sin duda una de las medidas más impopulares a adoptar por un Gobierno—. De hecho, estas pensiones han sido reformadas recurrentemente, de forma más acusada las de viudedad, en los últimos siete años. Baste recordar el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia y el RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Reformas que a todas luces han resultado insuficientes y prueba de ello es que la LMSS haya vuelto a modificar su régimen jurídico.

No se puede negar que la Ley 40/2007 ha supuesto una reforma relevante del régimen jurídico de las pensiones por muerte y supervivencia. Ciertamente, en relación a la pensión de viudedad, y aunque esta norma no ha llevado a cabo una reforma en profundidad que redefina el concepto de la situación de necesidad o contingencia protegida —hasta ahora la pensión de viudedad se viene reconociendo en términos predominantemente contributivos, al margen de cualquier consideración sobre la situación de necesidad—, el legislador ha roto con uno de los reductos jurídicos de la diferencia de tratamiento entre las parejas de hecho y los matrimonios, al reconocer la ruptura de los paradigmas tradicionales de familia y la existencia de un panorama cada vez menos estandarizado. Consciente de lo limitado del alcance de esta última reforma es el propio legislador cuando señala en la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la LMSS que «El Gobierno, siguiendo las Recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad».

Sin duda se podrá argumentar que los cambios introducidos por esta Ley no son suficientes ya que no se ha procedido a una plena equiparación entre parejas casadas y parejas de hecho, sin embargo, constituye el primer paso que se ha dado en esta dirección. Este es su mérito, ni más ni menos, pero de lo que sí estamos seguros es de que es precisamente eso, «un paso», por lo que cabe esperar en un tiempo no muy lejano cambios aún más importantes en la dirección emprendida por la Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social —en adelante, LMSS—.

Las modificaciones introducidas en los artículos 171 y ss. de la LGSS afectan, fundamentalmente, a las siguientes cuestiones:

- La «equiparación» entre los matrimonios y las parejas de hecho, que no es plena ya que en el reconocimiento de la pensión de viu-

edad en el caso de parejas de hecho se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos por parte de éstas. Concretamente, se exige que el superviviente de la pareja de hecho haya mantenido una convivencia estable y notoria (al menos cinco años), dependencia económica y/o hijos comunes con derecho a percibir una pensión de orfandad. De ello se desprende, como ya hemos anticipado, que esta norma no ha procedido verdaderamente a una equiparación entre unas y otras formas de convivencia y en este sentido resulta paradigmática y discutible, la afirmación en la Exposición de Motivos de que *«habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad»*, ya que, como la propia norma reconoce, es perfectamente posible controlar en estos casos la dependencia económica del causante, así como la propia existencia de la pareja de hecho.

- La segunda de las modificaciones destacables se refiere a los supuestos de divorcio o separación, dado que el reconocimiento de la pensión de viudedad queda condicionado en estos casos a que el cónyuge superviviente tenga reconocida previamente la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil —que ha de extinguirse—, ya que ésta implica *per se* la dependencia económica.
- En tercer lugar, en los supuestos de concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión se garantiza el 40% de la base reguladora de la pensión al cónyuge superviviente o pareja de hecho —quien conviviera sin ser cónyuge con el causante—, siempre que en este último caso el beneficiario cumpla con los requisitos exigidos con carácter general a las parejas de hecho.
- En cuarto lugar, para los supuestos en que el fallecimiento del sujeto causante se deba a enfermedad común y no se pueda acreditar una convivencia mínima de un año o bien no existan hijos en común, se crea una nueva prestación económica: la prestación temporal de viudedad con una duración de dos años, por lo que, implícitamente, se exige bien una convivencia matrimonial de un año, bien hijos comunes, para el acceso a las pensiones de viudedad. De este modo, se ha procedido de una forma «indirecta» y dosificada a una «racionalización» de estas pensiones.
- Otra de las novedades afecta a la cuantía, ya que se admite la posibilidad de que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad puedan sobrepasar el importe de la base reguladora del sujeto causante



en los casos en los que el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70%.

- Por último, la «equiparación» —como hemos, visto parcial y limitada— entre parejas matrimoniales y no matrimoniales, se extiende en la misma medida al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como anticipábamos es una reforma inacabada y se abre una etapa previa de estudio, ya que estamos ante una cuestión compleja y de una gran sensibilidad y esa prudencia o temor del legislador se evidencia porque no hay compromiso de aprobar una ley a corto ni a medio plazo; recordemos que el único compromiso expresado en la LMSS —Disposición adicional vigésima quinta— se refiere a que «El Gobierno, siguiendo las recomendaciones el Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad. En tanto, conforme establece el artículo 171.1 TRLS las prestaciones por muerte y supervivencia son cinco: el discutido, por su ridícula cantidad, auxilio por defunción, la pensión vitalicia de viudedad, la prestación temporal de viudedad, la pensión de orfandad y la pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares.

Desde nuestro punto de vista, y en concreta relación a las pensiones de viudedad, la reforma pendiente tratará de reconducir dicha pensión a su función original y primigenia, por más impopular que esta medida pueda resultar. Pero siendo esta la «asignatura pendiente», no cabe duda de que se ha iniciado ya un cambio en la «cultura» de estas pensiones, cambio que se corresponde con cambios culturales sobre las formas de vida en pareja y familia. La LMS, no es sin embargo, en lo que se refiere a este tema una norma «avanzada», pues lo único que ha hecho es asumir y dar cierto valor jurídico a cambios hoy incuestionables en las formas de convivencia humana, sin embargo, y este es el tema que vamos a tratar de poner de relieve en estas páginas, no ha sido todo lo «actualizada» que cabría esperar, por su cortedad de miras, ya que hay otros cambios que también se están produciendo en nuestra sociedad.

2. MULTICULTURALIDAD Y EFECTOS COLATERALES DEL FENÓMENO INMIGRATORIO: LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES SIMULTÁNEOS (POLIGAMIA)

En efecto, nadie cuestiona las intrincadas relaciones entre cultura, sociedad y Seguridad Social y por ello mismo ésta ha de tener en cuenta no solo los cambios en sí, sino la diversidad en un contexto social cada vez

menos estandarizado en los ciclos y formas de vida y empleo, siendo el caso de la cultura romí uno de los que mayor presencia tiene en nuestro país y en el conjunto de la UE, donde ya se están adoptando iniciativas interesantes que dan cuenta de la necesidad de considerar dicha diversidad, no meramente étnica sino también cultural. Los gitanos españoles son el grupo étnico nacional más numeroso, se estima que sobrepasa el medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años y sobre cuya existencia ya hay constancia en la Pragmática de Medina del Campo —como se conoce, aunque debiera llamarse de Ocaña que era su lugar de asentamiento en aquél momento—, tal como consta en la Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación ¹.

En esta misma línea crítica se pueden extrapolar estas críticas a la falta de consideración por parte de la normativa de Seguridad Social del fenómeno inmigratorio, que junto con la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, constituyen las cuestiones sociales por excelencia en nuestro país.

Muchas han sido las normas dirigidas a procurar la conciliación de la vida familiar y laboral, al mejor reparto del trabajo y las responsabilidades entre hombres y mujeres en el hogar y cuidado de hijos, así como normas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y me refiero a normas de Seguridad Social (prestaciones y subsidios nuevos y reforma de los preexistentes rebajando requisitos para el acceso e incrementando las cuantías), cuya oportunidad es indiscutible. Sin embargo, las normas de Seguridad Social siguen sin hacerse eco de la compleja variedad de situaciones que plantea para el Sistema el fenómeno inmigratorio y la interculturalidad que lleva aparejada.

Y no nos referimos a la balanza ingresos/gasto social, que parece ser la preocupación fundamental en estos temas: si la inmigración, con el efecto inmediato del incremento del número de cotizantes contribuye a sanear las cuentas de la Seguridad Social, o si por el contrario, el incremento de gasto sanitario y la generación en un futuro de pensiones vitalicias pudieran comprometer o afectar negativamente a la viabilidad de nuestro Sistema. Ni tampoco a cuestiones como la necesidad o la conveniencia —o no— de adoptar medidas de flexibilidad del principio de territorialidad, la exportación de prestaciones —que hemos analizado en otros trabajos—.

¹ Para un análisis histórico-jurídico del pueblo gitano *vid.* MARTÍNEZ DHIER, *La condición social y jurídica de los gitanos en la legislación histórica española. A partir de la Pragmática de los Reyes Católicos de 1499*. Tesis doctoral, Ed. Universidad de Granada, 2007 y, del mismo autor, «Los gitanos y el principio de igualdad. Rasgos jurídicos históricos», en *Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2001, págs. 575 a 590.



Lo que se plantea aquí es el problema de la diversidad cultural que afecta a las formas institucionalizadas de convivencia entre personas, una de ellas la poligamia. Hasta ahora en la pensión de viudedad el tema se ha centrado en la protección/desprotección por esta contingencia de las parejas de hecho o no matrimoniales o en la sucesión de distintos vínculos matrimoniales o extramatrimoniales. Sin embargo, lo que plantea la interculturalidad nacida, en gran parte, de corrientes migratorias cada vez más intensas, es que existen ciudadanos —extranjeros o nacionalizados— que mantienen vínculos matrimoniales simultáneos, válidos conforme a la ley nacional y que fueron contraídos en otros países que admiten la bigamia o poligamia y que cumpliendo todos los requisitos generan derecho a una pensión de viudedad. Problema al que las Entidades Gestoras se están enfrentando en medio de una anomia absoluta, bien repartiendo a partes iguales entre los dos cónyuges supervivientes, bien en proporción al tiempo de convivencia si es que fuera sucesiva, bien reconociendo la pensión sólo al primer cónyuge, por considerar válido el segundo. Y de la misma manera nuestros jueces y tribunales, obligados a acudir a interpretaciones analógicas, llegan a conclusiones contradictorias, que por el momento no ha tenido ocasión de resolver el Tribunal Supremo.

Se dan cita en estos temas «culturales» bienes jurídicos distintos que se invocan desde posiciones enfrentadas y que incluso comienzan a plantearse no sólo en campañas electorales sino en iniciativas legislativas de algunas Comunidades Autónomas: Los compromisos o contratos de integración, para la asunción, no meramente de nuestras normas jurídicas, sino de nuestras costumbres y cultura. Junto a argumentos de corte defensivo y más o menos «nacionalistas» se invocan otros como la incompatibilidad de ciertas prácticas con la dignidad de la mujer (el velo, la bigamia...) y el principio de igualdad. Es claro, desde nuestro punto de vista que cualquier ciudadano en territorio español está obligado a respetar nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo ¿hasta qué punto estas prácticas lo contrarían o no? Lo que sí es claro es que sea cual sea la posición que se adopte, es que los ciudadanos que contraen matrimonios manteniendo vínculos anteriores de la misma naturaleza en otros países y conforme a su ley personal, son válidos y lo que nos tendríamos que plantear es la solución a adoptar respecto a la viudedad de estas personas.

Desde nuestro punto de vista las soluciones a cuestiones tan complejas no pueden ir sin más reflexión a declarar nulo el o los matrimonios ulteriores, recociendo pensión a la viuda *prior in tempore*. La distribución de la pensión según el tiempo de convivencia de cada cónyuge supérstite, como solución a aplicar de modo analógico a los supuestos de matrimonios sucesivos tras divorcio, presenta algunas dificultades cuando la convivencia con

los cónyuges ha sido simultánea prácticamente todo el tiempo. En todo caso, damos por sobreentendido el reconocimiento de varias pensiones de viudedad autónomas e íntegras causadas por un solo sujeto, ya que ello resultaría claramente atentatorio contra el principio de igualdad.

La reforma de la Ley 40/2007, aunque abra la posibilidad de reconocimiento de estas pensiones a las parejas de hecho que cumplan los requisitos de convivencia, hijos y/o dependencia económica, entendemos no es una solución adecuada para los supuestos de bigamia, ya que no es aceptable considerar nulos los matrimonios subsiguientes al primero y calificar de unión de hecho lo que según la ley personal es un matrimonio válido. El que la ley reconociera algún valor jurídico a estas situaciones no supone apoyar o fomentar la poligamia, que seguiría siendo un ilícito en nuestro país, por el contrario, la norma vendría a dar respuesta a una realidad que la inmigración plantea a nuestra Seguridad Social y que solo desde el respeto a la diferencia, sin renunciar a la propia identidad puede ser debidamente atendida.

Y dentro del respeto a la diferencia también hemos de reflexionar sobre las razones por las que el matrimonio celebrado según la costumbre y tradición de un pueblo, el gitano, carece de valor jurídico, mientras que el celebrado por determinadas confesiones religiosas es inscribible en el Registro Civil, y en algún caso, aun sin haber sido inscrito ha sido considerado válido por nuestro Tribunal Constitucional, en relación con el reconocimiento de una pensión de viudedad. ¿Es razón suficiente el que en un caso estemos ante una minoría étnica y en el otro ante la confesión religiosa mayoritaria de los españoles? Es evidente que en aquél caso hay instrumentos normativos que así lo prevén, sien embargo, desde nuestro punto de vista este argumento no es de recibo en términos absolutos —y ello sin salirnos del análisis jurídico—, ya que nuestra Constitución garantiza los derechos de las minorías, garantiza un derecho a la diferencia, a la vez que la no discriminación por el hecho de ser diferentes.

El tema no ha hecho más que empezar, ya son varios los Tribunales Superiores de Justicia que se han enfrentado a este problema y la falta de una norma específica que aplicar está dando lugar a pronunciamientos encontrados o contradictorios, por lo que cabe esperar en breve que el reconocimiento y distribución de porcentajes de las pensiones de viudedad cuando el causante tuviera varios vínculos matrimoniales simultáneos llegue al Tribunal Supremo. Como exponentes más recientes de esta situación judicial son ilustrativas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 —que a su vez cuenta con voto particular— que no reconoce ningún efecto jurídico a los matrimonios posteriores al primero y las del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de julio de 1998 (AS 1998, 1493) y de 2 de abril de 2002 que sí se los reconocen.



Desde nuestro punto de vista el debate no se ha de centrar en el tema de la admisión o no de la poligamia, sería un falso debate ya que de antemano la respuesta es negativa, sino en el valor que ha de darse a estos vínculos válidos conforme a la ley personal de los contrayentes —y lugar de celebración de dichos matrimonios—. No obstante, los Tribunales parecen centrarse en esa cuestión (poligamia sí/no) para generar un rechazo, cuando de lo que se trata es de determinar el alcance que puede tener en nuestro ordenamiento este fenómeno claramente foráneo y que en realidad se restringe a una institución islámica permitida solo fuera de las fronteras europeas. En efecto la noción de familia o de matrimonio se configura como una institución monógama, de hecho el artículo 46.2 del Código Civil impide contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial, previéndose en el artículo 73.2 Cc la nulidad del segundo vínculo mientras subsista el primero. Además el Acuerdo de cooperación de 20 de febrero de 1992 entre el Gobierno de España y la Comisión Islámica de España se limita a la aplicación del derecho musulmán para regular la forma coránica de celebración del matrimonio, salvo en lo que se opongan a la CE y a la ley española, como es la bigamia. Y hasta tal punto es así que la monogamia se constituye en cuestión de orden público y como tal está tipificada como delito por el artículo 217 del Código Penal.

Sin embargo ello deja a salvo a aquellos ciudadanos que contrajeron varios matrimonios conforme a su ley personal en un lugar en el que la misma está reconocida jurídicamente como válida, ya que el matrimonio se regula por ésta —la ley personal— y si en el correspondiente país la poligamia es válida habría que cuestionarse qué valor tiene en nuestro sistema jurídico, pues como regla general se ha de estar a la ley personal, con la única excepción de que ello resulte contrario al orden público español. El hecho de que existan manifestaciones en nuestro ordenamiento que deniegan valor jurídico a estos vínculos matrimoniales múltiples, no tienen por qué leerse en clave de imposibilidad absoluta. Es el caso de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y para su integración social, en la que la figura de la reagrupación familiar se contempla en relación a un solo cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Y es que esta norma tan sólo se refiere a una institución: la reagrupación familiar, que tiene un sentido más bien limitativo de la entrada de inmigrantes que de verdadero orden público.

El hecho de que la concepción española del matrimonio sea por definición monogámica e, incluso, que la poligamia pueda ser considerada atentatoria contra la dignidad de la mujer en nuestras coordenadas culturales y jurídicas no lleva aparejado necesariamente que se consideren nulos de pleno derecho aquéllos válidamente constituidos en los países de origen.

En todo caso, es una cuestión que merece una reflexión más honda que la negación de todo efecto jurídico invocando el orden público, ya que en el Código Civil puede decirse que existe una verdadera laguna legal, pues aunque los artículos 49.2 y 50 CC sobre reconocimiento de matrimonios extranjeros establecen los criterios básicos, no se refieren de forma expresa a los matrimonios de extranjeros celebrados ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, pudiendo aplicar, desde nuestro punto de vista, por analogía aquéllos preceptos del CC, en cuyo caso serían válidos los matrimonios contraídos conforme a la ley del lugar de celebración.

En todo caso, reconocer efectos a estos vínculos matrimoniales no equivale al derecho al reconocimiento *in integrum* de la pensión a cada uno de los cónyuges supervivientes, siendo lo procedente el reparto o distribución de la misma, en cuyo caso, lo más razonable sería aplicar analógicamente las reglas de distribución proporcional según tiempo de convivencia cuando ha habido vínculos matrimoniales —y ahora extramatrimoniales— sucesivos tras separación o divorcio.

El hecho de que la Ley 40/2007 reconozca de forma limitada o parcial pensiones de viudedad al miembro superviviente de la pareja de hecho parece restar dimensión al problema de la poligamia, sin embargo, sigue sin darse un tratamiento adecuado porque realmente no son uniones de hecho sino matrimonios válidos con arreglo a la legislación del Estado en que se celebraron y, a diferencia de las uniones de hecho, la separación o el divorcio, donde se dan vínculos sucesivos, en el caso de la bigamia o poligamia se trata de vínculos simultáneos.

3. LA «IGNORANCIA» DE LA DIVERSIDAD CULTURAL «INTERNA». ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 17 de abril, resuelve un recurso de amparo por supuesta vulneración del principio de no discriminación por razón racial o étnica, en relación con la denegación de una pensión de viudedad a una mujer española de etnia gitana por supuesta nulidad del matrimonio celebrado en territorio español según el rito gitano. El TC deniega el amparo solicitado por considerar que dicha denegación no supone discriminación por razones sociales, no hallando discriminación en que el legislador ordinario limite la pensión de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada.

Partiendo de esta última afirmación —que no es discriminatorio que la ley limite la pensión de viudedad a los vínculos matrimoniales legalmente reconocidos—, continua el TC señalando que el tratamiento dado a las unio-



nes «*more uxorio*» no toma como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, que de ninguna forma se condiciona a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas.

La recurrente en amparo solicitó pensión de viudedad en 2001, siéndole denegada cuatro días después por la Dirección Provincial de Madrid del INSS por no ser o haber sido cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. Se denegó de forma expresa la reclamación previa argumentando que no existe precepto legal que considere viudo o viuda a la persona que estuviese conviviendo con el causante y cita en su apoyo la doctrina constitucional que avala esta interpretación (SSTC 184/1990 y 66/1994), según la que no es contrario al artículo 14 CE la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social.

Es importante destacar que el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid estimó la demanda de la actora contra el INSS, por considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos en común, matrimonio que se celebró en territorio español y que se ajustaba a la ley personal de los contrayentes, siendo una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia. «por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil...».

En contraste, una vez interpuesto por el INSS recurso de suplicación por el INSS, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid lo estimó en Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3376). Restando importancia al hecho de que en la cartilla de la Seguridad Social figurase la condición de esposa, pero dejando abierta la duda de si fue añadida a mano o no por sus titulares, porque no constituye éste un documento fehaciente, justifica el fallo en que no existe discriminación alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el matrimonio por el rito gitano no tiene la condición de tal matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico y tampoco es discriminatorio «la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español...», ya que «cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la Ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, *no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico...*».

El recurso de amparo se basó en la supuesta vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social. Discriminación que se habría producido al equiparar esta situación a la de una pareja de hecho, a pesar de estar casada por el rito gitano, reconocerse casada con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó y respetando los demás elementos de orden público afectos al matrimonio (convivencia prolongada, relación afectiva), razones por las que considera que aunque no tenga plenos efectos civiles ha de ser considerado «algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello». Además, invocando la STC 180/2001, de 17 de septiembre, argumentó que en el momento de contraer matrimonio gitano no fue libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber reglado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito. Discriminación, en fin, por la no aplicación analógica de la solución adoptada para los matrimonios nulos que habría permitido acceder a la pensión de viudedad. Argumentos que no había esgrimido la solicitante de amparo en la vía judicial previa, por lo que el TC se limita a analizar la existencia o no de discriminación, sin entrar en los que sólo se han planteado en la demanda de amparo —los más importantes—.

Eliminado ese «obstáculo», es claro que el TC tiene allanado el camino a la denegación de amparo a lo que se añade que también desestima identidad entre el supuesto ahora enjuiciado y el que resolvió la STC 199/2004, por entender en ésta que se trataba de un matrimonio celebrado por la Iglesia católica válidamente contraído conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en el que se denegó la pensión de viudedad por falta de inscripción registral —se ha de llamar la atención en el hecho de que fueron los propios contrayentes quienes se negaron a que su matrimonio religioso fuera inscrito en el Registro Civil correspondiente—. En cambio en el caso de la demanda de amparo ahora sustanciada el TC considera que no existía un matrimonio válidamente celebrado y vuelve a recordar la muy extensa doctrina constitucional que reiteradamente declara que no hay discriminación por razones sociales en el hecho de que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia (SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, que tienen su origen en la STC 184/1990), cuestión ésta que en ningún momento cuestiona ni solicita la recurrente que insiste en la existencia de matrimonio.

En cambio, muy débil es la argumentación del TC en el punto más importante del supuesto: el valor jurídico del «matrimonio gitano»: En efecto el TC se limita a señalar que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las for-

mas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación... no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente». Tras esta breve y escasamente elaborada afirmación, el TC vuelve al tema, ya en ese momento indubitado, de que la limitación de la pensión de viudedad en la LGSS sólo a los casados no es discriminatoria y que tampoco hay en este caso una discriminación ni directa ni indirecta por motivos raciales o étnicos.

En cuanto a la supuesta «discriminación por indiferenciación» —en este caso, por dar igual tratamiento a realidades distintas: uniones de hecho y matrimonio gitano en el que concurre una tradición y base étnica— el TC, como ya ha defendido antes (STC 117/2006, de 24 de abril), afirma que no existe en nuestra Constitución ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual, por más que sí admita las acciones positivas como medio de superación de las desigualdades sociales. Insinúa el TC que bien podrían adoptarse este tipo de medidas a favor del colectivo gitano, tal y como prevé el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, pero, dado que dichas medidas de acción positiva no se han adoptado, no cabe invocar un derecho a ellas y menos aún su aplicación, parece entender el TC.

Finalmente, señala el TC que ni en el matrimonio civil ni en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco cabe apreciar connotaciones excluyentes ni discriminatorias. Y tampoco la hay en que el legislador reconozca efectos civiles al vínculo contraído conforme a ritos de determinadas confesiones religiosas y no a los celebrados por los usos y costumbres gitanos, ya que no hay término válido de comparación pues en un caso se trata de consideraciones religiosas, mientras que en este son consideraciones étnicas, sin que haya una confesión religiosa mayoritaria en la etnia gitana. Por tanto, como la forma civil de matrimonio es de alcance general y neutral desde la perspectiva racial y el legislador, a parte de ésta, sólo otorga efectos legales a otras formas determinadas y lo ha hecho sobre la base de consideraciones religiosas al margen de connotación étnica, por lo que, entiendo, no cabe apreciar la discriminación étnica alegada.

De esta forma la recurrente en amparo, que se consideraba casada durante casi treinta años de convivencia, con seis hijos en común con el fallecido, albañil de profesión que había cotizado en el Régimen General de la Seguridad Social durante casi veinte años, con tarjeta de familia numerosa de la categoría primera, constandingo como beneficiaria de la cartilla de la Seguridad Social, ve denegada su pensión de viudedad. Ni siquiera principios generales del Derecho como la apariencia de jurídica de «legalidad» de ese

«matrimonio», ni la equidad, ni la buena fe han sido aquí traídos a colación para atenuar el rigorismo y ello aun cuanto la conclusión a la que llega el TC no es la que está manteniendo la doctrina civilista².

Ante este fallo, desde nuestro punto de vista discutible, pero que pone de manifiesto la falta de un tratamiento jurídico que reconozca diversidad, fuertemente incrementada a partir de la nueva dimensión del fenómeno inmigratorio, pero que también tienen una dimensión interna en relación con esta etnia y cultura, se dictó un Voto particular en el que sostiene un parecer discrepante, afirmando que «era obligado el otorgamiento de la pensión».

En primer lugar, cuestiona el Voto particular que no haya identidad entre este supuesto y el planteado en la STC 199/2004, ya que en ambos casos se trataba de matrimonios no civiles que no figuraban inscritos en el Registro Civil, recordando que en el caso del matrimonio «en la fe» fueron los contrayentes quienes se negaron a la inscripción civil, con unión matrimonial controvertida y que en aquella Sentencia disenta la Magistrada quien sostenía que este matrimonio religioso no inscrito debía ser considerado pareja de hecho a los efectos de la pensión de viudedad.

Tampoco considera el Voto particular que el reconocer efectos al matrimonio por el rito gitano sobrepase el límite del «orden público constitucional». Además, partiendo del reconocimiento de los derechos de las minorías como una de las prioridades del Consejo de Europa y de la ratificación por España del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, no puede entenderse una cerrazón en este sentido. Por ello afirma que en una sociedad pluralista y democrática no basta con respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría sino que es necesario crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, respetando el orden público constitucional.

Ciertamente el TC ha perdido una ocasión para proteger los usos, prácticas o costumbres de una colectividad, una minoría y para determinar cuando el no reconocimiento de validez a los actos de personas pertenecientes a las mismas, que reclaman respeto por su tradición cultural, debe entenderse discriminatoria. Cortedad de miras que contrasta con el reconocimiento por el TC de la pertenencia de los individuos a grupos por razones

² Vid. AUSOLES CUBEDO, M.^a C.: «El matrimonio contraído según el rito gitano: ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián, 2001, págs. 649-662 y FÉLIX BALLESTA, M.^a A: «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 102, núm. 2, 2003, págs. 407-440.



históricas, sociológicas, religiosas o étnicas (SSTC 126/1986, 214/1991 176/1995, 13/2001).

En todo caso esta Sentencia pone de manifiesto que la dimensión étnica y cultural, más allá de su dimensión constitucional, tiene ricas y complejas implicaciones para el Derecho de la Seguridad Social. De hecho, la Directiva 2000/43, del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico —que fue invocada y aplicada directamente por el Juzgado de lo Social de Madrid— afecta a la protección social de las personas, incluida en ésta de forma expresa la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1. e). Y en este sentido el artículo 2.1.b), la Directiva reconoce que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en una desventaja particular respecto a otras personas. Y en este caso se habría producido una discriminación indirecta, porque es la pertenencia a la dicha colectividad la que determina que se celebre un rito matrimonial al que luego el ordenamiento jurídico no reconoce efecto alguno.

4. BREVES REFLEXIONES A MODO DE CIERRE

A la luz de la escasa consideración de la «biodiversidad» existente desde hace mucho tiempo y que no deja de aumentar y hacerse más compleja como consecuencia del el impacto inmigratorio en la sociedad española, multiculturalidad en la que concurren factores étnicos, religiosos y propiamente culturales, no parece aventurado señalar la necesidad de abrir una fase de reflexión y estudio para dar respuesta a estas nuevas situaciones a las que se enfrenta nuestro sistema de Seguridad Social —entre otros sistemas y microsistemas normativos como el fiscal, el educativo, sanitario, o el civil—. Y en cierta manera, nuestro legislador está compelido a una actuación inmediata por la necesidad de cumplir con las exigencias de la Directiva 2000/43, siendo urgente la adopción de medidas de acción positiva y normas dirigidas al reconocimiento de la diversidad y la integración —no supresión— de ésta es el reto de una sociedad pluralista y democráticamente avanzada.

A veces el legislador da respuesta a las realidades sociales, este es el caso de la Ley 40/2007 en relación con las pensiones de viudedad y las parejas de hecho, pero lo hace tarde y de forma limitada. Sin duda uno de los aspectos más criticables de la Ley es que ha utilizado el recurso jurídico más sutil para evitar que supuestos como el aquí analizado —y otros mu-

chos— puedan verse beneficiados de este avance: la prescripción de un derecho. En supuestos como el aquí analizado que no son objeto de un tratamiento específico adaptado a esa diversidad y, aun asimilándolo a pareja de hecho conforme a la nueva regulación de la pensión de viudedad, tampoco se podrá reparar del todo esta situación retroactivamente, por la limitación de los efectos económicos del reconocimiento. En efecto, aun cuando la regla general de las prestaciones por muerte y supervivencia, a excepción del auxilio por defunción, es la imprescriptibilidad, ex artículo 178 LGSS, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, matiza esta regla en relación con las parejas de hecho cuando el fallecimiento del sujeto causante se haya producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ya que, aun tratándose de uniones de hecho que cumplen con todos los requisitos para causar esta pensión (afiliación, alta, cotización, convivencia prolongada, hijos comunes y no percepción por parte del beneficiario de prestaciones contributivas de la Seguridad Social), deberán presentar la solicitud para acceder a la pensión de viudedad en el plazo improrrogable de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley, y, además en caso de solicitarla en tal plazo, la pensión tendrá efectos económicos solo desde el día primero de 2007.

En definitiva, la Ley 40/2007, al abrir la posibilidad de causar pensiones de viudedad a los miembros supervivientes de parejas de hecho, aliviará también las tensiones derivadas de la diversidad cultural y étnica, sin embargo desde nuestro punto de vista no es esta la solución óptima: primero, porque realmente no son uniones de hecho y se asimilan estos matrimonios a aquéllas cuando realmente —mientras persista esta diferencia— debieran asimilarse a los matrimonios propiamente dichos. Y, segundo, porque la LMSS no ha equiparado realmente unos y otros vínculos, siendo más favorable el tratamiento dispensado a los matrimonios al menos en lo que a requisitos de acceso se refiere. En tercer lugar, en el caso de la poligamia, subsiste una diferencia de concepto fundamental y es que en esta institución lo que se plantea es la vigencia simultánea de los vínculos matrimoniales. Por todo ello es importante abrir un proceso de reflexión sobre estos temas, al que desde estas páginas hemos querido contribuir.