La costumbre matrimonial gitana y el derecho a pensión contributiva de viudedad. Una reinterpretación del tema, a la luz de la historia y la interdisciplinariedad jurídicas

Gypsy marriage practices and the right to the widow's contributory pension. A reinterpretation of the subject, in the light of legal history and its interdisciplinary nature

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
FACULTAD DE DERECHO-UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Resumen

El giro jurisprudencial habido en España en 2018, a propósito del derecho a pensión contributiva de viudedad de los contrayentes gitanos, obliga a reflexionar sobre el tema también desde fuera del ámbito del Derecho de la Seguridad Social. En este trabajo, se analiza la eficacia jurídica de la costumbre matrimonial gitana no sólo desde un punto de vista histórico, sino también desde las perspectivas penal, civil, fiscal y, por supuesto, de seguridad social. Se concluye en él sobre la necesidad de amparar la eficacia jurídica de dicha costumbre multiseccular, que es una costumbre «praeter legem», aplicando el tenor del apartado 3 del artículo 1 del Código Civil.

Abstract

The jurisprudential shift that took place in Spain in 2018, with regard to the right to a widow's contributory pension, forces us to reflect on the issue, also from outside the scope of Social Security Law. In this work, the legal efficacy of gypsy marriage practices is analysed not only from a historical point of view, but also from penal, civil, fiscal and, of course, social security perspectives. It concludes by focusing on the need to protect the legal efficacy of this age-old practice, which is a "praeter legem" (not regulated by law) custom, according to paragraph 3 of Article 1 of the Civil Code.

Palabras clave

Pensión de viudedad; Matrimonio gitano; Costumbre; Eficacia jurídica; Historia del Derecho; Derecho Penal; Derecho Civil; Derecho Fiscal; Derecho de la Seguridad Social

Keywords

Widow's pension; Gypsy marriage; Custom; Legal efficacy; History of Law; Criminal Law; Civil Law; Tax Law; Right to Social Security

1. PLANTEAMIENTO

Los protagonistas estelares del tema de que trata este trabajo son, en realidad, tres votos particulares. En primer lugar, el formulado por el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ frente a la opinión mayoritaria vertida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 abril¹, cuya siembra de argumentos jurídicos fructificó en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que me referiré inmediatamente, cabiendo concluir que de algún modo la pronosticaba e, incluso, la prefiguraba (literalmente, según dicho voto particular, «no hubiera sido necesario que doña María Luisa [esto es, la viuda

¹ Boletín Oficial del Estado de 23 mayo 2007.

gitana demandante de amparo] se vea obligada a recurrir a instancias supranacionales para obtener la protección que reclama»². En segundo lugar, en las antípodas de este impecable escrito jurídico, la opinión disidente formulada por el Juez holandés MYJER frente a la opinión mayoritaria de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (caso *Muñoz Díaz c. España*)³, un escrito que destila, en mi opinión, lo que los colegas norteamericanos acostumbrados a combatir el supremacismo discriminatorio por razón de raza (la latina, en su concreto caso, frente a la clásica blanca-anglosajona-protestante) denominarían «odio seco [*dry hate*]»⁴ –en él, por ejemplo, se afirma que «recuso la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus Leyes sobre el matrimonio a la voluntad de individuos o grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso de que estos individuos o grupos, como ocurre con los gitanos en España, constituyan una parte importante de la población»⁵; o que «al parecer, actualmente, hay muchos gitanos españoles que se casan dos veces», lo que «difiere muy poco de lo que ocurre en otros países, incluido el mío (Países Bajos), en los que un matrimonio legal se celebra ante una autoridad pública, y si las partes así lo desean, después tiene lugar una celebración religiosa»⁶; o en fin, que «no sabemos nada de la obediencia religiosa de la [viuda gitana] demandante, si es que la tenía»⁷–, pero cuya nueva siembra de argumentos jurídicos acaba de ser aprovechada por la Sentencia de la Sala de lo Social (constituida en Sala General) del Tribunal Supremo de 25 enero 2018, fallada en casación para la unificación de doctrina⁸. Y en tercer lugar, el voto particular formulado por las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA frente a la opinión mayoritaria de sus cinco colegas en esta última Sentencia del Pleno de la Sala, respecto del que creo que resulta razonable pronosticar que su nueva batería de argumentos jurídicos acabará resultando igualmente fértil, aunque discrepe –por las razones que expondré luego– de su afirmación relativa a que «el supuesto ahora enjuiciado no presenta las características que fueron tenidas en cuenta en su día por la citada STEDH del caso *Muñoz Díaz*»⁹. Lógicamente, las dos primeras resoluciones citadas (también, sus votos particulares) han dado lugar a una espléndida literatura jurídica laboralista –estimulante siempre–, que me alivia de la carga de tener que volver a abordarlas ahora detenidamente, con el mismo o parecido detalle con el que parecen tratadas en ella.

Esa doctrina laboralista –si se tienen en cuenta los análisis centrados en toda la historia reciente del tema (esto es, los análisis que comprendan tanto la Sentencia 69/2007 del Tribunal Constitucional como la del Tribunal de Estrasburgo de 2009)– está representada, en realidad, por tres autores¹⁰. Los tres concluyen que el matrimonio gitano es

² Cfr. apartado 2, párrafo segundo.

³ La cito, por mayor comodidad, vía *Aranzadi Westlaw*, referencia TEDH 2009/140.

⁴ Por todos, véase CAMPBELL, K., «A dry hate: White supremacy and anti-immigrant rhetoric in the humanitarian crisis on the U.S.-Mexico border», *West Virginia Law Review*, núm. 117 (2015), págs. 1081 y ss.

⁵ Cfr. párrafo décimo primero.

⁶ Cfr. párrafo décimo octavo.

⁷ Cfr. párrafo décimo noveno.

⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2018/515.

⁹ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo cuarto.

¹⁰ Véase también, aunque centrado –por razón de su fecha– en la Sentencia 69/2007 del Tribunal Constitucional, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, núm. 2 (2007), concluyendo todo lo siguiente: «si la inscripción del matrimonio en el registro civil no es un requisito consustancial al mismo, en la medida en que éste adquiere plena eficacia desde su celebración; si se ha concedido la prestación de viudedad en supuesto de celebración de matrimonio por formas religiosas no reconocidas legalmente por el ordenamiento jurídico español que, con posterioridad, se admitieron como

(...)

una unión de hecho, pero no una forma matrimonial legítima o matrimonio de Derecho, de manera que los contrayentes por tal rito deben cumplir las exigencias que viene imponiendo desde 2007 a todas las parejas de hecho el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (y que impone hoy el artículo 221 de la Ley vigente de 2015), supuesto que pretendan lucrar la pensión viudedad. En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO concluye que «las cautelas con las que el Tribunal [de Estrasburgo] se pronuncia probablemente habiliten al Estado español para mantener que el matrimonio conforme al rito gitano no es un vínculo apto para lucrar la pensión de viudedad»¹¹, y propugna que «sólo es necesario romper la creencia “de buena fe” de los contrayentes, informando expresamente en los documentos expedidos con otra finalidad (libro de familia, condición de familia numerosa, cartilla sanitaria, etc.) que tales documentos no prejuzgan la condición de cónyuge y no garantizan el cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad»¹², cabiendo incluso «precisar de forma explícita en los propios documentos que el matrimonio por el rito gitano no es un matrimonio con efectos civiles en el ordenamiento español»¹³. Por su parte, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO comienza su análisis indicando que «el caso Muñoz Díaz ha tenido una inusitada repercusión mediática creando expectativas sobre una posible equiparación de efectos entre uniones gitanas y matrimonios celebrados conforme a la legislación española, conclusión esta última que no parece fundada tras analizar la sentencia»¹⁴, afirmando luego –después de efectuar dicho análisis– que «difícilmente el caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas, puesto que el TEDH no ha reconocido que la unión por el rito gitano haya de producir efectos civiles»¹⁵. En fin, en la misma línea, DESDENTADO DAROCA critica la apelación a la «buena fe» de la viuda gitana realizada por el Tribunal de Estrasburgo [«cuando contrajo matrimonio, en noviembre de 1971», afirmó dicho Tribunal, «en ese momento, existía el convencimiento por parte de la mujer de haber contraído un matrimonio válido conforme a las leyes españolas. Pero este convencimiento no responde a la buena fe, sino, en todo caso, a un error de derecho (artículo 6.1.2º del Código Civil), que no reúne el requisito de ser excusable, ni tendría eficacia en orden al reconocimiento del matrimonio. El artículo 6.1 del Código Civil es claro al respecto: “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»]¹⁶, recordando luego dicha autora

válidas y con plena eficacia jurídica para todos los efectos; si la prestación ha sido concedida de forma generosa en supuestos matrimoniales controvertidos (cambio de sexo de uno de los cónyuges, poligamia, etc.); y, si, en fin, el propio TC no niega que un conviviente supérstite pueda tener algún tipo de protección desde el sistema público, por qué no va a ser posible entender, como lo hace el voto particular, que el matrimonio en este caso ha existido realmente, y debe generar, en consecuencia, todas las ramificaciones de tal circunstancia, incluida, en fin, la prestación de viudedad. El encadenamiento de los argumentos del voto particular conduce a la solución afirmativa que debería haber seguido el tribunal en su resolución mayoritaria para conceder un amparo que, en justicia, merecía el superviviente de hecho» (pág. 75).

¹¹ Véase RODRÍGUEZ CARDO, I., «El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2010), pág. 259.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*. Del propio autor, en la misma línea, véase igualmente «Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16 (2008), págs. 13 y ss.

¹⁴ Véase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, núm. 18 (2010), pág. 554.

¹⁵ *Ibidem*, pág.

¹⁶ Véase DESDENTADO DAROCA, E., «La pensión de viudedad y el matrimonio celebrado por el rito gitano. Reflexiones a propósito de la STEDH de 8 de diciembre de 2009», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 (2010), pág. 162.

que el propio Tribunal de Estrasburgo rechazó admitir que «el que no se reconozcan al matrimonio gitano efectos civiles cuando existen otras formas matrimoniales de carácter religioso expresamente reconocidas no supone un trato discriminatorio»¹⁷, y concluyendo – tras calificar la Sentencia de Estrasburgo como «sentencia que sería mejor olvidar»¹⁸– lo siguiente: «La sentencia muestra los peligros de determinados razonamientos judiciales que abandonan el imperio de la ley para seguir algunas sendas más inseguras. El Juez Myjer tiene razón: esta sentencia no contribuye a afianzar el prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»¹⁹.

Yo mismo me ocupé del tema –hace ahora catorce años–, cuando no resultaba previsible que el mismo derivaría por donde ha acabado derivando en la actualidad²⁰. Sostenía entonces, respecto del matrimonio gitano –criticando doctrina judicial de suplicación, que negaba a las viudas gitanas el derecho a lucrar pensión de viudedad–, lo siguiente: 1) en el caso de la costumbre matrimonial gitana, no se trataba «de una costumbre cualquiera, sino de una verdadera costumbre multiseccular, cuya existencia aparece ya probada por lo menos en 1499, de acuerdo con lo dispuesto en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805»²¹; 2) «a falta de ley especial aplicable –como la existente para católicos, protestantes evangélicos, musulmanes y judíos, que aquí ni hay ni puede llegar a haber, al no existir “religión” gitana–», no podía «sorprenderse la buena fe sustentada en una costumbre de siglos»²²; y 3) que resultaba aplicable «lo dispuesto en el artículo 1.3 CC, según el cual “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada”»²³. En lo que sigue, pretendo desarrollar esta antigua y embrionaria tesis mía, con la finalidad de desmontar la creencia –generalizada, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social– de que la costumbre matrimonial gitana no sólo no produce efectos jurídicos civiles, sino incluso que no produce efectos jurídicos de ningún tipo (en el propio voto particular de las Magistradas ARASTEY y SEGOVIANO, a juzgar con simpatía, se afirma que «ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, *con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito*») ²⁴. Con dicho objetivo, profundizaré en el examen de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, para poner de relieve que una Real Cédula de 1726 dispensó un trato de favor precisamente a las viudas gitanas, lo que desde luego implicaba reconocer concreta eficacia jurídica a la costumbre matrimonial de dicha etnia (cfr. *infra*, II). Y despejada esta sorpresa histórica, expondré a continuación que el vacío de regulación existente en España sobre el matrimonio gitano –vacío tan propicio a ser llenado por una costumbre «*praeter legem*»– viene obligando a nuestros tribunales ordinarios a reconocer al matrimonio gitano concretos efectos jurídicos, tanto penales (cfr. *infra*, III) como civiles (cfr. *infra*, IV). Criticaré asimismo la supuesta falta de efectos jurídicos propios que se asigna por otros tribunales

¹⁷ *Ibidem*, pág. 165.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 168.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley (Madrid, 2004), págs. 3 y ss.

²¹ *Ibidem*, pág. 20.

²² *Ibidem*, págs. 20-21.

²³ *Ibidem*, pág. 21.

²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 4, párrafo primero.

ordinarios al matrimonio gitano, pero en el ámbito fiscal (cfr. *infra*, V), y por supuesto, en el ámbito de la pensión de viudedad (cfr. *infra*, VI), concluyendo con unos pronósticos, así como con unas reflexiones sobre la distinción entre integración social y asimilación cultural (cfr. *infra*, VII). Y todo ello, porque tengo la convicción de que el tenor del artículo 1, apartado 3, del Código Civil, acerca de que la costumbre es verdadera fuente del Derecho y en todos los ámbitos jurídicos –incluso en este siglo XXI, tan legiferante, en que nos encontramos–, no puede ser mirado como si se tratase de mera letra muerta.

2. LA EFICACIA JURÍDICA DEL MATRIMONIO GITANO EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA DE 1805

En el citado voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA, se afirma literalmente lo siguiente: «Los gitanos españoles constituyen un grupo étnico formado por más de medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años. El legislador español se refería ya a la familia gitana como un mero hecho en la Pragmática de Medina del Campo del año 1499 (Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación), bastantes siglos antes de que apareciese en nuestro ordenamiento jurídico “la forma de acceso civil al vínculo matrimonial” “de escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial”, a que les remite el fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la mayoría»²⁵. Y en efecto, dicha concreta ley recopilada²⁶ contenía una referencia implícita al matrimonio gitano, en un contexto asimilacionista –que hoy resulta, todo hay que decirlo, espeluznante y repelente–, al afirmar que «Mandamos á los egipcianos que andan vagando por nuestros reynos y señoríos *con sus mugeres y hijos*, que del día que esta ley fuere notificada y pregonada en esta nuestra Corte, y en las villas, lugares y ciudades que son cabezas de partidos fasta sesenta días siguientes, cada uno dellos vivan por oficios conocidos ..., y no anden mas juntos vagando por nuestros reynos, como lo facen ...»²⁷. Como pone de relieve dicho voto particular, esta concreta ley se inserta en un Título (rotulado «De los gitanos, su vagancia y otros exesos»), cuya vigencia –añado yo– se confirmó luego expresamente, en el segundo tercio del siglo XIX²⁸. Este Título comprendía diez leyes más, con nuevas referencias implícitas al matrimonio gitano (por ejemplo, en la ley VII, recogiendo una pragmática de Carlos II de 12 junio 1695, se afirma que «Los gitanos que permanecieren tolerados en estos reynos ... no puedan tener otro exercicio ni modo de vivir mas que el de la labranza y cultura de los campos, en que también podrán ayudarlos *sus mugeres é hijos* de edad competente, sin que á unos ni otros se les permita otro oficio ni exercicio ...»)»²⁹. Y de entre este conjunto de leyes recopiladas, la más interesante a mis concretos efectos es, sin duda, la ley IX del Título en cuestión.

Dicha norma reproduce una Real Cédula de Felipe V, fechada en Madrid el 1 octubre 1726, y principalmente orientada a combatir el nomadismo gitano. Su excepcional interés radica, de un lado, en el hecho de que mencione expresamente el matrimonio gitano, a

²⁵ Cfr. apartado 3, párrafo segundo.

²⁶ Cito la Novísima Recopilación a través *Los Códigos españoles concordados y anotados*, en doce volúmenes, Imprenta de La Publicidad (Madrid, 1850).

²⁷ Cfr. medio-inciso primero.

²⁸ En la nota (a) del rótulo del Título se indica todo lo siguiente: «Las disposiciones que en este título se contienen sobre los jitanos, fuéron recordadas y mandadas observar por la R.C. de 1º de marzo de 1837, cap. 15 de la instrucción de corregidores; R.C. de 22 de agosto de 1814, y R.O. de 11 de enero de 1827».

²⁹ Cfr. apartado 4.

propósito de las gitanas solteras, recordando que «... por auto del Consejo de 8 de junio de 1700 se mandó salir de la Corte las *gitanas no casadas con gitanos* avencindados en ella ...»³⁰; y de otro lado, por causa de mencionar –de nuevo expresamente– las viudas gitanas, asignando un concreto efecto jurídico al matrimonio contraído por ellas (literalmente, «... no permitáis salir a los gitanos de los lugares de su distrito, sino es con urgente causa, y precediendo licencia por tiempo limitado, que se les ha de dar por escrito, y poniéndoles señas, de suerte que al que se encontrare en el campo y poblado, que no sea el de su vecindad, sin esta circunstancia, mandamos, se le impongan por el mismo hecho, y sin justificación de otro delito, las penas de gitano vagamundo: y que no se den licencias para dos gitanos, ni para muger alguna ni muchacho, porque estos no han de poder salir de sus vecindades, *excepto siendo viuda*, que se le podrá dar licencia con las mismas circunstancias ...»)³¹. No consta en la norma el porqué de tal excepción con las viudas gitanas, aunque no pueda descartarse –en un contexto de piedad formal extrema, como el de aquella época– el conocimiento por el redactor del precepto de los textos de la Sagrada Escritura, acerca de la protección de que eran acreedores frente a todos, especialmente las viudas y los huérfanos (por ejemplo, «Maldito quien fuerza el derecho del forastero, el huérfano o la viuda –Y todo el pueblo dirá: Amén»³²; «No vejarás a viuda y a huérfano. Si le vejas y clama a mí, no dejaré de oír su clamor, se encenderá mi ira y os mataré a espada; vuestras mujeres quedarán viudas y vuestros hijos huérfanos»³³, etc.).

El Título de leyes recopiladas a que vengo refiriéndome concluye con la ley XI, en la que se reproduce una pragmática-sanción de Carlos III de 19 septiembre 1783, cuyo sentido es igualmente el de la asimilación de los gitanos de la época («... mando, que ellos y cualquiera de ellos no usen de la lengua, trage y método de vida vagante, de que hayan usado hasta de presente, baxo las penas abaxo contenidas»)³⁴. Presenta, sin embargo, el interés adicional de reconocer expresamente que todos los intentos asimilacionistas de los antepasados de dicho Rey ilustrado resultaron un fracaso, pues «Como la experiencia de dos siglos y mas ha hecho ver el descuido que ha habido en la observancia de otras leyes y pragmáticas iguales a ésta en los puntos de que trata, encargo mucho al Consejo la vigilancia, para que no suceda lo mismo ...»³⁵, habiendo descrito incluso CERVANTES –que pone en boca de uno de sus personajes la sentencia de que «los gitanos no nos casamos sino con gitanas»– el ambiente de general inobservancia de estas leyes³⁶. En la línea típicamente ilustrada de exaltación de todo trabajo útil³⁷, lo que proponía dicha ley XI era la apertura a

³⁰ Cfr. nota (4) de la ley.

³¹ Cfr. inciso segundo.

³² Dt 27, 19.

³³ Ex 20, 21-23.

³⁴ Cfr. apartado 2.

³⁵ Cfr. apartado 43.

³⁶ Véase DE CERVANTES, M. «La gitanilla», en el volumen *Novelas ejemplares*, t. I, 3ª ed., Losada (Buenos Aires, 1971), *passim* (la cita entrecorrida en pág. 65).

³⁷ Téngase en cuenta que a la tradicional «indignidad y vileza» del trabajo manual «puso fin formalmente la Real Cédula de Carlos III de 18 marzo 1783, sobre “habilitación para obtener empleos de República los que exercen artes y oficios, con declaración de ser éstos honestos y honrados”», habiéndose promulgado esta norma «en un contexto de pensamiento ilustrado, caracterizado por su confianza absoluta precisamente en el trabajo manual (las “artes”, se decía entonces) como factor decisivo para alcanzar “la Felicidad de la Nación” y, además, por su proclamación del “derecho que tiene el hombre a trabajar” –también novedad del siglo XVIII– como un “derecho absoluto, que abraza todas las ocupaciones útiles, y que tiene tanta extensión como el de vivir o conservarse”». Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M.,

(...)

los gitanos de cualquier ocupación honesta (literalmente, «Concedo el término de noventa días, contados desde la publicación de esta ley en cada cabeza de partido, para que todos los vagamundos, de esta y cualquiera clase que sean, se retiren á los pueblos de los dominios que eligieren, excepto por ahora la Corte y Sitios Reales, y abandonando el traje, lengua y modales de los llamados gitanos, se apliquen á oficio, ejercicio ú ocupación honesta, sin distinción de la labranza ó artes»), conminándoles si no lo hiciesen con la imposición de penas horribles ya fijadas por sus antepasados, aunque exceptuando de ellas –con nueva mención implícita del matrimonio gitano– «... á los niños y jóvenes de ambos sexos que no excedieren de diez y seis años»³⁸, de manera que «Estos, aunque sean *hijos de familia*, serán apartados de la de sus padres que fueren vagos y sin oficio, y se les destinará a aprender alguno, ó se les colocará en hospicios o casas de enseñanza»³⁹.

3. LA EFICACIA JURÍDICA PENAL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

El Derecho Penal ha sido pionero en España a la hora de equiparar matrimonios y uniones de hecho⁴⁰, habiéndose producido la misma –hace ahora siete lustros– con la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que procedió a reformular la circunstancia mixta de parentesco (tras la enmienda de su artículo 11, para indicar que «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado *cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afin en los mismos grados del ofensor») y el por aquel entonces denominado encubrimiento entre parientes (tras la enmienda de su artículo 18, para ordenar que «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que lo sean de su *cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad*, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número uno del artículo anterior»), con la escueta justificación de que «se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco»⁴¹, y de que «no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas»⁴². Aunque la norma no pensaba en absoluto en el matrimonio gitano, es evidente que la equiparación en cuestión diluía la concreta especie de dicho matrimonio dentro del género más amplio de las uniones permanentes de hecho, entorpeciendo de este modo poder captar si el matrimonio gitano –en cuanto tal, y no como mera unión de hecho– era o no susceptible de producir efectos jurídicos específicos, siempre en el concreto ámbito jurídico-penal. Ahora bien, como comprobaremos dentro de un momento, cierta concreta peculiaridad caracterizante del matrimonio gitano ha obligado a los tribunales penales a tener que reconocer no sólo que se trata de una concreta especie de matrimonio –inasimilable a las meras uniones permanentes

Derecho del Trabajo, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 12, con cita de obras del Conde de Campomanes y de M.G. JOVELLANOS.

³⁸ Cfr. apartado 16.

³⁹ Apartado 17.

⁴⁰ Interesante por su perspectiva práctica, véase MUÑOZ MARÍN, A., «La análoga relación de afectividad al matrimonio a efectos procesales penales», *CEFLegal. Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 184 (2016), págs. 135 y ss.

⁴¹ Cfr. exposición de motivos, párrafo noveno.

⁴² *Ibidem*.

de hecho–, sino también que se trata de un matrimonio susceptible de producir efectos jurídico-penales propios, autónomos y muy específicos.

Esa característica se refiere al hecho de que los gitanos contraen matrimonio, con sujeción a sus peculiares ritos consuetudinarios, a edades insólitamente tempranas en los tiempos actuales. La jurisprudencia registrando este hecho –en todos los órdenes jurisdiccionales– resulta abrumadora y constante. Se afirma en ella, por ejemplo, que «no sólo su hijo José Angel y la aquí denunciante Ana María comenzaron una vida de pareja con su consentimiento [esto es, el de sus padres] siendo menores de edad, sino que ambos acusados también lo hicieron así, tal como se refleja en los informes psico-sociales unidos al Rollo de Sala, donde se expone que han vivido como pareja desde los 12 –así consta en el informe referente a la acusada– o desde los 13 y 15 años –como consta en el informe relativo al acusado–», resultando que «tales uniones no se efectuaron en legal forma, sino con arreglo al rito gitano»⁴³; o que el gitano del caso residía «en una casa próxima a la de sus abuelos maternos, con una menor de su misma edad [“15 años”] con la que se casó por el rito gitano»⁴⁴; o que «en el caso de la etnia gitana, como son dicha madre e hija, esto se agrava, pues dada su costumbre de casarse muy jóvenes y por su rito, las hijas se emancipan de facto mucho antes de que lo pudieran hacer legalmente y pasan a depender de sus parejas»⁴⁵; o en fin, que cierta menor «en febrero de 2014 (es decir contando sólo con 14 años de edad) se casó por el rito gitano»⁴⁶. El hecho puede escandalizar ahora, cuando prácticamente ya se ha olvidado que las leyes canónicas –promulgadas para aplicarse en todo el planeta, lo que les obligaba a presuponer que la precocidad sexual no tiene por qué ser idéntica en todas las razas– concebían tradicionalmente el impedimento de edad como dispensable, incluso por debajo de la de catorce años⁴⁷. Ahora bien, lo que me interesa poner de relieve aquí es la necesidad de tener que conjugar, de un lado, el dato de que contraer matrimonio –también por el rito gitano– implica naturalmente poder yacer, tras celebrarlo; y de otro lado, el hecho de que si se yace por debajo de cierta de edad, tendrá que plantearse frontalmente la posible existencia en dicho caso de un delito de abusos sexuales. Siempre respecto de los contrayentes gitanos, es un tema del que recurrentemente vienen conociendo nuestros tribunales penales. Y de entre los casos resueltos por ellos, creo que sobresale una muy reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 diciembre 2017⁴⁸, en la que ya se tiene en cuenta la modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por virtud de la cual se elevó la edad para el consentimiento sexual a 16 años.

⁴³ Al respecto, véase Sentencia 131/2006, de 12 abril, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2006/188959), Fundamento Jurídico octavo.

⁴⁴ Cfr. Auto 142/2007, de 5 junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2007/312567), Razonamiento Jurídico tercero.

⁴⁵ Cfr. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 diciembre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJCA 2015/153), Fundamento de Derecho segundo.

⁴⁶ Cfr. Sentencia 428/2015, de 14 julio, de la Audiencia Provincial de Málaga (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2016/108978), Fundamento de Derecho segundo.

⁴⁷ Recordando (sobre la base de que el Código de Derecho Canónico de 1917 fijaba en 16 años, para el varón, y en 14 años, para la mujer, la edad para contraer matrimonio válido) que se «reserva a la Santa Sede la dispensa del impedimento de edad cuando la falta de ella excede de un año» (si no excediese de un año, «pueden dispensar los Obispos»), véase MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L., ALONSO MORÁN, S. Y CABREROS DE ANTA, M., *Código de Derecho Canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión castellana, con jurisprudencia y comentarios*, Biblioteca de Autores Cristianos (Madrid, 1974), pág. 409.

⁴⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2018/50486.

En dicho caso, se consideraron probados los siguientes hechos: 1) «el 5 de mayo de 2014, en Rumanía, se llevó a cabo el matrimonio entre Juan Antonio y Dolores por el rito gitano»⁴⁹, aunque luego se trasladaron a España, habiendo explicado la segunda al tribunal que «conoció a Juan Antonio por Facebook»⁵⁰; 2) «siendo un hecho objetivo y cierto que, en el momento de celebrarse la boda, Dolores contaba con once años y Juan Antonio con diecisiete, también lo es que, de forma voluntaria, según su relato, la menor se fugó con Juan Antonio para forzar la boda, que es algo que forma parte del ritual gitano de la celebración de los matrimonios»⁵¹; y 3) «el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años ..., siendo el autor material de los hechos ... Juan Antonio, y cooperadores necesarios [los padres de ambos] ..., solicitando se les impusiera, a cada uno de ellos la pena [principal] de 11 años de prisión»⁵². Ahora bien, dado que «las fotos y vídeo obrante en las actuaciones respecto a dicha celebración muestran a una menor con un aspecto físico que aparenta una edad muy superior a la biológica ..., y revelan todo el ritual de un matrimonio que, a efectos administrativos y legales no es válido, pero que a efectos culturales, sociales, tradicionales de ambas familias, tiene total validez»⁵³, la Audiencia Provincial de Valladolid absolvió a los cinco imputados, después de poner de relieve que el rito matrimonial gitano «no es algo que se desconozca en este país, porque las personas pertenecientes a la etnia gitana española, igualmente, efectúan el mismo ritual, la fuga, el concierto entre los padres y la boda, y, en muchísimas ocasiones, siendo ambos novios menores de 16 años»⁵⁴. El argumento clave para absolverlos, fue el de que «lo que concurre en este caso es un error de prohibición invencible del artículo 14.3 del C[ódigo]P[enal]»⁵⁵, esto es, «un error sobre la ilicitud del hecho que constituye la infracción penal»⁵⁶ (y en consecuencia, una excepción al «principio “ignorancia iuris non excusat”»)⁵⁷, visto que «sólo puede exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma»⁵⁸, y los acusados no lo estaban, pues «las consecuencias de haber contraído matrimonio, la posibilidad de tener hijos, por ejemplo, se derivan con absoluta naturalidad del mismo ..., porque viven de conformidad con sus tradiciones y su formación cultural a lo que alcanza es a entender que, una vez celebrada la boda ritual, los novios conviven como un matrimonio válido»⁵⁹. Por supuesto, no se trata de un caso penal aislado, pues otros varios también confirmaron con anterioridad a él la existencia de un error invencible en los contrayentes y en sus padres, y en relación no sólo con el delito de abusos sexuales⁶⁰. En mi opinión, a la vista de estos casos, parece claro que

⁴⁹ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. Antecedente de Hecho núm. 5.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo tercero.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo quinto.

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo cuarto.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo octavo.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo primero.

⁶⁰ Cfr., por ejemplo, Sentencia 131/2006, de 12 abril, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2006/188959). En idéntico sentido que la Sentencia vallisoletana citada, véase Sentencia 356/2011, de 24 octubre, de la Audiencia Provincial de Castellón (*Aranzadi Westlaw*, referencia ARP 2011/1248), poniendo de relieve que «aun sin que pueda hablarse de una deficiente socialización por parte del sujeto, que relegue la norma prohibitiva a espacios, para él, de exotismo normativo, se deriva, en el entender de

(...)

no queda más remedio que concluir sobre la necesidad de asignar alguna concreta eficacia jurídico-penal a la multisecular costumbre matrimonial gitana.

4. LA EFICACIA JURÍDICA CIVIL ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

A diferencia de lo que sucede con el Código Penal, nuestro Código Civil contempla fragmentariamente (y además, sólo en un puñado de preceptos, que se cuentan casi con los dedos de una mano) la realidad de las uniones de hecho⁶¹, lo que explica que su regulación sobre la familia y sobre las herencias siga permaneciendo asentada, como regla, en las nociones tradicionales legales de «matrimonio» y de «cónyuge»⁶². Por supuesto, el matrimonio gitano no sólo nace –incluso a muy temprana edad, como acaba de comprobarse–, sino que tiene también sus propias vicisitudes y su dinámica –como cualquier otro matrimonio–, habiéndose visto obligados los tribunales civiles a tener que encajar tales vicisitudes en preceptos civiles relativos sólo a las formas de matrimonio expresamente reconocidas por el Estado. Entre este tipo de preceptos del Código Civil, por ejemplo, se cuentan su artículo 144 (sobre el orden de prelación de los alimentistas, que obliga a llamar, en primer lugar, «al cónyuge») o su artículo 145 (sobre el reparto de la obligación de alimentos, cuyo párrafo tercero dispone que «se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél»). Pues bien, un encaje del matrimonio gitano en estos dos preceptos se vio obligada a tener que realizarlo, con toda naturalidad, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 22 julio 2015⁶³, relativa al siguiente supuesto de hecho: «D^a. Rebeca y D. Evaristo se casaron por el rito gitano en el año 2009, la relación duró año y medio y fruto de la misma nació ... un hijo, Marcos. Desde el término de la relación la actora se ha ocupado sola de su hijo, desentendiéndose el padre de él. La sentencia [de primera instancia, luego recurrida] otorga la guardia y custodia del menor a la madre, estableciendo una pensión de alimentos a cargo del padre de 150 euros, y los gastos extraordinarios por mitad»⁶⁴. En su recurso, el letrado del gitano recurrente alegaba –impugnando la cuantía de la pensión alimenticia– que «se trata de un joven en situación de desempleo total, sin percibir cantidad alguna fruto del trabajo, sin recibir ningún tipo de prestación pública y que vive a expensas, totalmente dependiente de su madre, y junto a él su nueva compañera y el hijo nacido de esta última unión»⁶⁵. Pero el alegato fue rechazado de plano por la Audiencia. Y lo hizo, razonando –con

este Tribunal, que, el procesado, dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, no solamente estaba incurso en error, sino que ni siquiera tenía motivos objetivos para dudar y, por ello, tal error, ausente de todo aviso, era para él invencible» (Fundamento de Derecho tercero, párrafo séptimo). Apreciando, sin embargo, la existencia de error meramente «vencible», véase Sentencia 97/2007, de 8 marzo, de la Audiencia Provincial de Lérida (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2007/137532).

⁶¹ Véanse artículos 47, 48, 175, 176, 177, 178, 756 y 831. Al respecto, resultaron claves, en menor medida, la Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y en mucha mayor medida y mucho más recientemente, la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁶² Al respecto, véase ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas (Madrid, 2007), págs. 25 y ss.

⁶³ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/215055.

⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo segundo.

mención expresa de los dos preceptos citados, sobre el «cónyuge», recuérdese— que «la juzgadora a quo realiza un minucioso análisis tanto de las circunstancias del caso concreto, como de la doctrina y criterios habituales en la jurisprudencia en casos similares, por supuesto partiendo de los criterios del artículo 156 del Código Civil»⁶⁶, y sin que hubiese desconocido —respecto del hijo acreedor— su «carácter preferente, como se desprende del artículo 145.3 CC»⁶⁷. En mi opinión, no se trata de un caso del todo concluyente acerca de la eficacia jurídica civil autónoma y propia de la costumbre matrimonial gitana, pues quizá la Audiencia de Salamanca hubiese tenido que fallar lo mismo (exigiendo el cumplimiento de los correspondientes deberes) si el demandado, en vez de un contrayente gitano, hubiese sido un mero conviviente de hecho. Presenta, sin embargo, el interés de desautorizar interpretaciones estrictas de la palabra «cónyuge» en otros contextos distintos (los relativos, por ejemplo, al otorgamiento de derechos) —el ordenamiento jurídico tiene que ser necesariamente una unidad—, como el de nuestra legislación de seguridad social, que se examinará más adelante.

La misma objeción —pero con una ventaja adicional, relativa a la prueba del matrimonio— puede hacerse al caso enjuiciado por una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 junio 2002⁶⁸. Lo discutido en ella fue la responsabilidad civil derivada de delito (en consecuencia, un tema jurídico-civil, aunque susceptible de poder discutirse y resolverse ante la jurisdicción penal), a propósito del siguiente supuesto de hecho: «Juan M. M. [víctima de un homicidio en la prisión en que estaba recluido, cometido por otro recluso] convivía por estar casado según el rito gitano con Joaquina R. B., con la que había tenido tres hijos, José, Aurelio y Juana, nacidos en los años 1992, 1997 y 1999, respectivamente, si bien la tercera estaba pendiente del reconocimiento por parte del padre, aun cuando todos convivían en el mismo domicilio»⁶⁹, impugnando la Abogacía del Estado (supuesta la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, dada la insolvencia del homicida) la prueba del matrimonio gitano en cuestión (literalmente, «la señora Abogado del Estado en la representación que ostenta hacía referencia a la impugnación de los pretendidos beneficiarios por su condición de perjudicados, denunciando que se hubiera producido una suficiente acreditación de tal concepto»)⁷⁰. El interés del caso radica en que el tribunal sentenciador consideró probado el matrimonio gitano, valiéndose a este efecto de toda una panoplia de pruebas distintas, incluida la declaración de la viuda y la testifical de familiares, que creo que vale la pena transcribir literalmente: «En el testimonio remitido por el Juzgado Instructor aparece la hoja de identificación del interno [esto es, la víctima de homicidio] en el Establecimiento Penitenciario de Picassent, que el 13 de mayo de 1999 refiere estar casado con Joaquina R. B.; esa misma identificación la realiza Antonio A. M. en su comparecencia ante el Juzgado el 4 de enero de 2000, refiriendo que su primo Juan M. M. estaba casado por el rito gitano con Joaquina R.; así consta, aunque sin identificar completamente, en la ficha elaborada por el Juzgado de Instrucción número 2 y en el documento del Instituto Nacional de Estadística para unir al Boletín Estadístico de defunción, obrantes a los folios 23 y 24; en el testimonio del certificado de defunción aparece igualmente el estado de casado del fallecido, lo que es reconocido por ella misma al declarar el 5 de junio de 2000 ante el

⁶⁶ *Ibidem*, párrafo cuarto.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia ARP 2002/627.

⁶⁹ Cfr. Hechos Probados, párrafo segundo.

⁷⁰ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, letra a).

Juzgado de Instrucción (folio 196) y, finalmente, se descubre del certificado del padrón municipal de la ciudad de Alzira de aquellos que conviven en el mismo domicilio»⁷¹.

El Código Civil es una norma plagada de referencias expresas a la costumbre («costumbre del lugar»⁷², «costumbre de la tierra»⁷³, «costumbre del pueblo»⁷⁴, «costumbre del país»⁷⁵, «buenas costumbres»⁷⁶, «costumbre» a secas⁷⁷, etc.), pareciendo ser la jurisdicción civil, en consecuencia, el orden jurisdiccional más propicio para enjuiciar frontalmente el encaje de la costumbre matrimonial gitana entre las fuentes del Derecho Civil. El asunto, sin embargo, permanece todavía imprejuizado en dicha jurisdicción. A este efecto, no constituye en absoluto precedente de autoridad una Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 septiembre 2003⁷⁸, relativa a un recurso de casación foral, en el que el recurrente alegaba que «ha quedado probada una ley gitana, reconocida expresamente en instancia, que propugna el reparto equitativo de los hijos entre los padres en caso de separación, con una especial vinculación de los hijos en el padre y de las hijas con la madre»⁷⁹, infringiéndose –siempre según el recurrente– «por la sentencia de instancia la Ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra, que establece la supremacía de la costumbre contra la Ley, pues tal práctica gitana ha de ser reconocida con el rango de una costumbre»⁸⁰. Se trata de una decisión con polémica, pues el Presidente de la Sala formuló voto particular frente a la decisión mayoritaria, que confirmó la Sentencia recurrida. Ahora bien, aun estando de acuerdo con la decisión de la mayoría y con el voto particular, allí donde sostienen que «la costumbre alegada ni siquiera tiene los caracteres de uniformidad y reiteración propios de un uso, pues lo que se acredita es una práctica circunstancial que no excluye, aun dentro de la propia sociedad gitana, la valoración de otros intereses»⁸¹, lo único relevante –a mis concretos efectos– es que este caso enjuiciaba la dinámica de un matrimonio plenamente reconocido por el Estado. Y ello, por constar probado que la demandante y luego recurrida no había contraído matrimonio con arreglo al rito gitano, sino que «contrajo matrimonio canónico con el demandado el día 15 julio 1994, del cual nacieron dos hijos»⁸², a pesar de lo cual «constituían un núcleo familiar de etnia gitana en el que la primera actuaba como cabeza de familia ya que el demandado padece un cuadro mixto de ansiedad-depresión por el que se encuentra en tratamiento»⁸³.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Artículo 485, párrafo segundo; artículo 570, párrafo primero; artículo 591, párrafo primero; y artículo 1520.

⁷³ Artículo 1555, apartado 2º; artículo 1574, artículo 1579 y artículo 1695, regla 2ª; y artículo 1750, párrafo primero.

⁷⁴ Artículo 902, facultad 1ª; artículo 1578 y artículo 1580.

⁷⁵ Artículo 1287.

⁷⁶ Artículo 792 y artículo 1116, párrafo primero; artículo 1271, párrafo tercero; y artículo 1328.

⁷⁷ Por antonomasia, en el artículo 1, apartado 3. Cfr., también, artículo 1091, párrafo primero; artículo 1453, artículo 1552 y artículo 1599.

⁷⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2003/8686.

⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo. Por su parte, el voto particular considera «no estar suficientemente documentada» la «la alegada “costumbre contra Ley”, aquí llamada “costumbre gitana”, por la que, en casos de separación matrimonial los hijos varones quedan bajo la custodia del padre y las hembras con la madre» (cfr. Fundamento de Derecho primero).

⁸² Cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo primero.

⁸³ *Ibidem*.

5. LA INEFICACIA JURÍDICA TRIBUTARIA ACTUAL DEL MATRIMONIO GITANO

Aunque incidentalmente la jurisprudencia registra el hecho de que personas casadas por el rito gitano pagan su impuesto sobre la renta de las personas físicas⁸⁴, la Ley reguladora de este impuesto (esto es, en la actualidad, la Ley 35/2006, de 28 noviembre) representa en España el escalón más bajo, verdadero suelo, del reconocimiento del matrimonio en cuestión⁸⁵. Ello se debe a que para dicha norma ni siquiera existen las parejas de hecho, resultando clave –para ilustrarlo– su artículo 82 (rotulado «Tributación conjunta»), de acuerdo con el cual sólo cabe distinguir: 1) «unidades familiares» estándar, que son las formadas por «los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera ... [, sus] hijos menores [que convivan con ellos]»⁸⁶, suponiendo siempre que tales «cónyuges» lo son por haber contraído un matrimonio reconocido por el Estado; y 2) el resto de «unidades familiares» –usualmente calificadas como familias monoparentales–, que son las integradas «por el padre o la madre y todos los hijos [menores de edad, en principio] que convivan con uno u otro», pero «en los casos de separación legal, o cuando no existiera vínculo matrimonial»⁸⁷. Lo venía sosteniendo la jurisprudencia constitucional, antes de la promulgación de la Ley 35/2006, explicando –respecto «de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebidos fuera del matrimonio»– que nunca «podrían constituir a efectos tributarios unidad familiar con su pareja, sino únicamente con los hijos respecto de los que mantengan la patria potestad»⁸⁸. Sólo conozco dos resoluciones judiciales contencioso-administrativas, dictadas en materia tributaria, que mencionen el matrimonio por el rito gitano. Ambas confirman, como enseguida veremos, la completa ineficacia jurídica de dicho rito matrimonial, en el concreto ámbito fiscal.

La primera, para olvidar, en una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 noviembre 2011⁸⁹. Se refiere a la supérstite de cierta pareja de hecho, no gitana y no registrada en el correspondiente registro autónomo de dicho tipo de parejas, que demandaba la reducción de la base imponible del impuesto de donaciones y sucesiones, con amparo en la Ley de Cantabria 11/2002, de medidas fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado (literalmente, «se le niega la reducción en las liquidaciones por no tenerle como pareja de hecho inscrita con efectos tributarios») ⁹⁰. Pues

⁸⁴ Por ejemplo, en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 abril 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/211916), consta probado que cierto gitano fallecido «incluía en su declaración de la renta» a su viuda (cfr. Fundamento de Derecho primero).

⁸⁵ Sobre el tema, véase LÓPEZ FERNÁNDEZ J.J., «Fiscalidad de las parejas de hecho», *Gaceta Fiscal*, núm. 234 (2004), págs. 63-64; SÁNCHEZ MANZANO, J.D., «La fiscalidad de las parejas de hecho», en el vol. *Estudios jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos*, Ilustre Colegio Notarial (Madrid, 2009), págs. 585 y ss.; y GALLEGO PERAGÓN, J.M., «Derecho Tributario y Derecho Civil. A propósito de las uniones estables more uxorio», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2012), págs. 1203 y ss.

⁸⁶ Cfr. apartado 1, modalidad 1ª.

⁸⁷ Respecto de todo ello, *ibidem*, modalidad 2ª.

⁸⁸ Dichas afirmaciones, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2001, de 15 febrero (*Boletín Oficial del Estado* de 16 marzo 2001), Fundamento Jurídico 6, párrafos cuarto y quinto.

⁸⁹ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/381249.

⁹⁰ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

bien, el argumento de cierre aducido por esta Sentencia (complementario de otros de legalidad pura y dura)⁹¹, a efectos de rechazar la pretensión en cuestión, fue –realizando un ejercicio de interdisciplinariedad jurídica– el de que la pareja de hecho «formada por la recurrente no reunía la legalidad que se requiere»⁹², dado que «al igual que en la Sentencia constitucional [núm. 69/2007] el matrimonio celebrado conforme al rito y costumbre gitano no se consideró que conformaba “matrimonio” merecedor de que el cónyuge superviviente tuviese el derecho de pensión de viudedad y que no vulneraba el principio de igualdad sin concurrir discriminación»⁹³, de manera que resultaba «semejante este supuesto [al enjuiciado en ella] por lo que procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo»⁹⁴, sin caer en la cuenta de que la Sentencia constitucional invocada había sido anulada –dos años antes de fallarse este caso contencioso-administrativo– por la del Tribunal de Estrasburgo de 2009, anteriormente citada.

La segunda, con algo más de envidia (revela un posible efecto reflejo, sobre las exenciones fiscales, del hecho de contraer matrimonio por el rito gitano), es una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 enero 2017⁹⁵. En ella, se discutía cierto «beneficio de exención por reinversión en vivienda habitual que se aplicó el contribuyente en su declaración [de IRPF], ... por falta de acreditación de que la vivienda pueda ser conceptuada como vivienda habitual del interesado»⁹⁶, alegando este último para justificarse, entre otros argumentos, el de «haber contraído matrimonio por el rito gitano en el año 2006 y pasar a convivir con su mujer desde dicha fecha, habiendo contraído finalmente con la misma matrimonio civil el 24.4.2009»⁹⁷. Pero este alegato fue rechazado por la Sala –que aceptó, en cambio, la falta de prueba del matrimonio gitano invocada por la Abogacía del Estado–, pues «lo único que consta probado es que el actor contrajo matrimonio civil en el año 2009, sin que podamos dar por acreditado que se casase por el rito gitano y pasase a convivir en el año 2006 con su posterior esposa»⁹⁸, dado que «el único elemento probatorio propuesto al efecto son testificales de familiares directos»⁹⁹ (prueba admitida sin mayor problema, como antes vio, a efectos jurídico-civiles, a pesar de los reparos que también ponía la Abogacía del Estado), «resultando claro para este tribunal que, si hubiera sido real la convivencia con otra persona en el año 2006 que alega el actor, éste podría haber aportado adecuadas probanzas al efecto (empadronamiento o, en su defecto, certificado municipal o policial de convivencia, testificales de vecinos ...)»¹⁰⁰.

⁹¹ Por ejemplo, el de que «la Sala, aun participando de esa sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o “more uxorio”, no puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal» (cfr. Fundamento de Derecho séptimo).

⁹² Cfr. Fundamento de Derecho octavo.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/116926.

⁹⁶ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

⁹⁷ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

6. LA SUPUESTA INEFICACIA JURÍDICA ACTUAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL MATRIMONIO GITANO

Frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico a que acabo de referirme, la singularidad del Derecho de la Seguridad Social radica en su contemplación frontal del matrimonio gitano no en el momento de su nacimiento (como el Derecho Penal) ni en los de sus vicisitudes o dinámica (como el Derecho Civil), sino precisamente en el momento de extinguirse por fallecimiento de uno de sus contrayentes, que es cuando el supérstite puede activar un eventual derecho suyo a pensión de viudedad (la cual, en mi opinión, no es sólo una mera prestación contributiva por muerte y supervivencia, sino la prestación española contributiva de seguridad social más importante, en el campo de la protección de la familia)¹⁰¹. A día de hoy, tanto los órganos de la Administración de la Seguridad Social como todos los tribunales laborales inferiores se encuentran vinculados por la citada Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 enero 2018, según la cual la costumbre matrimonial gitana –a la que repetidamente alude («celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos»¹⁰², «unión celebrada por el rito gitano»¹⁰³, «su consuetudinario rito»¹⁰⁴, etc.)– carece de toda eficacia jurídica de seguridad social, a los efectos de lucrar la pensión de viudedad, por estar obligados los gitanos –como el resto de españoles– a cumplir los requisitos exigidos hoy por el apartado 2 del artículo 221 de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 2015 (equivalente del apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, en la redacción que le dio la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de seguridad social), sobre «Pensión de viudedad de parejas de hecho»¹⁰⁵. Mi confianza es la de que se trate de una vinculación sólo provisional (y más, teniendo en cuenta que puede tener efectos reflejos sobre otras prestaciones, como la pensión de orfandad de los huérfanos absolutos)¹⁰⁶, hasta que dicha Sentencia de Pleno acabe siendo desautorizada o revocada, bien por el Tribunal Constitucional, bien por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (supuesto que algún tribunal laboral inferior se anime a plantear cuestión prejudicial, como sugería el voto particular de las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA)¹⁰⁷,

¹⁰¹ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs.

¹⁰² Cfr. Antecedente de Hecho cuarto, párrafo primero.

¹⁰³ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 2, párrafo primero.

¹⁰⁴ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 1, párrafo segundo.

¹⁰⁵ El tema de la viudedad en estos casos viene de antes. Al respecto, véase CAMAS RODA, F., «La pensión de viudedad ante la convivencia more uxorio de sus beneficiarios», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 104-núm. 3 (2005), págs. 773 y ss. Sobre el régimen vigente, véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho. Una aproximación jurisprudencial», *Actualidad Laboral*, núm. 5 (2013), págs. 325 y ss.

¹⁰⁶ Aunque el tema permanece aparentemente imprejuizado, lo prefigura una impecable Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 diciembre 2002 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2003/422), según la cual «conceder en el caso que nos ocupa el incremento debatido al huérfano [gitano] simple, puede suponer que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho [por el “rito gitano”], obtenga el reconocimiento de una pensión, a la que no tiene derecho, por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de representar y administrar los bienes de sus hijos» (cfr. Fundamento de Derecho cuarto). Lo ha visto CASTRO ARGÜELLES, M.A. «El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el “rito gitano”», *Aranzadi Westlaw*, referencia BIB 2000/207, pág. 3.

¹⁰⁷ Según dicho voto particular, «subsidiariamente, al entender que la norma aplicable no permite la diferenciación, la Sala pudo haber abierto la reflexión sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2000/43 y acordado la suspensión de las actuaciones para plantear cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 del Tratado de (...)

bien por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues su doctrina –según creo– contradice la sentada por este último Tribunal, en su ya repetidamente citada Sentencia de 8 diciembre 2009.

Tanto el Pleno de la Sala como el voto particular –no, en cambio, el Ministerio Fiscal– parten de la premisa de que el supuesto de hecho enjuiciado por el caso de Estrasburgo y el de autos eran supuestos de hecho distintos (según el Pleno, «no parece dudoso que el presente caso es muy diverso al examinado por el Tribunal Europeo, aunque medien coincidencia de colectivo afectado e identidad en la prestación solicitada»)¹⁰⁸. En mi opinión, lo que pasaron por alto ambos es el concreto momento de celebración del matrimonio gitano, tanto en uno como en otro caso. Según el caso de Estrasburgo, «el Tribunal observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica»¹⁰⁹, por lo que «considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico, en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano»¹¹⁰. Pues bien, en la Sentencia de Pleno, consta probado que «el día 18.05.1974 doña Luz y don Nicanor celebraron matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos»¹¹¹. Por supuesto, casi ni haría falta recordar que en 1974 todavía seguían vigentes no sólo las Leyes Fundamentales de Franco, sino también el Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil de 1942, en el que se afirmaba, por ejemplo, que «se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando mucho de reconocer todos los documentos que tengan, confrontar sus señas particulares, observar sus trajes, averiguar su modo de vivir y cuanto conduzca a formar una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones, indagando el punto a que se dirigen en sus viajes y el objeto de ellos» (artículo 4)¹¹². Prescindir de este contexto, a la hora de enjuiciar la buena fe de la luego viuda, me parece temerario e inhumano. No prescindió de él ni el Tribunal de Estrasburgo, como acaba de decirse, ni tampoco la Sentencia de suplicación casada luego por el pleno de la Sala¹¹³, en la que se constata que «la actora en ese momento no tenía siquiera 15 años, pues nació según el libro de familia en 1959, han tenido cinco hijos en común y no puede entenderse que de mala fe se fingieran como matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante tanto tiempo para en su momento futuro cobrar una eventual pensión»¹¹⁴.

Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de determinar si la exigencia del precepto legal ocasiona una desventaja no justificada para los ciudadanos de etnia gitana que cumplen con los ritos matrimoniales propios de su cultura» (Fundamento de Derecho tercero, apartado 2).

¹⁰⁸ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, párrafo primero. En cambio, según relata la mayoría de la Sala, «sostiene el Ministerio Fiscal que en el supuesto ahora enjuiciado “nos encontramos con un caso en todo análogo al que es objeto de la sentencia del TEDH”» (*ibidem*, apartado 1, párrafo primero).

¹⁰⁹ Cfr. marginal 57, inciso primero.

¹¹⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

¹¹¹ Cfr. Antecedente de Hecho primero.

¹¹² Véase Orden del Ministerio del Interior de 19 julio 1978 (*Boletín Oficial del Estado* de 28 julio 1978), por la que se suprimen de los artículos 4º, 5º y 6º del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil, las referencias o alusiones a la población gitana.

¹¹³ Es la Sentencia de la Sala de lo Social de Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 24 abril 2016, que he manejado a través de la base de datos del Poder Judicial (núm. de recurso 2843/2015).

¹¹⁴ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

Obviando este contexto, el Pleno de la Sala niega la buena fe de la demandante, afirmando (al contrastar y comparar los documentos oficiales tenidos en cuenta por el Tribunal de Estrasburgo y los documentos oficiales de autos) que «lo aducido no es –ni podía serlo– buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial –Libro de Familia e inscripciones de nacimiento– se hace constar expresamente su cualidad de “solteros” e hijos “extramatrimoniales”»¹¹⁵. Frente a este argumento –ceñido estrictamente, con toda razón, a la resultancia fáctica de la Sentencia de suplicación, en la que nada constaba respecto de otros documentos oficiales¹¹⁶–, no queda más remedio que tener que recordar que la Sentencia de Estrasburgo hizo completa abstracción del contenido del Libro de Familia del caso que enjuiciaba (en el que no cabe más remedio que presumir, salvo prevaricación del funcionario que lo había rellenado, que ni constaba que la gitana entonces demandante estuviese «casada», ni tampoco que sus seis hijos tuviesen la condición de «matrimoniales»), centrándose pura y simplemente en el hecho de que el mismo le hubiese sido expedido por el Estado (literalmente, «el Registro Civil les había entregado un Libro de familia el 11 de agosto de 1983, en el que están inscritos la pareja y sus hijos»¹¹⁷; «el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia ..., no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad»¹¹⁸). Afinando un poco más en el contenido de las inscripciones registrales de los hijos «extramatrimoniales» de la gitana aquí vencedora en suplicación, resulta que en la de su hijo mayor consta que «D. Ovidio y D^a Raquel reconocen al inscrito como hijo natural *declarando formalmente y bajo su responsabilidad que al tiempo de la concepción del mismo tenían capacidad legal para contraer matrimonio con dispensa o sin ella*»¹¹⁹, pareciéndome inconcebible que semejante fraseología de formulario –de la que no consta incluso si fue redactada o no en pleno franquismo– pueda servir luego para negar o minusvalorar la buena fe de dicha viuda, habiéndose limitado la Sentencia de suplicación luego casada a poner de relieve –con toda acribia– simplemente que «el texto de la inscripción lo realiza el funcionario encargado del registro»¹²⁰, que «existía libro de familia, lo que evidencia una evidente intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como [matrimonio]»¹²¹, y que «la pareja ha convivido en el municipio en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años»¹²².

¹¹⁵ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3, inciso primero.

¹¹⁶ Por constar los hechos en los autos, la Sentencia de Estrasburgo también tuvo en cuenta que «el 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se requiere la condición de “cónyuge”, y que «asimismo, M.D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía una cartilla de beneficiario en la que figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos», concluyendo con la afirmación de que «para el Tribunal se trata de un documento oficial puesto que está sellado por la agencia núm. 7 de Madrid del INSS» (cfr. marginal 52; también, marginal 69).

¹¹⁷ Cfr. marginal 52.

¹¹⁸ Cfr. marginal 69.

¹¹⁹ La Sentencia del Pleno transcribe con tota pulcritud esta afirmación, que consta en el Antecedente de Hecho segundo, apartado sexto, de la Sentencia de suplicación casada.

¹²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

El Pleno de la Sala también ofrece un segundo argumento para marcar las distancias entre el supuesto de hecho que enjuiciaba y el enjuiciado por el caso de Estrasburgo, relativo a lo siguiente: «Es más, ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título que en el supuesto del Tribunal Europeo, siendo así que en aquel caso se invocaba –no podía ser de otra manera, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007– la existencia de “matrimonio”, y en el proceso ahora enjuiciado el título que se invoca es el de “pareja de hecho”»¹²³. En realidad, se trata de dos argumentos distintos, entremezclados en uno sólo. El primero, referido a la aplicabilidad al supuesto enjuiciado de la Ley 40/2007, lo explicita autónomamente el voto particular, afirmando que «se daba además la circunstancia de que aquel supuesto [esto es, el de Estrasburgo] se regía por la legislación anterior a la Ley 40/2007 (el fallecimiento del causante se había producido en el año 2000), en la que, por vez primera en nuestro país, se reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho»¹²⁴. Pues bien, una vez leído con calma el caso de Estrasburgo, creo que hay que extraer las siguientes conclusiones: 1) dicho caso cita hasta por tres veces la Ley 40/2007, a pesar de haber ocurrido el fallecimiento del causante en el año 2000¹²⁵; 2) lo único que interesa al Tribunal de Estrasburgo de dicha Ley es su disposición adicional tercera (cuyo texto reproduce íntegramente)¹²⁶, relativa no a lo que el Pleno de la Sala denomina «parejas de Derecho», sino a lo que el propio Pleno califica como «parejas de hecho» (esto es, parejas no registradas en registros autonómicos o no formalizadas notarialmente)¹²⁷, constatando el Tribunal de Estrasburgo que «el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 diciembre 2007, relativa a ciertas medidas de Seguridad Social, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho»¹²⁸; y 3) el Tribunal de Estrasburgo vuelve luego a traer a colación la citada disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, pero para introducir su tesis de que la gitana del caso podía lucrar la pensión de viudedad, sin necesidad de tener que contraer nuevo matrimonio subsiguiente al matrimonio gitano suyo¹²⁹ (literalmente, «el Tribunal no podría aceptar la tesis del Gobierno según la cual habría bastado que la demandante contrajera matrimonio civil para obtener la pensión que reclama»¹³⁰, pues «de hecho, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, la situación personal del demandante en relación a los criterios enumerados en esta disposición es tomada en cuenta

¹²³ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 3.

¹²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo segundo.

¹²⁵ Cfr. marginales 21, 30 y 66.

¹²⁶ Cfr. marginal 30.

¹²⁷ A este respecto, el *dictum* clave en la Sentencia del Pleno es el siguiente: «la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas “de hecho” con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”» [cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, letra B)].

¹²⁸ Cfr. marginal 21.

¹²⁹ Lo que afirma el Tribunal de Estrasburgo, a este respecto, es lo siguiente: «Ciertamente el artículo 174 de la LGSS, vigente en el momento de los hechos, sólo reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad en relación al Convenio. El Tribunal observa, a este respecto, que la Ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de conceder una prestación de viudedad en caso de uniones de hecho (apartado 30 *supra*)» (marginal 66), que es el apartado o marginal donde aparece transcrita la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, inaplicable a las «parejas de Derecho».

¹³⁰ Cfr. marginal 70, inciso primero.

tal cual»¹³¹, de manera que «un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda basándose en que la interesada podría haber escapado a la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido el artículo 14»¹³²). Esto último es lo que el Pleno de la Sala impuso a la viuda gitana de autos (que era, al igual que la del caso de Estrasburgo, viuda de una mera «pareja de hecho», según la terminología empleada por el propio Pleno de la Sala), reprochándole (después de negar su buena fe) que podía haber escapado a la discriminación proscrita por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos constituyéndose, por ejemplo, en «pareja de Derecho».

El segundo argumento entremezclado del Pleno de la Sala se refiere al «título» (recuérdese, «ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título»), que era –siempre según el Pleno– «matrimonio», en el caso de Estrasburgo, y «pareja de hecho», en el caso de autos. Aquí la clave radica en los artículos 72 y 80, apartado 1, letra c), de la Ley 36/2011, de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social (o sus equivalentes, en nuestra séptima Ley de Procedimiento Laboral), que no emplean la palabra «título», pero que presuponen que lo verdaderamente esencial es el «*petitum*» y la «*causa petendi*», los cuales resultaban ser rigurosamente coincidentes en el caso de Estrasburgo y en el de autos (esto es, la reclamación de pensión de viudedad, en concepto de «*petitum*», y el haber contraído matrimonio con arreglo a la costumbre gitana, en concepto de «*causa petendi*»). Debe tratarse de un argumento manejado por el INSS en sus recursos de suplicación, pues aparece rechazado, por ejemplo, en una Sentencia de la Sala de lo Social de Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 diciembre 2017¹³³, en la que se afirma que «si bien la solicitud inicial de la pensión de viudedad lo fue alegando pareja de hecho con el causante, en la reclamación previa, que es lo que nos debe vincular con arreglo al artículo 72 de la LRJS, ya se indica que la relación con el fallecido, y en consecuencia la causa de pedir, es por haber estado la solicitante casada por la ley gitana»¹³⁴, concluyendo que «entendemos que el presente supuesto se debe resolver del mismo modo que lo hizo para un caso muy similar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de fecha 8 diciembre 2009 (asunto Muñoz Díaz v. España), que revocó la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007»¹³⁵.

6.1. LA FALTA DE CERTIDUMBRE JURÍDICA DEL MARCO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO, GITANAS Y NO GITANAS

Con independencia de todo cuanto acaba de razonarse acerca de la buena fe de la viuda gitana (asentada en la certidumbre jurídica provocada en ella por su multisecular costumbre matrimonial), parece lógico que la exigencia de buena fe tenga que centrarse en el concreto momento de ejercicio de su derecho subjetivo de seguridad social (así lo impone, con carácter general, el apartado 1 del artículo 7 del Código Civil); y esto sentado, que dicha exigencia tenga que realizarse desde un posición de completa certidumbre jurídica acerca del

¹³¹ *Ibidem*, inciso segundo.

¹³² *Ibidem*, inciso tercero.

¹³³ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/103.

¹³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

¹³⁵ *Ibidem*.

marco normativo aplicable al derecho subjetivo en cuestión. Pues bien, en cuanto a lo primero, no consta en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social el concreto momento en que la viuda gitana ejerció su derecho a pensión de viudedad, cabiendo solamente concluir que se trata de un momento comprendido entre después del 27 abril 2014, en cuanto que fecha del hecho causante (literalmente, «solicitó pensión de viudedad por el fallecimiento de D. Nicanor, ... ocurrido el 27 de abril de 2014»)¹³⁶, y antes del 12 septiembre 2014, en cuanto que fecha de denegación de su solicitud en la vía administrativa previa (literalmente, con fecha «12.09.2014», el INSS «denegó la pensión de viudedad solicitada por la demandante, por el motivo de no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo con el artículo 174.3 LGSS»)¹³⁷. Esto despejado, es claro que en dichos meses del año 2014 no existía en España ninguna certidumbre jurídica sobre el marco normativo regulador del derecho a pensión de viudedad derivado de uniones de hecho, derivándose de dicha falta de certidumbre la imposibilidad de quebrar la creencia de buena fe de la viuda de autos sobre la validez y eficacia jurídica de sus ritos matrimoniales gitanos. Las fuentes evidenciadoras de esta falta de certidumbre jurídica sí constan citadas, en cambio, en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social. Se trata de dos lotes de Sentencias, dictadas por el Tribunal Constitucional (literalmente, «SSTC 40/2014, de 11/marzo; 45/2014, de 7/Abril; y 60/2014, de 5/Mayo»)¹³⁸ y por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo (literalmente, «SSTS 20/07/10 –rcud 3715/09–; 03/05/11 –rcud 2897/10 –; ... SG 22/09/14 –rcud 2563/10–; SG 22/09/14 –rcud 1958/12–; SG 22/10/14 –rcud 1025/12–; ... 23/02/16 –rcud 3271/14–; 02/03/16 –rcud 3356/14–; 11/05/16 –rcud 2585/14–; 01/06/16 –rcud 207/15–; 08/11/16 –rcud 3469/14–; y 07/12/16 –rcud 3765/14»)¹³⁹, cuya aséptica cita en globo contribuye a crear una apariencia engañosa de cosmos, cuando lo único cierto es que en España sólo podía hablarse de caos, en el concreto momento en que la viuda gitana de autos ejerció su derecho subjetivo de seguridad social a pensión contributiva de viudedad (recuérdese, después de 27 abril 2014 y antes de 12 septiembre 2014).

Sobre la base de que el apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (en la redacción que le dio la citada Ley 40/2007) constaba de cinco párrafos, ese caos comenzó al fallarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 marzo (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* sólo diez días antes de haberse producido el hecho causante)¹⁴⁰, declarando inconstitucional el quinto párrafo del apartado 3 del precepto, aunque con discordia entre los Magistrados constitucionales. Tras este fallo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 45/2014, de 7 abril (Sala Segunda)¹⁴¹, y 60/2014, de 5 mayo (Sala Primera)¹⁴², se vieron obligadas a tener que confirmar la constitucionalidad del párrafo cuarto del apartado 3 del propio precepto, aunque acompañando a la segunda un voto particular, en el que se afirma que «la nulidad del artículo 174.3, párrafo quinto, LGSS acordada por la STC 40/2014 vino a modificar ese marco normativo, de tal modo que la actual limitación de los supuestos de acreditación de la existencia de pareja de

¹³⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero, apartado primero.

¹³⁷ Cfr. en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, Antecedente de Hecho primero, apartado primero.

¹³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, párrafo primero.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Más concretamente, el 10 abril 2014.

¹⁴¹ *Boletín Oficial del Estado* de 7 mayo 2014.

¹⁴² *Boletín Oficial del Estado* de 3 junio 2014.

hecho ... resulta desproporcionado»¹⁴³, con la consecuencia de que «esta desproporción, en suma, es la que, a nuestro juicio, hubiera debido llevar a declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado [esto es, del párrafo cuarto]»¹⁴⁴. Y tras ellas, la discordia se trasladó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiendo teniendo que dictar hasta tres Sentencias de Pleno, todas de idéntica fecha (22 septiembre 2014)¹⁴⁵, a efectos de encajar y asimilar la citada mutilación del precepto, acompañando a dichas tres Sentencias un extensísimo voto particular, en el que se razona –entre otras muchas cosas– que la supresión del párrafo quinto al apartado 3 del precepto en cuestión no sólo dejaba tocado su párrafo cuarto, sino que también afectaba a la interpretación que debiera darse a sus párrafos primero, segundo y tercero, e incluso, a la del propio apartado 1 de la norma cuestionada¹⁴⁶. Ante semejante panorama, repele jurídicamente (y yo diría incluso, que hasta resulta inhumano) exigirle a la viuda gitana (en 2018) que tuviese que confiar a ciegas (en 2014), en el caótico marco regulador entonces existente del derecho a pensión de viudedad de las parejas de hecho no gitanas, so pena si no lo hubiese hecho, de tener que concluir sobre la falta de buena fe en el ejercicio de su derecho. Y ello, teniendo en cuenta que hasta el propio Pleno de la Sala de lo Social se ve obligado a afirmar en 2018 (vista la completa inacción del legislador, tras la citada declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto), con cita de jurisprudencia de la propia Sala, que «... la norma de cuya interpretación se trata [art. 174.3 LGSS] no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa [*sic*] no puede justificar ... que se arrumbe el mandato de la Ley y se sustituya la expresa voluntad del legislador, construyendo una nueva norma cuyos mandatos se consideren –o incluso pudieran ser– más coherentes y/o adecuados a la realidad social y a la finalidad protectora de la Seguridad Social»¹⁴⁷.

Si a toda esta confusión se le añade el dato de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2013, de 14 febrero¹⁴⁸, declaró parcialmente inconstitucional (también, con discordia entre los Magistrados que la dictaron) la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (recuérdese, el único precepto de esta Ley tenido en cuenta por la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009), a nadie extrañará que tuviesen que acabarse produciendo verdaderos esperpentos procesales, como el que relata una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 mayo 2014¹⁴⁹. En ella, se registran hasta cinco intentos sucesivos de obtener pensión contributiva de viudedad por parte de una viuda gitana («entre la fecha de su unión por el rito gitano [“en fecha no determinada del año 1980”] y el fallecimiento del Sr. Sixto, ambos convivieron maritalmente, presentándose ante la comunidad gitana de la que formaban parte como marido y mujer, y como tales eran considerados por todos») ¹⁵⁰, a saber: 1) «la Sentencia nº 325/1998, de fecha 6 de mayo de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Barcelona ..., denegó la prestación de viudedad de la actora, al no existir vínculo matrimonial»¹⁵¹, teniendo en cuenta que «la anterior resolución fue confirmada por la Sentencia nº 6818/1999, dictada por la Sala de lo

¹⁴³ Cfr. Fundamento Jurídico 4, párrafo primero.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁴⁵ La base de datos *Aranzadi Westlaw* sólo recoge dos de ellas (referencias RJ 2014/5755 y RJ 2014/6443).

¹⁴⁶ Cfr., en dicho voto particular, su Fundamento de Derecho cuarto.

¹⁴⁷ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 2, letra C).

¹⁴⁸ *Boletín Oficial del Estado* de 12 marzo 2013.

¹⁴⁹ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2014/1724.

¹⁵⁰ Cfr. Antecedente de Hecho segundo, apartado 4.

¹⁵¹ *Ibidem*, apartado 5, párrafo primero.

Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya»¹⁵²; 2) «la actora volvió a solicitar la pensión de viudedad el día 22 de noviembre de 2002 (folio nº 54), siendo denegada por resolución del INSS de fecha 26 de noviembre de 2002»¹⁵³; 3) «el día 27 de abril de 2004 presentó una tercera solicitud (folio nº 59), cuya denegación expresa no consta»¹⁵⁴; 4) «el día 29 de diciembre de 2008 presentó una nueva solicitud (folio nº 49), dictándose por el INSS resolución el día 14 de enero de 2009, en sentido negativo, por no aportarse certificado de empadronamiento acreditativo de la convivencia ininterrumpida durante seis años»¹⁵⁵; y 5) «el día 13 de octubre de 2011 la actora presentó una última solicitud»¹⁵⁶, nuevamente desestimada por el INSS, con base ahora en el hecho de «no acreditarse documentalmente, mediante certificado de empadronamiento, la convivencia ininterrumpida durante 6 años; y por no haber presentado la solicitud en el plazo de doce meses desde el 1 de enero de 2008»¹⁵⁷. Pues bien, lo curioso de este caso es que el Juzgado de lo Social de instancia acabó estimando la pretensión de la viuda gitana, con argumentos que reflejan la completa falta de seguridad jurídica sobre el tema existente por aquel entonces («17 de mayo de 2013») en España, con preceptos de constitucionalidad dudosa [literalmente, «alude el Magistrado a aquellas “circunstancias excepcionales que permiten ... considerar cumplido el requisito de la solicitud en plazo”; como lo son la ausencia de un inexistente “desinterés o abandono de sus legítimos derechos” (pues “hasta en cinco ocasiones, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 40/2007”, reclamó la prestación que ahora se le deniega), la relativa al hecho de que la Entidad Gestora hubiera considerado –en respuesta a su solicitud de 29 de diciembre de 2008– “indispensable acreditar la convivencia mediante certificado de empadronamiento, premisa que se ha revelado como errónea ...” y la que se refiere al hecho de que la demandante estuviese unida “por el rito gitano” (a cuyo efecto cita la STEDH de 8 de diciembre de 2009, considerando “vulnerado el derecho a no sufrir discriminación por razón de origen social, previsto en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ...”); por lo que incluso –concluye– podría haberse postulado “la aplicación del régimen general de la pensión de viudedad, sin necesidad de acogerse a la excepcional previsión” de la Disposición Adicional analizada]»¹⁵⁸, aunque luego la Sala de suplicación acabase estimando el recurso del INSS, entre otras razones, porque no cabe dotar «de eficacia jurídica a unas circunstancias que el magistrado impropriadamente considera excepcionales frente a la propia excepcionalidad de una Ley cuyos presupuestos normativos reconocidamente se incumplen por parte de la actora»¹⁵⁹.

6.2. LA FALTA DE SEGURIDAD JURÍDICA PROVOCADA POR LOS MÚLTIPLES REGISTROS EXISTENTES DE PAREJAS DE HECHO, AUTONÓMICOS Y LOCALES

En la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social, llama la atención un argumento por ella utilizado para extraer la conclusión de que la referencia realizada por la Ley General de la Seguridad Social a los registros autonómicos y locales de parejas de hecho había que

¹⁵² *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵³ *Ibidem*, apartado 6, párrafo primero.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁵⁶ *Ibidem*, apartado 7, párrafo primero.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo cuarto.

¹⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo *in fine*.

interpretarla en el sentido de que la inscripción en cuestión, al igual que la formalización notarial de la pareja, tenía carácter constitutivo o «*ad solemnitatem*». El argumento –extraído de jurisprudencia anterior de la propia Sala– es, literalmente, el siguiente: «también parece oportuno destacar “... que el carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro también se mantiene con inequívoca claridad en muchas de la legislaciones autonómicas sobre las parejas estables: así, en Islas Baleares, el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19/Diciembre; en Galicia, la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14/Junio; en País Vasco, el art. 3 de la Ley 2/2003, de 7/Mayo; en Comunidad Valenciana, el art. 3 de la Ley 5/2012, de 15/Octubre”»¹⁶⁰. Pues bien, con independencia de que la mención de sólo cuatro Leyes autonómicas se considere suficiente por la Sala para apuntalar el calificativo de que tales Leyes autonómicas son «muchas», lo que verdaderamente sorprende –sobre la base de constar probado en autos que «la pareja ha convivido en el municipio [jienense de Úbeda] en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años»– es la completa falta de mención por el Pleno de la Sala de la legislación andaluza sobre parejas de hecho, precisamente por ser la única que resultaría aplicable al supuesto de hecho de autos.

Colmando esa laguna argumentativa, hay que poner de relieve que la primera norma andaluza reguladora del tema fue el Decreto autonómico 3/1996, de 9 enero, de creación del registro de uniones de hecho, en el que rotundamente se afirma que «la inscripción en el Registro declara [*sic*] los actos registrados pero no afecta a su validez ni a los efectos jurídicos que le sean propios, que se producen al margen del mismo»¹⁶¹. Tras él, se promulgó la Ley autonómica 5/2002, de 16 diciembre, de parejas de hecho de Andalucía, continuista en la línea de afirmar la eficacia meramente declarativa –no constitutiva– del registro autonómico de tales parejas (literalmente, «la inscripción registral producirá ante las Administraciones Públicas de Andalucía la presunción de convivencia de los miembros de la pareja de hecho, salvo prueba en contrario») ¹⁶², y en la que se contiene incluso algún precepto de tenor inconciliable con una interpretación rígida de la Ley General de la Seguridad Social (por ejemplo, «la declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho podrá efectuarse, asimismo, mediante el otorgamiento de escritura pública o por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho») ¹⁶³. A su vez, esta Ley fue reglamentada por el Decreto autonómico 35/2005, de 15 febrero, sobre constitución y regulación del registro de parejas de hecho, en el que se contienen más normas inconciliables con la Ley General de la Seguridad Social, como la relativa a que procederá la inscripción de «baja» en el registro, incluso «de oficio» ¹⁶⁴, por «traslado de la residencia habitual de ambos miembros de la pareja de hecho fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía» ¹⁶⁵, abriéndose en este caso multitud de incógnitas (por ejemplo, la de qué ocurre si no hay registro autonómico donde poder volver a inscribirse ¹⁶⁶, o, supuesto que lo hubiese, si ese nuevo registro autonómico tomará o no en cuenta los datos obrantes en aquel otro en el que previamente se tramitó la baja), que parecen no contar para el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero

¹⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, letra E).

¹⁶¹ Artículo 5 (rotulado «Efectos»).

¹⁶² Artículo 6, apartado 2.

¹⁶³ Artículo 5, apartado 3.

¹⁶⁴ Cfr. artículo 20, apartado 1.

¹⁶⁵ Artículo 6, apartado 3, letra f).

¹⁶⁶ Según se afirma *passim* en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, carecían de él las Comunidades Autónomas de La Rioja y Murcia, aunque a día de hoy sólo permanece sin tenerlo la segunda.

que no han pasado inadvertidos a cierta doctrina de suplicación mucho más atenta a la realidad normativa autonómica que tenemos en España¹⁶⁷. En fin, los problemas creados en Andalucía por la gestión municipal descentralizada del registro en cuestión han obligado a elaborar allí unas llamadas «Pautas de actuación, de la Dirección General de Infancia y Familias, de 11 de junio de 2012, para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía»¹⁶⁸, en las que se alude con todo desparpajo a la necesidad de «dar coherencia y seguridad jurídica [*sic*] a las resoluciones de inscripción»¹⁶⁹, vista «la diversidad de situaciones en que se encuentran las personas interesadas en solicitar la inscripción en el Registro»¹⁷⁰. Como es lógico, esta gestión territorialmente troceada puede acabar repercutiendo negativa e injustamente sobre el derecho a pensión de viudedad de las parejas de hecho registradas, gitanas y no gitanas¹⁷¹, acreditándolo así una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 abril 2014¹⁷², que paso a examinar a continuación.

En este caso, el supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: 1) «la actora D^a Petra ... se inscribió como pareja de hecho en el Registro Municipal de Parejas del Ayuntamiento de Redondela el 28 de marzo de 2005 con D. Justino»¹⁷³, falleciendo este último «el día 18 de diciembre de 2010»¹⁷⁴; 2) «el día 28 de abril de 2008, D. Justino y D^a Petra presentan autorización expresa para que el Ayuntamiento de Redondela remita su expediente del Registro Municipal de Parejas de Hecho al Registro de Parejas de Hecho de Galicia»¹⁷⁵, con el resultado de que «la Xunta de Galicia remite al Ayuntamiento de Redondela escrito», poniendo de relieve el carácter insuficiente de la documentación remitida, por lo que la actora y su conviviente de hecho «nunca se inscribieron en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia»¹⁷⁶; y 3) solicitada pensión de viudedad, el INSS emitió resolución denegatoria «por no mantener convivencia ininterrumpida al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento como pareja de hecho *registrada* con el fallecido»¹⁷⁷. Lo que había aquí era una completa falta de coordinación administrativa, pues «la Xunta lo que responde es, ante la remisión efectuada por el Ayuntamiento de Redondela ..., que no procede el acceso de tales parejas al Registro de Parejas de Hecho de Galicia porque la

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 mayo 2010 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2010/1787), a propósito de pensión de viudedad derivada de rito matrimonial gitano, afirmó literalmente lo siguiente: «Ahora bien, fuere cual fuere el valor, constitutivo o simplemente probatorio, de esa formalidad, que corre riesgo además de provocar *irritantes tratamientos desiguales en razón de la dispersión y semejanza de las regulaciones autonómicas* y prácticas a que la norma social se remite, la estricta aplicación del requisito no puede llevar a denegar la prestación en los supuestos en que el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la reforma legal, cual es el caso de autos» (Fundamento de Derecho segundo, párrafo tercero).

¹⁶⁸ Pueden localizarse en el sitio en Internet del Gobierno autónomo andaluz, ubicado en www.juntadeandalucia.es.

¹⁶⁹ Cfr. preámbulo, párrafo tercero.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Sobre los registros en cuestión, críticamente, véase LORENZO DE MEMBIELA, J.B., «Registros de parejas de hecho locales o autonómicos y viudedad por convivencia more uxorio», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 1 (2009), págs. 26 y ss.

¹⁷² *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/205563.

¹⁷³ Cfr. Antecedente de Hecho segundo, apartado primero.

¹⁷⁴ *Ibidem*, apartado segundo.

¹⁷⁵ *Ibidem*, apartado quinto.

¹⁷⁶ *Ibidem*, apartado séptimo.

¹⁷⁷ *Ibidem*, apartado segundo.

Comunidad Autónoma está exigiendo, para la inscripción, una mayor justificación documental que la Administración Local y que será más fácil que sean las personas interesadas las que directamente lleven a cabo los trámites a instancia de parte»¹⁷⁸. Pero esta instancia no constaba, por lo que –según la Sala gallega– «aun admitiendo que el hecho de que la recurrente y el causante hubieran autorizado a Ayuntamiento de Redondela a remitir sus datos al Registro de Parejas de Hecho de Galicia pudiera interpretarse como una voluntad de inscribirse formalmente como tal pareja, tal simple voluntad no basta (como tampoco basta para el caso del matrimonio que no llega a realizarse, tras haberse tramitado el expediente previo por fallecimiento de uno de los contrayentes poco antes de la boda ...), puesto que la redacción del art. 27.7 del Decreto 248/2007 [autonómico gallego, sobre el registro de parejas de hecho] es clara: “En todo caso, la constitución de la pareja de hecho sólo se entenderá efectuada a partir de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia”, y aquí no existe tal inscripción»¹⁷⁹. Seguramente a la desesperada, la viuda de este caso –que no era gitana–, atrapada entre las idas y venidas de su expediente administrativo, también invocaba la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009. Frente al alegato, la Sala de suplicación gallega afirmó que «no se puede aplicar esta doctrina al caso de autos puesto que, en relación a la pareja de hecho formada por la recurrente y el causante, no se aprecia que pertenezcan a una minoría con una especificidad social y cultural ni se puede apreciar la buena fe que el TEDH apreció en el caso»¹⁸⁰.

6.3. LA DISCRIMINACIÓN «INTERSECCIONAL» RAZA-GÉNERO, EN EL CASO DE LAS VIUDAS GITANAS

En el voto particular formulado por las Magistradas ARASTEY SAHÚN y SEGOVIANO ASTABURUAGA, todo el énfasis se pone en la existencia de una posible discriminación racial o étnica en el caso de autos, resultando claves a este respecto sus tres afirmaciones siguientes, que vienen a resumirlo todo: 1) «mi planteamiento al Pleno de la Sala implicaba analizar si la interpretación que venimos expresando hasta ahora puede comportar un trato peyorativo a la aquí demandante, como integrante de un concreto grupo étnico»¹⁸¹; 2) «es evidente que no estamos ante un supuesto de discriminación directa, puesto que lo que se predica respecto de la oficialización de la pareja de hecho no exige requisitos que expliciten una traba para las personas de cultura gitana»¹⁸²; y 3) «ahora bien, sostuve que convenía preguntarse si, pese a esa neutralidad de la regla, ese colectivo puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que se nos presente la ocasión de identificar situaciones de discriminación indirecta»¹⁸³. Evidentemente, en asuntos relativos a esta concreta causa discriminatoria no cabe bajar la guardia en Europa, especialmente tras el pacto de gobierno (literalmente, «contrato para el gobierno del cambio») recientemente habido en Italia, entre el populismo de extrema derecha y el populismo de extrema izquierda, puesto que en dicho pacto se afirma –en un epígrafe específicamente relativo a los «campamentos nómadas [*campi nomadi*]

– que hay que adoptar «acciones» ante la exasperación («*un grave problema sociale con manifestazioni*

¹⁷⁸ Cfr. Fundamento de Derecho tercero.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Cfr. Fundamento de Derecho cuarto.

¹⁸¹ Fundamento de Derecho segundo, apartado 1, párrafo primero.

¹⁸² *Ibidem*, párrafo segundo, inciso primero.

¹⁸³ *Ibidem*, inciso segundo.

esasperate) provocada por el hecho de que «actualmente, aproximadamente 40 mil Rom[aníes] viven en los campamentos nómadas y el 60 por ciento son menores», aunque la intervención preconizada se hará –según se dice en el pacto– «en coherencia con el ordenamiento de la Unión Europea [*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea*]»¹⁸⁴. Pero lo que a mí más me llama la atención es que tanto el Pleno de la Sala como el voto particular, e incluso, la propia Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009, no hayan reparado en el hecho de que el caso afectaba a una mujer.

He examinado con cuidado toda la doctrina de suplicación habida entre 2009 y 2017, a propósito de la reclamación de pensión de viudedad tras la disolución de un matrimonio gitano por muerte de uno de los cónyuges, y la conclusión que cabe extraer es clara: todas esas Sentencias de suplicación, que son varias decenas, se refieren sistemáticamente a reclamaciones planteadas precisamente por viudas, salvo en un único caso. Este caso fue resuelto por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 mayo 2010¹⁸⁵, relativa al siguiente supuesto de hecho: 1) «el actor solicitó pensión de viudedad por fallecimiento de Apolonia ocurrido el 15.8.2008»¹⁸⁶; 2) «el actor convivió con la fallecida durante unos treinta años»¹⁸⁷, resultando que «su unión se produjo por el rito gitano y de ella nacieron ocho hijos»¹⁸⁸; y 3) «el INSS dictó resolución ..., por la que denegaba la pensión por “no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con la fallecida al menos dos años antes del fallecimiento”»¹⁸⁹. Aunque excepcional, se trata también de un caso feliz, pues la Sala de suplicación –aplicando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo de 2009– confirmó el fallo de instancia, literalmente relativo a lo siguiente: «Que dedo estimar la demanda formulada por Cándido frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Debo declarar el derecho del actor a percibir la pensión de viudedad en la cuantía y efectos legalmente establecidos y condenar al demandado a estar y pasar por la sentencia»¹⁹⁰.

Siendo la regla general la afectación a mujeres (y además, en un porcentaje increíblemente alto), es evidente que en el caso enjuiciado por el Pleno de la Sala lo que podría haber es no sólo una discriminación indirecta racial o étnica, sino también y sobre todo una discriminación indirecta «interseccional» (o plural, o cumulativa o pluricausal, o como quiera llamársele), provocada por la «intersección» raza-género¹⁹¹. Se trata de un tema todavía en mantillas, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo como en la del Tribunal de Estrasburgo¹⁹², pero que tendrá que acabar madurando algún día, y con toda seguridad, más pronto que tarde. En nuestra doctrina de suplicación, lo avanza ejemplarmente una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

¹⁸⁴ Cfr. pág. 45 del pacto en cuestión, que circula *partout* en Internet.

¹⁸⁵ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2010/1787.

¹⁸⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero, apartado primero

¹⁸⁷ *Ibidem*, apartado tercero.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, apartado segundo.

¹⁹⁰ Cfr. Antecedente de Hecho segundo.

¹⁹¹ Nuestra visión del tema, desde el punto de vista de la mujer deportista, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 98 y ss.

¹⁹² Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., «Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho Social*, núm. 81 (2018), págs. 129 y ss.

Galicia de 25 abril 2014¹⁹³, en la que se afirma (para estimar la pretensión de una viuda gitana, revocando la Sentencia de instancia), de un lado, que «la situación de la demandante, que es una mujer gitana, en relación con la exigencia de matrimonio a los efectos de acreditar pensión de viudedad se puede considerar –aún más claramente antes del reconocimiento de las uniones de hecho a los efectos de acreditar una pensión de viudedad– discriminatoria si consideramos el factor racial en intersección con el factor del sexo, pues, aunque analizando separadamente ambos factores –usando como comparador a una mujer paya o a un hombre gitano– no se apreciaría una discriminación racial o sexual, la situación de las mujeres gitanas, en relación con las oportunidades de trabajar y de contraer matrimonio o de contraerlo por el rito gitano u otro rito, es diferente a la situación tanto de la mujer paya como del hombre gitano»¹⁹⁴; y de otro lado, que «así las cosas, la intersección de los dos factores –racial y sexual– sitúa a la mujer gitana en situación socialmente diferente e incomparable con cualquier otra situación en la que se pudieran encontrar las mujeres payas o los hombres, sean payos o gitanos, y el mandato dirigido a los Poderes Públicos de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas –artículo 9.2 de la Constitución–, debiera evitar irrazonables limitaciones en el acceso de las mujeres gitanas a la pensión de viudedad, obligando –algo que también se deduce del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres– a aplicar las normas en el sentido más favorable a la igualdad efectiva»¹⁹⁵.

7. EPÍLOGO

Ignoro si la viuda del caso resuelto por el Pleno de la Sala ha interpuesto o no recurso de amparo frente a dicho polémico fallo, animándome yo a pronosticar –supuesto que lo hubiese hecho– que su recurso acabará prosperando, no sólo por encajar con holgura dentro de la doctrina del caso citado del Tribunal de Estrasburgo de 2009 acerca de la protección de la buena fe de la contrayente gitana, sino también por existir argumentos de mucho calibre constitucional, no considerados por dicha Sentencia de Estrasburgo (como el de la comentada discriminación indirecta «interseccional»), que directamente apuntan a una violación del artículo 14 de la Constitución, en el caso de autos. Cabe advertir, sin embargo, que la estimación del recurso de amparo no implicaría necesariamente el derecho de la viuda a cobrar la pensión cuestionada, pues se trata de una prestación contributiva de seguridad social (un extremo, por cierto, que llamó la atención en su día del Tribunal de Estrasburgo)¹⁹⁶, sujeta al cumplimiento de todas las exigencias jurídicas y económico-jurídicas marcadas hoy por el artículo 219 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre las cuales no constan datos en el caso de autos. Tales exigencias las discutió –como debía– el INSS, por ejemplo, en el caso resuelto por una Sentencia de la Sala de lo Social de Burgos,

¹⁹³ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2014/211916.

¹⁹⁴ Fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo.

¹⁹⁵ *Ibidem*, párrafo sexto.

¹⁹⁶ En el marginal 69 de la Sentencia, recuérdese, se afirma que «a la luz de todo lo precedente y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente asunto, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y *percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años*, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad».

del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 diciembre 2017¹⁹⁷, en el que –sobre la base de que «la causa de fallecimiento [del causante gitano] fue enfermedad común»¹⁹⁸– se concluyó que el mismo se encontraba en situación asimilada a la de alta («toda vez que ... tenía reconocido el derecho a una invalidez no contributiva»)¹⁹⁹, que había cotizado el mínimo («en la sentencia de instancia se afirma que tiene cotizados 457 días, si bien no consta que se haya computado la parte proporcional de dos pagas extraordinarias»)²⁰⁰ y dentro del período de tiempo legalmente exigido («los períodos cotizados lo fueron de noviembre de 1992 a marzo de 1994, por tanto dentro de los cinco años requeridos»)²⁰¹, lo que obligaba –como conclusión– a «estimar el recurso, revocando la sentencia recurrida, reconociendo a la [viuda gitana] recurrente pensión de viudedad con efectos económicos y base reguladora ... de ... 1 de mayo de 2017 y 41,46 euros mensuales»²⁰², matizando que «el porcentaje sobre la misma, y sin perjuicio de mínimos, será el que reglamentariamente corresponda teniendo en cuenta las circunstancias de la recurrente»²⁰³.

En la hipótesis de que el recurso de amparo no prosperase –y suponiendo, además, que el Tribunal Constitucional declinase plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, visto que sólo se ha animado a plantearla en una solitaria ocasión²⁰⁴–, quedaría expedita otra vez la posibilidad de recurrir al Tribunal de Estrasburgo. Con seguridad, el punto de partida en dicha sede tendría que ser de nuevo el momento en que el matrimonio gitano se contrajo, en pleno franquismo (un hecho totalmente preterido, recuérdese, por el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo), para poner de relieve –como hizo la Sentencia de 2009, a efectos de calibrar la buena fe de la viuda gitana– que «el Tribunal observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica»²⁰⁵. Y con seguridad, también, el Tribunal de Estrasburgo volvería a negarse a reconocer la costumbre como fuente reguladora del matrimonio gitano (en 2009, indicó que «la demandante señala que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en España; se trata de un consentimiento matrimonial ni civil ni religioso, pero firmemente anclado en la cultura de su comunidad, reconocido y beneficiario de efectos *erga omnes* en el seno de ésta, por efecto de la fuerza de la costumbre»)²⁰⁶, pues el Convenio Europeo de Derechos Humanos se remite a las leyes nacionales (literalmente, «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»)²⁰⁷, lo que deja un «margen de apreciación» a los Gobiernos nacionales²⁰⁸, que obligaba a dicho Tribunal a concluir que «el hecho de que las uniones gitanas no originen

¹⁹⁷ *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/103.

¹⁹⁸ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

¹⁹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho quinto.

²⁰⁰ Cfr. Fundamento de Derecho sexto.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Cfr. Fundamento de Derecho séptimo.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El abogado laboralista ante la cuestión prejudicial europea», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 21 (2017), págs. 150 y ss.

²⁰⁵ Respecto de todo ello, véase *supra*, núm. 17.

²⁰⁶ Cfr. marginal 76.

²⁰⁷ Artículo 12.

²⁰⁸ Cfr. marginal 80.

efectos civiles *en el sentido deseado por la demandante* no constituye una discriminación [prohibida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos]»²⁰⁹.

Ahora bien, lo que el Tribunal de Estrasburgo no puede hacer, por prohibírsele el Convenio que administra, sí pueden hacerlo perfectamente, en cambio, los tribunales españoles (incluido el Tribunal Constitucional), administrando el ordenamiento jurídico español y sus mecanismos correctores de la existencia de lagunas en las fuentes de nuestro Derecho. Laguna hay aquí, pues si prospera el recurso de la viuda de autos, volveremos a tener otra viuda gitana, legitimada para que el INSS considere su derecho a pensión contributiva de viudedad, pero como viuda «al margen de la ley», dada la imposibilidad de encajar su caso en el tenor del artículo 216 de la vigente Ley General de Seguridad Social. Desde un punto de vista político, las Cortes de Aragón despertaron en 2000 el asunto de la existencia de tal laguna, con la aprobación de una «proposición de ley de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado conforme al rito gitano»²¹⁰, que suscitó reparos (también, entre otros, de moralidad y de orden público) en el ámbito académico civilista²¹¹, pero frente a los que se alza la contundente afirmación de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009, relativa a que el matrimonio gitano «nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas»²¹². Desde hace siglos –lo que excusa toda necesidad de prueba de la costumbre–, los contrayentes gitanos son «cónyuges», su unión conyugal verdadero «matrimonio», y la supérstite (como reconoció expresamente nuestra vieja legislación histórica, en 1726) auténtica «viuda»²¹³, resultando inadmisibles que todo ello pueda ser así a unos concretos efectos jurídicos de naturaleza penal o civil –bastando la prueba, y por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, del hecho de haber contraído²¹⁴–, pero no a otros efectos jurídicos distintos (por ejemplo, los de seguridad social o los fiscales), supuesto que el ordenamiento jurídico no puede ser una mera colección de compartimentos estancos, sino unidad radical (y más, en ausencia de norma expresa que lo excluya). Esta unidad es la que garantiza, en tanto el Estado siga renunciando a regular el matrimonio gitano, el artículo 1 del Código Civil, allí donde afirma –con el carácter de letra jurídica inobjetablemente viva– que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada». Pretender encajar con fórceps el viejo matrimonio gitano en moldes jurídicos novísimos, como el representado por las uniones de hecho, no es integración social, sino «asimilación» y, consecuentemente, intento de aniquilación cultural²¹⁵. Pero esto ya lo sostenía el voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ-

²⁰⁹ Cfr. marginal 81.

²¹⁰ Véase *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, núm. 60, V Legislatura, accesible en el sitio en Internet de dicho Parlamento regional, ubicado en www.cortesaragon.es.

²¹¹ Véase DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El matrimonio no es el rito», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2 (2000-VI), págs. 289 y ss.

²¹² Cfr. marginal 59.

²¹³ Véase *supra*, núm. 5.

²¹⁴ Véase *supra*, especialmente núm. 11.

²¹⁵ La Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 2009 trae a colación el Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, en el que se afirma que «sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación» (artículo 5, apartado 2), recordando respecto de nuestro país lo siguiente: «España firmó el Convenio el día en el que fue abierto a la firma de los Estados y lo ratificó el 1 de septiembre de 1995. Entró en vigor el 1 de febrero de 1998» (marginal 34).

ZAPATA PÉREZ, en 2007, allí donde indicaba que «no basta, en mi opinión, la “escrupulosa neutralidad” de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, como doña María Luisa, pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación –dice– de una pareja de hecho o de una convivencia more uxorio»²¹⁶.

²¹⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 3, párrafo segundo.