

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero [BOE núm. 46, 23-II-2021]

DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE MATRIMONIO POR EL RITO GITANO

La sentencia que brevemente comentamos argumenta sobre el derecho no reconocido a pensión de viudedad de una mujer casada por el rito gitano, que posteriormente no fue inscrito en el Registro Civil ni los contrayentes realizaron los trámites para figurar como pareja de hecho, condicionantes exigidos para poder ser beneficiario/a de la pensión en el art. 220 y ss. de la Ley General de Seguridad Social. Como argumento principal, la parte demandante alega una posible vulneración del art. 14 Constitución española por posible existencia de discriminación racial/étnica, considerándose que la etnia gitana forma parte de una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, necesitada de una protección especial. Por ello, se estima que debería reconocerse el derecho a la pensión, toda vez que el vínculo con el fallecido se desarrolló en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados y creándose una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar y por un periodo superior a diez años.

El interés de la sentencia reside en que los pronunciamientos judiciales producidos con anterioridad no han resuelto un supuesto de hecho acaecido en idénticas circunstancias, por lo que no resultan directamente aplicables. Los más relevantes, citados en la comentada sentencia, son los siguientes:

- El Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de noviembre de 2004, confirmó el derecho a pensión de viudedad de una beneficiaria cuyo matrimonio canónico con el causante no había sido inscrito en el Registro Civil. La cuestión debatida no resulta, en ningún caso, equiparable al argumentado en la comentada sentencia, puesto que el matrimonio celebrado por el rito gitano carece de cualquier reconocimiento jurídico.
- En relación a un matrimonio celebrado por el rito islámico, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1 de diciembre de 2014, rechaza su validez a efectos de causar los contrayentes derecho a pensión de viudedad, pero por no presentarse el certificado de capacidad matrimonial. Tampoco resulta, pues, de aplicación, dado que su sentencia de 2021 no tiene su punto de partida en una circunstancia similar.
- Pero en relación al matrimonio celebrado por el rito gitano, el referente más relevante lo constituye la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz contra España), cuyo contenido se toma muy en cuenta en la comentada sentencia y respecto a la cual debemos destacar los siguientes aspectos. En primer lugar, que el Tribunal reconoce la validez

del matrimonio a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, pero porque previamente el Estado había admitido la validez de actos jurídicos que podían llevar a los contrayentes a considerarlo válido de buena fe (como, por ejemplo, el reconocimiento expreso de su condición de familia numerosa), lo cual no sucede en el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2021. Por lo tanto, el Tribunal no necesita acudir, como principal argumentación, a la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación. En segundo lugar, destaca el expreso reconocimiento que el Tribunal hace sobre la consideración de la etnia gitana como necesitada de una tutela particular, citando acuerdos internacionales como el Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, e incluso afirmando que no puede considerarse un matrimonio contrario al orden público. Por último, de forma muy taxativa afirma que la legislación española no vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación al no admitir la validez del matrimonio por el rito gitano a efectos de generar derecho a la pensión de viudedad, puesto que tienen acceso al matrimonio civil en iguales condiciones que el resto de la población.

La sentencia que analizamos trae causa de la presentación de un Recurso de Amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018, la cual falla en contra de la consideración como pensionista de viudedad de una mujer casada por el rito gitano, integrando un Voto Particular al igual que la sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Esto viene a poner de manifiesto que no existe un pleno consenso judicial sobre el criterio mantenido en ambas resoluciones pues, de hecho, en ambas se aprecian aspectos no tenidos en consideración y que sí han sido valorados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo centra su argumentación para denegar el derecho a pensión en un criterio muy formalista, cual es que el art. 200 de la Ley General de la Seguridad Social puede considerarse de carácter neutro y no provocador de situaciones discriminatorias, manifestando que la situación de vulnerabilidad de las minorías étnicas no puede conllevar excepciones en la aplicación de la ley so pena de comprometer la seguridad jurídica y la uniformidad normativa. En sentido contrario, su Voto Particular pone de relieve que su impacto es aparentemente neutro y sí puede producir situaciones de discriminación indirecta, dado que existen colectivos, como el de las personas de etnia gitana, que pueden verse particularmente afectados en base a las particularidades de sus tradiciones. Así, considera que debe primar la valoración de si la convivencia se ha mantenido de forma real y efectiva, y con carácter de pareja unida maritalmente, frente al estricto cumplimiento de los requisitos exigidos a los beneficiarios de la pensión en la Ley General de Seguridad Social, relacionados con la configuración formal de la convivencia entre los causantes.

La sentencia de 25 de enero de 2021 del Tribunal Constitucional incorpora adicionales argumentos y profundiza más en relación a la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación al denegar el derecho a la pensión de viudedad, pero

deja de lado consideraciones que, a nuestro juicio, deben ser tenidas en cuenta. A continuación, ponemos de manifiesto sus principales razonamientos y las objeciones más significativas que integra su Voto Particular, cuyo contenido queda más vinculado a la férrea protección de la aplicación del principio de no discriminación.

En primer lugar, el Tribunal reitera su doctrina general sobre el alcance de este principio: no impide la desigualdad de trato normativo, sino solo las que introducen diferencias entre situaciones que pueden considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable. En este sentido, reitera sus afirmaciones relativas a que no resulta discriminatoria la limitación del acceso a la pensión de viudedad por el legislador a determinados supuestos de convivencia matrimonial, excluyendo otras posibles formas de convivencia. En aplicación de la misma, que la unión celebrada por el rito gitano no genere derecho a pensión entre los contrayentes por no tener efectos civiles no genera, en principio, un resultado discriminatorio para el Tribunal conforme a la legislación vigente.

En segundo lugar, y ya en referencia a una posible vulneración del principio de no discriminación por motivos raciales o étnicos, el Tribunal afirma que el art. 14 Constitución española no ampara la denominada «discriminación por indiferenciación», pues no consagra un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho normativo a un trato desigual y «no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos». Apoyando el criterio del Ministerio Fiscal y el INSS, entiende que no hay discriminación, sino la consecuencia de una decisión personal y libre de no acceder a una de las fórmulas de constitución legal del vínculo, las cuales no están condicionadas a la pertenencia a una raza o etnia concreta.

Por último, probablemente el aspecto más controvertido de esta resolución se encuentra en sus argumentaciones relacionadas con la exclusión de concurrencia de discriminación indirecta, principal objeto de crítica por el Voto Particular. Pone de relieve el Tribunal Constitucional que, implicando tal discriminación un tratamiento formalmente neutro del que se deriva un impacto adverso sobre los miembros de un colectivo en particular, no cabe advertir algún perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana. Y se reitera en ello, afirmando la inexistencia de datos que «permitan acreditar otro resultado en función de evidencias estadísticas».

El Voto Particular se manifiesta particularmente contrario a este último argumento, afirmando la posible existencia de discriminación indirecta con datos que, sin duda, debían haberse valorado por el Tribunal. Así, tal y como afirma, la población romaní está expresamente reconocida como Minoría en el Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, como así ya manifestó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, por lo tanto, sus miembros deben estar plenamente protegidos por la tutela antidiscriminatoria. Según su art. 5 «las partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales

de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural». A nuestro juicio, la exigencia de inscripción registral del matrimonio no ataca, directamente, a la preservación de la identidad de la etnia gitana. Pero lo que nos resulta llamativo y poco admisible es que en otros casos claramente atentatorios contra el orden público, como puede afirmarse del matrimonio en régimen de poligamia, no se tenga en cuenta esta circunstancia y se admita la consideración de las cónyuges como beneficiarias de pensión de viudedad (como así se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019).

Por otra parte, el Voto Particular pone ampliamente de manifiesto que, en atención a los datos estadísticos, la incidencia de la población romaní en el territorio español resulta muy considerable y, por ende, la incidencia de la denegación de los efectos del matrimonio por su rito no es desdeñable (constituyen, aproximadamente, el 1.57 % de la población española, y un 28 % de los miembros de su comunidad se casan por su rito tradicional). La realidad de estos datos no puede discutirse, como tampoco puede negarse que la población islámica casada en régimen de poligamia tiene un impacto estadístico muchísimo menor y, sin embargo, en aplicación del principio de igualdad de trato se reconoce el derecho a pensión a todas las posibles beneficiarias.

Por último, en él se alude a una cuestión no referida en los fundamentos de derecho de la sentencia: el posible impacto que la resolución tiene en la discriminación por razón de género, habida cuenta de que, según el «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007», el principal sustentador de la familia nuclear compuesta por un matrimonio, con o sin hijos, es el varón en el 83 % de los casos, de lo que deriva que las principales beneficiarias de pensiones serán las mujeres y que esta constituirá su principal medio de vida. Y, ciertamente, la denegación de los derechos a pensión de viudedad por incumplimiento de requisitos formales, cuando la convivencia y la existencia de unidad familiar resultan acreditadas, así como el cumplimiento de los requisitos de carácter profesional, debe reconsiderarse por quedar muy mayoritariamente perjudicada la población femenina y por las complicadas situaciones sociales que ello les puede generar.

En definitiva, el criterio del Tribunal Constitucional, lejos de promover el consenso, hace perdurar la controversia sobre en qué medida se puede excluir del derecho a pensión de viudedad a situaciones de convivencia no legalmente formalizadas, perjudicándose a poblaciones como la romaní, pero beneficiándose a la población islámica. La disparidad de criterios solo contribuye a provocar un desigual impacto de la tutela antidiscriminatoria con la que, a nuestro juicio, resulta necesario acabar.

M.^a José CERVILLA GARZÓN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz. España
mariajose.cervilla@uca.es