

EL CASO DEL MATRIMONIO CELEBRADO POR EL RITO GITANO: LA DISCRIMINACIÓN ÉTNICA Y RACIAL A DEBATE*

Mario Ruiz Sanz**

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

Sumario: 1. Relato de los hechos y planteamiento del caso. 2. Los argumentos del Tribunal Constitucional español y sus críticas. 3. Los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el “reajuste” de la situación de no discriminación. 4. Las uniones gitanas: un largo camino por recorrer. Nota bibliográfica

1. RELATO DE LOS HECHOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO

María Luisa Muñoz Díaz, apodada “La Nena”, de nacionalidad española y etnia gitana, se casó por el rito ancestral de su pueblo en noviembre de 1972, con sólo quince años de edad, con Mariano Dual Jiménez, también gitano de diecinueve años. El matrimonio no fue

inscrito en el Registro Civil, práctica habitual en tantos otros casos similares. La pareja convivió veintinueve años, hasta que el marido falleció en 2000 tras haber cotizado ininterrumpidamente durante diecinueve años, tres meses y ocho días a la Seguridad Social por su trabajo de albañil de la construcción. La pareja tuvo seis hijos y cinco nietos. Disponían de todos los requisitos que se les pedía a un matrimonio

* Nota del Editor: Este artículo ha superado la evaluación por pares.

** Este trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-63476 sobre “Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica: estudio de casos y medidas de protección”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español. A su vez, se enmarca en el proyecto Consolider-Ingenio 2010: El tiempo de los derechos Huri-Age (CSD2008-00007).

en regla: su correspondiente Libro de Familia y la cartilla sanitaria de la Seguridad Social, en la que figuraba María Luisa como cónyuge y sus hijos como beneficiarios. Además, en 1986 el Ministerio de Trabajo les otorgó el título de familia numerosa.

Tras la muerte del marido, en diciembre de 2000, la demandante solicitó una pensión de viudedad por la cotización de su marido a la Seguridad Social durante esos diecinueve años. El Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), a través de la Resolución de 9 de mayo de 2001, le denegó la prestación aduciendo que su matrimonio no tenía efectos legales: *“al no haber sido cónyuge del fallecido”*. No había, pues, ningún precepto legal que amparase la situación de viudo/a hacia la persona que hubiere convivido con el causante como presupuesto para conceder la prestación de viudedad establecida dentro del sistema español de la Seguridad Social.

A través de un abogado de oficio, María Luisa interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid. En la demanda, en la que se invocaban los artículos 9.2, 14 y 39.1 de la Constitución española, se sostenía que María Luisa Muñoz tenía la condición de esposa del fallecido, reflejada en la cartilla de la Seguridad Social, según *“los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano”*, cumpliéndose los requisitos para la existencia del tradicional matrimonio gitano como son un acto formal, el deber de fidelidad, un comportamiento conyugal exigible, afecto, heterosexualidad y comunidad de vida, *“no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica”*. A finales de mayo del año 2002, el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid dictó una resolución favorable a la demandante. La sentencia de 30 de mayo de 2002 resultó sorprendente pues era la primera de este tipo en la que se argumentaba a favor del pueblo gitano. La jueza de lo social encargada del caso reconoció el derecho de María Luisa Muñoz a recibir la prestación, al interpretar que el matrimonio celebrado a través del rito gitano se celebró en territorio español, se ajustó a la *“ley personal de los contrayentes”* y además era una *“forma válida y admitida por la costumbre y*

usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil”. Se añadía en la misma que no considerar el matrimonio gitano como válido implicaba *“un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución”*. Esta sentencia permitió que recibiera una pensión de viudedad durante seis meses de 903,29 euros mensuales.

El Instituto Nacional (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron dicha sentencia de forma inmediata mediante recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue tramitado con el número 4445-2002 por la Sección Cuarta de su Sala de lo Social. En este caso, la resolución del recurso no fue favorable a la demandante, ya que mediante sentencia de 7 de noviembre de 2002 se le denegó de nuevo la prestación. Entre otras razones, la sentencia decía en su FJ 5º, que no existe discriminación jurídica alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el supuesto matrimonio celebrado conforme a este rito no presenta tal condición: *“El matrimonio gitano no participa en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico”*, añadiendo que *“ha de distinguirse entre lo que es legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquélla que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad”*. Cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos por la ley, pero que en ninguno de los supuestos legales contemplados *“se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme el rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrado en España”*. Por lo tanto, la sentencia concluyó que no se atribuían efectos civiles al matrimonio celebrado mediante el rito gitano.

Tras esta segunda decisión judicial, los abogados de la demandante, apoyados por la Fundación Secretariado General Gitano (FSGG), interpusieron en diciembre de 2002 recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC). En el mismo se aducía que se había vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social del art. 14 de la Constitución española. En el escrito presentado se comparaba esta situación a la de una pareja de hecho, debido al “*convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación*”. Esto sería óbice para sostener que aunque el matrimonio gitano sea “*algo menos que un matrimonio civil, debe también ser considerado como algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello*”. Además, se indicaba en el recurso de amparo la falta de libertad de la pareja para contraer matrimonio con efectos civiles en el año 1971, ni tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito gitano. Por último, se sostuvo la existencia de discriminación sobre la no aplicación de la analogía con respecto a la situación de los matrimonios nulos a los que se les había permitido acceder a la prestación de viudedad.

La Sala Primera del TC dictó sentencia el 16 de abril de 2007 (STC 69/2007) en la línea de la resolución anterior del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Los magistrados constitucionales sostuvieron que la exigencia de que exista un matrimonio válido para poder percibir una pensión de viudedad “*en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas*”. Además, indicaron que la regulación legal del matrimonio no contiene discriminación alguna por razón de etnia y que, por lo tanto, María Luisa Muñoz y su marido, si hubieran querido, podían haber formalizado su matrimonio. Los argumentos utilizados en la sentencia serán explicados con mayor detenimiento en el apartado siguiente. La sentencia concluyó con la sugerencia de

que se impulsara una legislación para que las uniones gitanas tuvieran efectos civiles.

Fue a partir de esta sentencia del TC cuando los abogados de la demandante, junto a la Fundación Secretariado General Gitano, decidieron acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante, TEDH), órgano que frente a la resolución anterior, ha dictado sentencia el 8 de diciembre de 2009 a favor de María Luisa Muñoz y en contra del Estado español, en la que se considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos) junto al derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero, tal y como veremos con mayor profusión unas páginas más adelante. Se señala, además, una indemnización de 70.000 euros por daños y perjuicios.

2. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SUS CRÍTICAS

En la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, se esgrimen básicamente dos líneas argumentales de diferente intensidad con respecto a la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social explícitamente mencionados en el art. 14 de la Constitución española (en adelante, CE). En los fundamentos jurídicos aparecen entremezcladas dos tipos de razones para decidir relacionadas entre sí pero de importancia desigual, que a efectos expositivos pueden agruparse en un tipo de argumentación débil o de carácter formal en el sentido de que apela básicamente a decisiones anteriores o precedentes del propio TC¹, y otro tipo de argumentación fuerte o sustantiva que excede a la anterior al incidir directamente sobre la configuración del principio de discriminación racial, la igualdad de trato y su alcance constitucional. Veamos ambos bloques por separado.

1. La primera línea argumental (débil o formal) para motivar la decisión gira en torno a resoluciones anteriores del propio TC que son citadas en la sentencia. En ellas no se encuentran coincidencias sino divergencias con el caso planteado porque debido a diversas causas y motivos, el Tribunal argumenta que no se dan posiciones jurídicas equiparables que justifiquen la existencia de una situación de discriminación².

La amplia jurisprudencia mencionada se resume en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se concluyó que “*no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia*”. Se refería esta sentencia al caso de un viudo de mujer funcionaria con matrimonio no inscrito en el Registro Civil. En aquélla se declaró vulnerado el derecho a la igualdad del viudo tras acreditar la existencia de una relación conyugal con la fallecida, a partir de la cual obtuvo su pensión³. En cambio, en el supuesto de la boda gitana, el Tribunal Constitucional argumenta que “*no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia*” (FJ 3º) o que “*no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido excluyendo otras uniones o formas de convivencia (...) la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos*” (FJ 4º). En esta sentencia, el TC no otorga los mismos efectos a una relación matrimonial que a la convivencia *more uxorio*, y lo fundamenta sobre la aplicación, entre otros, de los artículos 174.1º de la Ley General de la Seguridad Social que exige vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad⁴, y del art. 49 del Código civil que delimita las formas admitidas para contraer

matrimonio, entre las que no se encuentra la boda gitana⁵.

En los párrafos de la sentencia que acaban de ser citados, el TC utiliza una argumentación *a contrario*. Este tipo de argumentación es aplicable a supuestos de hecho respecto a los cuales una norma jurídica guarda silencio o que no se incluyen en una determinada regulación, esto es, cuando no aparece mención expresa a ellos en la norma, sin que se trate de una situación de laguna legal (García Amado: 2001, 91). Tanto el art. 174.1º de la LGSS como el art. 49 del Código civil no introducen la boda gitana entre las uniones matrimoniales con efectos jurídicos, por lo que al quedar fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos, se entiende que no se despliegan las mismas consecuencias jurídicas que para las formas de matrimonio incluidas, es decir, que *a sensu contrario* la boda gitana no puede ser considerada matrimonio válido a pesar de que no hay una prohibición expresa en esas normas ni en otras. De esta manera, frente a la solicitud de la demandante, para el Tribunal no se produce una situación discriminatoria por falta de igualdad de trato. Aquí, tal y como suele suceder pues se trata de su función habitual, el argumento *a contrario*, al sostener que las normas son lo que son o significan y no otra cosa diferente, sirve de “*respaldo a la legalidad vigente frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.)*” que de alguna manera alterarían ese carácter eminentemente legalista (García Amado: 2001, 92).

A pesar de su indiscutible corrección formal pues se aplica un criterio de legalidad estricto, sorprende hasta cierto punto que inmediatamente antes del fallo de la sentencia, el propio Tribunal se encomiende al legislador para “*en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales...*” (FJ 5º). Es cierto que la legislación española en ningún

momento se pronuncia de forma expresa sobre la legalidad y/o legitimidad de la boda gitana, ni en contra ni a favor, pero algo no debió de quedar del todo claro en la conciencia de los jueces constitucionales puesto que de otra manera no se entendería la inclusión en la sentencia de un párrafo como el anterior.

En relación a las argumentaciones desarrolladas a partir de precedentes, cabe hacer dos apreciaciones críticas: en primer lugar, la posible “contra argumentación” que también se recoge la sentencia en el voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata; y en segundo lugar, que podían haber sido utilizados otros precedentes judiciales del propio TC para sostener una decisión contraria a la que se tomó.

Respecto a la primera cuestión, si bien el pronunciamiento de la sentencia coincide con decisiones anteriores tomadas en otras instancias judiciales⁶, el voto particular también hace mención expresa a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, ya citada en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, que equiparó la validez del matrimonio canónico inscrito en el Registro civil con el no inscrito. Al contrario que el resto de miembros del tribunal, en opinión del magistrado que emite el voto particular, los dos casos coinciden entre sí “*de forma decisiva*”: ambos son matrimonios no inscritos en los que el demandante es cónyuge, y por lo tanto el TC debería haber fallado a su favor y concederle la pensión de viudedad. Nos encontramos, pues, ante dos soluciones completamente diferentes a partir de la invocación del mismo precedente judicial, lo cual no deja de ser significativo sobre el sentido débil, en los términos expresados, de la argumentación formal llevada a cabo por el TC.

En relación a la segunda objeción suscitada, esto es, que se podría haber recurrido a otros precedentes que hubieran llevado a una solución distinta o al reconocimiento de una situación de discriminación, las SSTC 155/1998 y 180/2001 contenían argumentos suficientes para que así fuera. En ambas sentencias se reconocen derechos en principio aplicables al matrimonio celebrado entre convivientes

en situación de unión libre (Gavidia: 2010, 1 ss.)⁷. La presunción doctrinal contenida en las mismas de que, de haber podido contraer matrimonio, la pareja se habría casado indetectablemente, no es acertada. En este sentido, presumir la voluntad de contraer matrimonio no deriva directamente del deseo de hacerlo, sino que la pareja puede decidir mantenerse en situación de unión libre sin la más mínima intención de contraerlo. En cualquier caso, si el TC argumentó de esta manera en estas dos sentencias, resulta bien cierto que podía haberlo hecho de la misma forma en la STC 69/2007 y así considerar discriminatorio no reconocer el derecho a la pensión de viudedad de alguien que convivió en unión libre con el cotizante desde el año 1971 hasta el 2000.

2. La segunda línea argumental (fuerte o sustantiva) se refiere a la interpretación que se hace del principio de discriminación y a su alcance constitucional desde su desarrollo a partir del art. 14 de la CE. A pesar de que la STC 69/2001 no indaga de forma profusa sobre la diferencia de trato y prácticamente se justifica la decisión a partir de los aspectos formales y no sustanciales (Gavidia: 2010, 3), sí que pueden extraerse algunas apreciaciones interesantes sobre los conceptos de igualdad de trato y discriminación, a mi juicio superficialmente manejados por el Tribunal. Resulta bastante habitual en la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, no establecer una diferencia tajante entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio, ambos establecidos en los dos incisos del art. 14 CE a partir del art. 9.2 de la misma⁸. La mayoría de las sentencias constitucionales argumentan desde la idea de igualdad de trato para decidir sobre cuestiones vinculadas a los rasgos específicos señalados en dicho artículo (Ruiz Miguel: 2006, 61). Este caso no es una excepción a esa tendencia general, como tendremos ocasión de comprobar.

En resumen, en la sentencia se sostiene que la no admisión del matrimonio gitano realizado según sus propios ritos a través de formas no previstas ni aceptadas por la legislación vigente en España, no es discriminatoria por

motivos étnicos o raciales puesto que las formas admitidas distintas al matrimonio civil obedecen a consideraciones religiosas y no de carácter étnico. Ahora bien, las referencias en la sentencia a la “(no) discriminación” podrían ser agrupadas en cuatro puntos básicos: a) en primer lugar, se produce a una alusión al principio general de discriminación (FJ 3º); b) a continuación se realiza una reflexión muy básica sobre las discriminaciones “directa” e “indirecta” (FJ 3º); c) en respuesta a la solicitud de la parte demandante que arguye a partir de una “discriminación por indiferenciación”, se afirma en la sentencia que aquélla no se da en este caso (FJ 4º); y d) en último lugar, también se mantiene una contraposición entre una situación de discriminación o trato diferencial y algo así como un “principio de neutralidad racial” presuntamente ejercido por los poderes públicos (FJ 4º y FJ 5º). Veamos los inconvenientes y posibles críticas hacia cada uno de estos aspectos por separado.

En relación al principio general de discriminación enunciado en la sentencia, se puede afirmar que la argumentación jurídica aportada por el Tribunal es deficiente, por varios motivos. Se dice textualmente que *“la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ4), entre los que se incluye expresamente la discriminación racial y étnica, criterio “sospechoso” respecto del que este Tribunal ha afirmado tajantemente su carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al art. 14 de la Constitución española como al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.”* (FJ 3º). Las expresiones “carácter odioso” y “perversión jurídica” son usadas de forma impropia. Lo “odioso” corresponde a una fórmula retórica a la que acude el Tribunal de forma asidua en casos de discriminación⁹. Por otro lado, una “perversión” casi siempre es algo fáctico; sólo es jurídica si la provoca una norma o decisión por motivo de la incorrecta protección o reparación de una

discriminación, que no es el caso (Rey Martínez: 2008, 19, nota 77).

Sobre las alusiones a la discriminación “directa” e “indirecta”, el Tribunal se refiere a ambos tipos a través de las siguientes afirmaciones: *“... se ha destacado que la prohibición del art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de una personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto a la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo...”* (FJ 3º). En las anteriores palabras, el Tribunal asimila una discriminación directa con aquélla que muestra algún tipo de evidencia, mientras que la indirecta permanece más o menos encubierta. Se trata de un error conceptual porque ambas pueden ser tanto patentes como solapadas. Por un lado, se produce una discriminación directa o de trato cuando una norma o acto dispensa un trato diferente y perjudicial por la pertenencia a una u otra etnia o raza; en cambio, acontece una situación de discriminación indirecta o de impacto a partir de regulaciones jurídicas neutras, pero de las que se extraen con motivo de una desigualdad fáctica entre individuos de diferente etnia, consecuencias desiguales que perjudican por su impacto diferenciado y desfavorable sobre los miembros de una u otra etnia o raza (Rey Martínez: 2010b, 78 ss.). Así, un buen criterio que permite distinguir entre discriminación directa e indirecta es la no neutralidad o en cambio la presunta neutralidad, respectivamente, de las medidas adoptadas que producen una situación discriminatoria (Rubio: 2001, 773). La directa o manifiesta establece un tratamiento desfavorable, no racional y explícito; en la indirecta, en cambio, no se tiene en cuenta las

diferencias, sino que a partir de una situación inicial de igualdad (neutral) se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. Tanto la una como la otra pueden ser deliberadas o inconscientes, por lo cual el criterio de intencionalidad no es determinante para su definición (Barrère: 2007, 25). Probablemente, el Tribunal debería haber valorado de manera más pormenorizada la posibilidad de que se diera en este caso una discriminación indirecta al concurrir un elemento externo y neutro a las propias causas discriminatorias como era la exigencia de matrimonio válido para acceder a la pensión de viudedad, del que estaban excluidas por norma legal todas las mujeres gitanas¹⁰.

En tercer lugar, la discriminación por “indiferenciación” es alegada por la parte demandante al pretender que se aplique el mismo trato jurídico a dos situaciones diferentes, esto es, las medidas legales previstas para las parejas de hecho a las uniones celebradas a través del rito gitano. Ante ello, el TC señala que el art. 14 de la CE no protege frente a la discriminación por indiferenciación o por igualación, como también se la denomina, esto es, por haber tratado la unión de la pareja como libre cuando la propia demandante admitió que no era un matrimonio reconocido legalmente. El Tribunal rechaza tal pretensión a través de las siguientes palabras: “(...) este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la discriminación por indiferenciación, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual ...” (FJ 4º). Analicemos con cierto detenimiento las afirmaciones anteriores. La discriminación por indiferenciación, indiscriminación o igualación, supone tratar jurídicamente de forma idéntica situaciones fácticas diferentes. Por lo tanto, consistiría en aplicar la desigualdad para los desiguales, esto es, dar un trato “justo” al caso¹¹. La discriminación por indiferenciación es sistemáticamente rechazada por el Tribunal Constitucional porque la vincula directamente

a la ruptura del principio general de igualdad recogido en el art. 14 CE (Cobrerros: 2007, 102 ss.) cuando lo que probablemente debería haber hecho es implicarla en la prohibición de discriminar en sentido estricto, que también forma parte de la norma constitucional en su calidad de derecho fundamental. Separar los dos incisos del art. 14 y referirse en exclusiva al segundo, esto es, la prohibición de discriminar por motivos raciales o étnicos, hubiera sido lo correcto. Ahora bien, es cierto que “no es lo mismo (...) el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición” (Rey Martínez: 2008, 22, nota 82). La decisión de que la boda gitana no tiene los mismos presupuestos ni está en las mismas condiciones que una pareja de hecho y por lo tanto que no hay trato discriminatorio, no oculta que la discriminación por indiferenciación es algo difícilmente cuantificable pues abre la discrecionalidad judicial hasta límites inadmisibles. En realidad, la decisión de establecer si las situaciones son discriminatorias es cuestión de política legislativa y no forma parte de las potestades jurisdiccionales. En este sentido, la argumentación y decisión del TC sobre esta cuestión no deja de ser consecuente y razonable, dentro de los márgenes de apreciación de los que disponía. Otra cosa es reducir al mínimo la operatividad de este tipo de discriminación, como hace por regla general, ya que podría llegar a ser un criterio útil en la valoración de situaciones susceptibles de ser comparadas.

Por último, en dos ocasiones aparece la referencia a un innecesario o prescindible por redundante “principio de neutralidad étnica” ejercido por parte de los poderes públicos, sobre el cual se apoya la decisión del TC de que no existe trato discriminatorio en este caso. Así se dice que: “(...) el Ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso, en

los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana” (FJ 4º), al tiempo que a continuación se sostiene de manera semejante que: “(...) tomando otro presupuesto, en primer lugar, que el Ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, que cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado” (FJ 5º). Este pretendido principio de neutralidad no deja de ser superfluo pues resulta vacuo en el sentido de que el enunciado del art. 14 CE ya se muestra de por sí suficientemente claro para entender que cualquier discriminación por razón de raza o etnia está prohibida. Dar una vuelta de tuerca al principio de no discriminación étnica afirmando la neutralidad del Estado respecto al tratamiento de diferentes etnias no significa nada más que plantear la misma cuestión con otras palabras; por lo tanto, se trata de un argumento redundante. No obstante, la finalidad de su uso resulta evidente y hasta puede que eficiente: con estas afirmaciones se trata de reforzar argumentalmente la improcedencia de una situación discriminatoria.

La cuestión que subyace en el fondo de este asunto es que el TC no ha demostrado la misma actitud sobre la discriminación por motivos políticos o ideológicos —por ejemplo, en la STC 180/2001— que hacia las creencias arraigadas en una etnia minoritaria como es la gitana (Gavidia: 2010, 11). De hecho, el TC ha producido hasta el momento una “escasa (y discutible) jurisprudencia” sobre discriminación racial¹², en la que mantiene una postura estricta y cerrada de *race blind* (Rey Martínez: 2003, 61 ss.; 2008, 20).

3. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL “REAJUSTE” DE LA SITUACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

Tras dictarse la sentencia comentada, los abogados de la parte demandante en coordinación con al Fundación Secretariado General Gitano, decidieron acudir al TEDH, órgano que ha dictado sentencia el 8 de diciembre de 2009 a favor de María Luisa Muñoz y en contra del Estado español. El Tribunal Europeo, en esta resolución, ha decidido conceder la pensión de viudedad a la demandante y una indemnización, pues se considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos) junto al derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero (ap. 89.1º)¹³. Sin embargo, no admitió la solicitud de la parte demandante sobre la validez del matrimonio gitano en las mismas condiciones que las formas matrimoniales aceptadas por la legislación interna española, esta vez al considerar el art. 14 del Convenio en combinación con el art. 12 del mismo (ap. 89.2º)¹⁴.

Después de describir los hechos, citar y comentar las resoluciones anteriores sobre el caso, enumerar la legislación y jurisprudencia interna y europea aplicables y recoger las posiciones de los actores en disputa, en los fundamentos jurídicos de la sentencia encontramos dos niveles de discusión que dan lugar a las conclusiones anunciadas. A un primer nivel, el TEDH se centra casi con exclusividad en los intereses patrimoniales a partir de la discusión abierta por la parte demandante sobre la validez del matrimonio celebrado a través del rito gitano; mientras que a un segundo nivel se profundiza algo más en el concepto de discriminación y sus repercusiones o consecuencias sobre la minoría gitana en general, sobre la cual se hacen unas consideraciones interesantes. Simplificando ambos aspectos, el Tribunal se ocupa del tema discriminatorio desde

un enfoque vinculado de forma exclusiva con la diferencia de trato, a partir del reclamo de una pensión de viudedad fundamentado sobre la presunta validez de una boda gitana, en un primer nivel, para dedicarse también a argumentar sobre la discriminación y los derechos de la minoría gitana desde otro enfoque más general, a continuación. No obstante, cierto desorden expositivo y redacción asistemática por parte del Tribunal conduce a que ambos aspectos aparezcan en bastantes ocasiones entremezclados, confusos y hasta redundantes en el desarrollo expositivo de la sentencia.

No cabe duda de que el gran atractivo de cara a la opinión pública de esta sentencia es el primer aspecto citado, esto es, el resarcimiento económico (70.000 euros más costas) que se le hace a María Luisa Muñoz. Esto ya supone un éxito para la parte demandante. Pero la sentencia no se agota, ni mucho menos, en ello, puesto que interesa sobre todo analizar las razones utilizadas por el TEDH para apoyar, rebatir o ajustar, en su caso, la argumentación previa del TC en relación a su decisión de no admitir una situación discriminatoria en el caso de la boda gitana con respecto a otras uniones matrimoniales y sus consecuencias sobre la extensión del art. 14 CE en comparación a la aplicación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el fondo de la argumentación, subyace una cuestión fundamental: el *estatus* jurídico de la discriminación étnica y racial más el ámbito de protección de los derechos de la minoría gitana. Para ello, me ocuparé primero de comentar los aspectos concretos sobre la pretendida validez del matrimonio gitano y las consecuencias pecuniarias de la decisión, para después referirme a ese tema de fondo, siguiendo al mismo orden y formato expositivo que ya utilicé para comentar los aspectos referidos a la (no) discriminación que sistematicé a partir de la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007.

1. La primera cuestión gira alrededor de la validez del matrimonio gitano y de los intereses patrimoniales en juego. El TEDH se plantea de forma muy sucinta la validez o no validez del matrimonio gitano a partir de los

argumentos contrapuestos esgrimidos por la parte demandante y el gobierno español, respectivamente. El TC no reconoció el rito gitano como una forma de matrimonio válido. El TEDH, en cambio, recurre a una argumentación que divaga y oscila al respecto, aunque tampoco pone excesivos obstáculos a la no aceptación de su validez formal de acuerdo a la solución previa arbitrada por el TC; así señala que *la cuestión a resolver en el presente asunto es si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados, convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido* (ap. 54)¹⁵. Además, se establece que los requisitos de validez del matrimonio dependen exclusivamente del derecho interno de cada Estado. Por lo tanto, no supone una situación discriminatoria el hecho de que no se admita el rito gitano como forma válida de matrimonio, pues la legislación interna no lo hace. El TEDH lo deja bien claro al decir que *el Tribunal observa que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante un Alcalde, un Juez u otro funcionario designada al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se requiere ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro* (ap. 79). Esto mismo reitera y concluye a continuación cuando admite que las uniones gitanas no originan efectos civiles y que no se produce una discriminación ilegal derivada del art. 14 del Convenio. La demanda es, en este sentido, rechazada (app. 80 y 81).

Unas líneas más arriba, el Tribunal había realizado otras apreciaciones que no eran tan nítidas y rotundas como las anteriores, sino que abren cierto margen de confusión. En ellas se respeta pero también se matiza la legalidad desde otro punto de vista, ya que poco más o menos se manifiesta que si bien no tiene lugar

una situación de discriminación por no observar las formas legales admitidas en el ordenamiento jurídico español, ello no quiere decir que la existencia de otra forma distinta de celebración nupcial como es la gitana, aunque no se equipare al matrimonio civil o religioso, no haya de ser tenida en cuenta. Al menos en dos ocasiones hace el Tribunal alusiones a la legitimidad de la boda gitana, a pesar de no admitir su legalidad. En la primera oportunidad explica que *para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada* (ap. 59). Lo que parece claro es que el concepto de “validez” que maneja el Tribunal en el párrafo anterior no es el mismo que ha utilizado en otros apartados de la sentencia. Aunque no se explique qué se entiende por válido o no válido, desde luego aquí no equivale a legal o alega como sí que sucede en otros párrafos de la misma. Y en una segunda ocasión se dice que *el Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar esas Leyes. El Tribunal ha tenido ocasión en la Sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares* (ap. 61). Desde la reiteración sobre el cumplimiento de la legalidad pero esta vez proponiendo cierta flexibilidad, de forma moderada el TEDH no deja de dar un toque de atención al TC no tanto sobre el aspecto particular de no admitir la situación de discriminación, lo que no hace, sino sobre la falta de consideración suficiente del respeto

a la cultura, forma de vida y hecho diferencial de la etnia gitana. Esta matización ya alcanzará otros tintes más profundos en el otro nivel de argumentación, con respecto al cual hay un salto cualitativo pero que, debido a la confusa y poco cuidada formulación de la sentencia, no aparece bien definido o precisado.

Antes de entrar en otro tipo de detalles sobre el concepto de discriminación utilizado por el TEDH, conviene precisar que el gobierno español ha sido condenado por una discriminación que no está en la ley, sino en su aplicación, de acuerdo a lo que el propio Tribunal había decidido en otros casos similares (Gavidia: 2010, 12). En la sentencia, el TEDH considera que *el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS), situación equiparable a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido la violación del Convenio* (ap. 85). No cabe duda de que la discusión sobre la validez del matrimonio gitano era el *leit motiv* que justificaba el interés patrimonial de la demandante para solicitar la pensión de viudedad. Sobre ello, tal y como acaba de ser comentado, el TEDH expresa una opinión negativa con matices. En cambio llega a la conclusión de que en este caso “*es suficiente*” para reconocer esa pensión la aplicación del art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio, relativo al derecho de propiedad en relación al art. 14 del Convenio, y así da la razón a la parte demandante (ap. 46). Por este motivo en exclusiva apoyado en decisiones anteriores respecto a las que se aprecia “*diferencia de trato*” y no desde la admisión de una situación discriminatoria por la celebración del matrimonio gitano, María Luisa Muñoz ha de recibir una cantidad de 70.000 euros “*en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios causados, en su conjunto*” (ap. 86).

La sentencia trata de resolver un caso “más allá” de la legalidad, pues resulta hasta intuiti-

tivo reconocer que se produjo una situación injusta al no conceder la pensión de viudedad a la demandante. De ello ya era consciente el TC, que aun habiendo aplicado con una exquisita formalidad el Derecho interno, había advertido al final de aquella resolución sobre la necesidad de legislar al respecto. El TEDH no pone en entredicho las normas reguladoras de la institución matrimonial, es más, apoya la idea de la no equiparación del rito gitano a otras formas matrimoniales admitidas por la legislación vigente, en las condiciones actuales. A pesar de que no se expresa con claridad, lo que hace es poner en cuestión la idea de (no) validez del rito gitano que sitúa a medio camino entre la legalidad de las normas estatales y la legitimidad de prácticas consuetudinarias que deben ser aceptadas y protegidas en virtud de los derechos de la propia minoría gitana. De ahí la apelación a la existencia de una discriminación por diferencia de trato con respecto a los asuntos patrimoniales ligados a la denegación de esa pensión, ya que esos efectos no pueden ser diferentes a los producidos mediante un matrimonio civil o religioso. Ahora bien, la sentencia transcende en buen medida a lo anterior. A través de la consideración de precedentes o decisiones anteriores, y aunque se hace de manera bastante imprecisa y en ocasiones camuflada, el TEDH abre una vía importante para que el TC modifique su doctrina en torno a la discriminación étnica y racial, que todavía es incipiente.

2. El segundo nivel de discusión planteado engloba los diversos aspectos que son tratados por el TEDH en torno a la prohibición de discriminación del art. 14 del CR entendida desde una perspectiva general. En el ámbito del Derecho antidiscriminatorio y sobre todo ante la variedad de clasificaciones y tipologías del concepto de discriminación que aporta la dogmática jurídica, la contribución de los órganos jurisdiccionales resulta bastante limitada pues las referencias a las formas discriminatorias son escasas o imprecisas. Así se manifiesta una evidente desconexión entre la terminología usada por la doctrina y los contenidos de las normativas y decisiones jurisprudenciales

estatales o europeas en torno a la extensión y aplicación de la idea de discriminación (García Añón:1999, 5 ss.).

Para seguir cierto orden expositivo, voy a reproducir la estructura que ya utilicé con respecto a la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007. esto es, los cuatro puntos básicos que señalé en el apartado anterior de este trabajo: primero, qué se entiende como principio general de discriminación; segundo, si cabe aplicar las ideas de discriminación “directa” o “indirecta”; en tercer lugar, si hay alguna referencia que permita hablar de discriminación por “indiferenciación”; y en cuarto y último lugar, si se mantiene alguna idea similar a aquel pretendido “principio de neutralidad racial” como rasgo característico de los poderes públicos. Veamos de nuevo cada uno de estos aspectos por separado desde la óptica del TEDH en comparación con el TC, y así podremos extraer algunas conclusiones críticas.

En relación al primero de los puntos señalados, esto es, sobre una definición más o menos aproximada de la discriminación, las ideas expuestas por el Tribunal pueden resumirse en tres puntos básicos: qué significa “discriminar” (ap. 47); qué margen de apreciación tienen los Estados al respecto (ap. 48); y cómo se invierte la carga de la prueba (ap. 49). En realidad, el único aspecto tenido en cuenta por el Tribunal es el primero de los indicados, ya que los otros dos no son problemáticos (Rey Martínez: 2010a, 2-3). La noción de discriminación utilizada parte exclusivamente del principio general de igualdad y no de la prohibición de discriminación, como hubiera sido preferible. Ante casos anteriores resueltos de determinada manera, el Tribunal aprecia que se ha producido una “*diferencia de trato*” en la celebración del matrimonio gitano con respecto a aquellos otros. Así construye la conclusión a partir de la carencia de trato formal como equiparación. Para el TEDH, discriminar supone “*tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares*” (ap. 47). Aunque a priori no lo parezca, pues llega a un resultado distinto, el TEDH comete el mismo error en el que ya incurrió el TC, tal

y como fue advertido, por no derivar los efectos oportunos de un reconocimiento explícito de la existencia de una discriminación étnica y racial y en cambio hacerlo desde la mera formalidad del principio de igualdad. Así, el Tribunal tan sólo *considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe* (ap. 65). Con ello aporta razones suficientes para resolver el caso con cierta solvencia. Por otra parte, no se añade nada nuevo al concepto de discriminación al indicar que los Estados tienen un margen de apreciación para determinar y justificar en su caso las diferencias de trato. La carga de la prueba la tendrán, en ese caso, las autoridades nacionales que han establecido ese tipo de medidas de política legislativa, lo cual es lógico y razonable.

Decíamos al comentar la sentencia STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, que en ella se manejan las categorías de discriminación directa e indirecta, aunque no se habían entendido ni aplicado de forma correcta. A pesar de que el TC expuso que en este caso no se daba ninguna de las dos formas, cabe hacer algunas apreciaciones al respecto. La discriminación directa tiene lugar ante un tratamiento desfavorable y explícito, que no es el caso puesto que las normas que regulan las uniones matrimoniales en el Derecho español, en concreto el art. 49 del Código civil, no dispensa un trato diferente y perjudicial al matrimonio gitano, sólo que no lo incluye y por lo tanto no considera una situación discriminatoria derivada de la norma. La discriminación indirecta se origina en una situación de igualdad a partir de la cual se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. Precisamente, no hay inconveniente en considerar que la situación discriminatoria que se produce ante el no reconocimiento de los mismos efectos al matrimonio gitano en relación a otros tipos de matrimonio válidos entra dentro del ámbito de la discriminación indirecta, aunque no se haga alusión explícita a esta cuestión en la sentencia del TEDH. Por lo tanto, se justifi-

caría la posibilidad de que los Estados adoptaran acciones positivas (*affirmative actions*) en favor de las mujeres gitanas no casadas por los medios ortodoxos delimitados por el Derecho interno de cada Estado, para la consecución de una igualdad real y efectiva. El TC español no aceptó una evidente situación de discriminación indirecta característica de una determinada posición personal y social, que es la de una mujer gitana. Sin embargo, tampoco el TEDH hace una apuesta clara en favor del reconocimiento en este caso de una discriminación étnica y racial, sino que lo reduce a la vulneración de la igualdad de trato.

Por ello, y a pesar de que la jurisprudencia nunca lo ha utilizado, hubiera sido interesante que se planteara en este caso si se produce una “discriminación múltiple” en cuanto a que a la condición de mujer (género) se le une la condición de gitana (etnia), e incluso se podría añadir una tercera condición: la temprana edad a la que contrajo matrimonio. Esa combinación de factores produce un resultado distinto al que se obtendría de considerar cada uno de ellos de forma aislada (Rey Martínez: 2008, 18 ss.; 2010a, 7-8).

Idéntica crítica y conclusión puede hacerse y extraerse, respectivamente, del interrogante sobre si es aplicable a este caso una discriminación por “indiferenciación”. Tal y como se decía en el apartado anterior, la discriminación por indiferenciación o igualación supone aplicar el mismo o idéntico trato jurídico a dos situaciones fácticas diferentes, esto es, si ésta fuera admisible, sería discriminatorio no aplicar las medidas legales previstas para las parejas de hecho a las uniones celebradas a través del rito gitano. Esto es precisamente lo que solicitó la parte demandante y lo que fue rechazado por el TC, quizás de forma adecuada. Ahora bien, si el matrimonio gitano no es formalmente válido, como ha quedado demostrado, pero la demandante está convencida “de buena fe” de que su unión conyugal era válida, el error es dispensable, tal y como argumenta el TEDH en varias ocasiones¹⁶. El propio TEDH no se pronuncia sobre la discriminación por indiferenciación en esta sentencia; por lo tan-

to no utiliza esta categoría antidiscriminatoria para adoptar su decisión porque además no le hace falta ya que le basta con alegar la “pura y simple discriminación en sentido general” (Rey Martínez: 2010a, 6). No obstante, no habría estado de más incluir alguna apreciación sobre la misma, puesto que en algún momento la jurisprudencia tendrá que pronunciarse de forma más directa para establecer pautas interpretativas sobre la construcción teórica de la diferenciación como criterio para la obtención de la igualdad, esto es, de aquéllas políticas dirigidas a tratar de forma desigual a aquellos individuos o colectivos menos favorecidos con la finalidad de equipararlos a los más favorecidos¹⁷, entre cuyos afectados se encuentra, sin lugar a dudas, el pueblo gitano.

Y en cuarto lugar, cabe poner en duda la idea de “neutralidad” étnica o racial que había manejado de forma difusa y forzada el TC español en su sentencia. A diferencia de los dos aspectos anteriores que son obviados, aquí el TEDH sí que realiza unas cuantas observaciones, que si bien no se refieren expresamente a esa pretendida actitud neutral por parte de los poderes públicos, puede deducirse de ellas una crítica a la postura del TC español. El TEDH, de alguna manera, apela a la intervención del Estado para garantizar y favorecer los derechos de la minoría gitana, lo que no puede considerarse un reclamo hacia la neutralidad, sino más bien todo lo contrario: parece que el TEDH se postula a favor de una intervención positiva del Estado en materia étnica o racial.

Las tímidas apreciaciones sobre la comunidad gitana vertidas por el TC, diluidas bajo el tinte de una pretendida neutralidad de los poderes públicos en cuestiones étnicas y raciales, se tornan conflictivas bajo las argumentaciones del TEDH. Tanto el TC como el TEDH, el primero de forma mucho más comedida y difuminada que el segundo, recurren a enriquecer la sentencia con leves aportaciones en comentarios y reflexiones de contenido social, a favor del reconocimiento de derechos y garantías para la minoría gitana. El TC se refería a ello en su sentencia con vagas palabras y trasladaba la responsabilidad al legislador en el FJ

40¹⁸. En cambio, el TEDH va algo más allá y otorga relevancia y respeto a las creencias del pueblo gitano pues *conviene subrayar la importancia de las creencias que la demandante arrastra por su pertenencia a la comunidad gitana, etnia que posee sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española* (ap. 56), o en este mismo sentido, considera que *la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada* (ap. 59). Otro paso más da a continuación al sostener que *en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa surge un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida* (ap. 60), o que *la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares* (ap. 61). Según el TC, el Estado se encuentra ante un contexto aparentemente neutral con respecto a la raza o etnia de la demandante. No parece que el TEDH, a la luz de sus comentarios anteriores, apoye tal punto de vista, sino más bien la implicación de los poderes públicos en las políticas de integración del pueblo gitano, aunque lo hace de manera comedida y en todo caso a través de una leve advertencia hacia quién debe de adoptar ese tipo de medidas.

En síntesis, hubiera sido oportuno concretar qué ha de entenderse por discriminación por indiferenciación, simplemente por alusiones a la misma en la sentencia previa del TC español, aunque puede que éste no sea el caso más clarificador para esos menesteres. A partir de ello y frente a esa pretendida neutralidad estatal sobre etnia o raza, se podría argumentar sobre la necesidad de articular políticas de discriminación inversa ya que en ocasiones puede estar justificado tratar de forma desigual a través de medidas de acción positiva u otras fórmulas hacia grupos desaventajados (Ruiz Miguel: 1994a, 77 ss.; 1994b, 288 ss.; Rey Martínez: 1995, 85 ss. Barrère: 1997, 81 ss.).

También cabría considerar y este sí que parece un caso idóneo, la existencia de una discriminación de grupo, que es aquella que sufre un individuo, aquí una mujer gitana, por razón de su pertenencia a un colectivo, lo que la sitúa en posición de desventaja con respecto a otros individuos del grupo. E incluso no estaría de más plantearse la posible existencia, más allá de la mera individualidad, de una discriminación estructural, sistémica o institucional, no sólo por tratarse de una cuestión de género, sino además por pertenecer a la minoría gitana¹⁹. Quizás hubiera sido mucho pedir tales aclaraciones a pesar de ser una sentencia de tintes bastante concretos, pero no cabe duda de que era una ocasión adecuada y oportuna para realizar un discurso más abierto y clarificador sobre algunos aspectos polémicos en relación a las formas y tipos de discriminación en general y en particular sobre los derechos de las minorías étnicas y raciales.

4. LAS UNIONES GITANAS: UN LARGO CAMINO POR RECORRER

El pueblo gitano ha sido objeto de persecuciones, reclusiones y expulsiones en el Occidente europeo a partir de su asentamiento durante la Edad Media hasta nuestros días. La marginación social siempre ha acompañado al colectivo romaní sin apenas paréntesis históricos²⁰. En el caso español, desde comienzos del siglo XV, momento en el que llegan los primeros gitanos a la península, han sufrido reiterados y graves procesos de estigmatización social y exclusión que oscilan entre una actitud tolerante con intenciones integradoras o asimiladoras hasta su criminalización más des-carnada²¹.

Entre otros aspectos referentes a su presencia actual, el desarrollo de una cultura propia mantenida durante mucho tiempo en el ostracismo más absoluto, o sus costumbres y prácticas cotidianas rechazadas por la mayoría, han sido una de las constantes que los ha

convertido en un colectivo discriminado. En muchas ocasiones, sus formas de vida han sido reducidas a meras actuaciones folklóricas y populares observadas desde un punto de vista externo, que sin embargo son extremadamente vinculantes u obligatorias desde un punto de vista interno al propio grupo. La identidad del pueblo gitano se ha construido a partir de elementos de diverso cariz con una característica en común: su “anormalidad” e incluso rebeldía en relación a la mayoría, en el sentido de no seguir los parámetros “normales” o aceptados en las sociedades de las que han formado parte, rasgo mucho más acentuado en cuanto a que se trata de un pueblo de tradicional raigambre nómada y fuertes lazos intergrupales; por lo tanto, de difícil integración.

No cabe pasar por alto que la realidad de la etnia gitana es bastante más compleja y menos superficial de lo que a través de algunos estereotipos se defiende. Las diferencias étnicas entre gitanos y “payos” no se encuentran, hoy en día, en un presunto pero erróneo nomadismo o en la falta de vínculos territoriales²², el desarraigo o gusto por el trabajo independiente u otros detalles de raigambre más popular (cante, baile, vestuario, etc.); tampoco están en la falta de estructuración social, y sobre todo, en las peculiaridades de sus propias normas sobre género, matrimonio y parentesco. Todos estos elementos han sido utilizados para sostener una “lucha identitaria” repleta de equívocos y visiones deformadas de su vida cotidiana (Gammella: 2000, 12).

Por encima de la discusión sobre la validez o invalidez del matrimonio gitano a través de la celebración de un rito específico y propio de su cultura autóctona en los términos en que lo hizo el TCE y el TEDH, cabe plantearse tres cuestiones básicas: primero, en qué consiste una boda gitana y cómo se configura a partir de ahí un matrimonio gitano; segundo: de qué manera y en qué condiciones sería factible integrar ese matrimonio en el ordenamiento jurídico español desde el punto de vista de su posible legalidad o validez; y tercero: si esa forma conyugal plantea problemas de límites, esto es, si podemos considerar que se trata de

una práctica cultural “contraria” a los derechos humanos, y que por lo tanto carece de legitimidad democrática en una sociedad plural. Veamos los tres interrogantes por separado.

1. En primer lugar, una ceremonia de boda gitana es todo un conjunto de actos sociales que crean un vínculo no sólo entre los cónyuges, sino que se extiende a las familias o parientes y de la que participa activamente toda la comunidad gitana durante varios días. Tras los prolegómenos oportunos (noviazgo corto, consejos de los padres, “pedimento” de la novia, etc.) tiene lugar el acto de celebración propiamente dicho de acuerdo a la tradición ancestral de la etnia²³.

A partir de la boda, el matrimonio afecta a todas las ámbitos de la vida de los cónyuges y de sus parientes, desde la educación hasta la salud. Es la institución que permite entender la condición de la mujer gitana y el sistema de género de esta minoría. El matrimonio gitano puede explicarse a partir de cinco rasgos diferenciales (Gamella: 2000, 27 ss.): a) la unión entre hombre y mujer es una necesidad social, no una opción, sobre todo para la mujer que presenta bajísimos índices de soltería; b) tiene lugar a muy temprana edad, prácticamente en la adolescencia; los hombres suelen ser algunos años mayores que las mujeres; c) se producen situaciones de endogamia étnica, esto es, la unión de miembros del propio grupo étnico con bastante frecuencia, lo que ha dado lugar a una elevada tasa de matrimonios consanguíneos, sobre todo entre primos de diversa proximidad; d) El objetivo prioritario es la reproducción, es decir, procrear y educar hijos que son el “patrimonio” mayor que tienen los padres; y por último, e) la virginidad femenina es una condición del matrimonio. Como ha sido descrito, esto se traduce en la exigencia de demostración pública a través del rito gitano y la ceremonia del pañuelo. Las consecuencias son evidentes: se refuerza la tendencia de que las mujeres se casen pronto, ya que el riesgo de no ser virgen aumenta con la edad; hay un mayor control sobre las niñas y adolescentes, se favorece la endogamia y ello condiciona todo su sistema de género. A fin de cuentas, se pro-

duce una identificación entre sexo y matrimonio que “contribuye a considerar la feminidad como una condición peligrosa, y su sexualidad como amenazante para sí y para el grupo hasta que es concentrada o recluida en el matrimonio” (Gamella: 2000, 32). Las consecuencias, además de demográficas (alta fecundidad y alto crecimiento de población gitana), son socioculturales: la creencia en la inferioridad de la mujer, ya que son “seres a proteger y por cuya posesión o defensa surgen violentas disputas” o los cambios acentuados en el ciclo vital femenino. Afortunadamente, en las últimas décadas los indicadores van cambiando (por ejemplo, menor fecundidad de las mujeres gitanas que controlan su período reproductivo mediante el uso de preservativos), pero todavía se encuentran graves deficiencias en temas como la integración en el mercado laboral sobre todo en puestos importantes de decisión y responsabilidad, el aumento de participación en sectores informales e ilegales o de economía sumergida (venta de drogas, prostitución), dependencia de subsidios públicos o el espectacular aumento de población gitana femenina en las cárceles, etc. (Gamella: 2000, 42-49).

2. La boda gitana contiene todos los ingredientes, ya sean espontáneos o reglados, para comprender que se crea un vínculo normativo entre los cónyuges cuya unión tiene carácter matrimonial. En este sentido, podemos encontrar argumentos jurídicos en contra y a favor del reconocimiento legal del matrimonio celebrado a través del rito gitano (Ramírez Heredia: 2005, 247-255; Pérez de la Fuente: 2008, 132-138). Las posiciones negativas oscilan en torno a aspectos formales: para considerar válido un matrimonio se exige el cumplimiento de unos requisitos legales establecidos por la ley, que son de difícil o imposible cumplimiento en el caso del matrimonio gitano²⁴. En cambio, en un sentido positivo o de su aceptación se dice que no debería haber inconveniente en incluir el matrimonio gitano entre las formas válidas de matrimonio, ampliando la variante religiosa de la normativa civil a las minorías étnicas (Félix Ballesta: 2003, 439). Una actuación legislativa —tal y como ya proponía el

TC al final de la sentencia 69/2007, de 16 de abril— incluyendo en la normativa aplicable otras uniones matrimoniales en las condiciones y con los requisitos que se determinen, sería la fórmula técnica más adecuada. En este sentido positivo parece que se ha decantado parte de la doctrina civilista²⁵. Pero la cuestión no es de estricta técnica jurídica, sino que su rechazo presenta más bien un perfil político y moral, por no decir ideológico, aunque el discurso pretenda disfrazarse con alegatos a la vulneración del orden público o la dificultad de articular los trámites oportunos para la comprobación de que ha habido consentimiento matrimonial.

3. El caso del matrimonio gitano es un claro ejemplo de pluralismo cultural y también jurídico. De hecho, si se reconoce la existencia de una pluralidad cultural también ha de hacerse con la pluralidad jurídica (De Lucas: 1994, 62). En cuanto a ésta, es fruto de una autonormación social no coincidente con el derecho oficial o estatal, lo que resulta bastante habitual en las sociedades pluralistas contemporáneas (De Sousa: 2009, 52 ss.). A partir de ello, la vigencia de variados códigos culturales abre la duda sobre la exigencia del respeto y reconocimiento a las categorías diferenciales. La minoría gitana, en este sentido, no es una excepción, ya que además y en su inmensa mayoría son ciudadanos de pleno derecho del Estado en el que residen.

Ya bien se trate de nacionales o extranjeros, existe un componente racial, étnico y de confrontación que llega a tenerse en cuenta en la discusión sobre la multiculturalidad en las sociedades contemporáneas (De Lucas: 1999, 273-283; 2001: 59 ss.; Añón Roig: 2001b, 217 ss.). Hay sectores dentro de la población que insisten en la imposibilidad de conciliar otras formas de entender las prácticas jurídicas y culturales con un cierto orden y uniformidad social proveniente del derecho oficial o de la cultura mayoritaria asentada, respectivamente, y que ven en la diversidad cultural una amenaza para la homogeneidad social, idea general que va acompañada por una lista de prejuicios y vulgarizaciones, de imágenes y representa-

ciones negativas, alimentadas en parte por el etnocentrismo característico de los países europeos económicamente desarrollados que postulan la “globalización” a través de procesos de aculturación como logro “civilizador” que impide cualquier intento de desarrollar pautas culturales diferentes a las estandarizadas (De Lucas: 2003, 28 ss.; Solanes: 2009, 47 ss.). Pero el significado de la cultura es mucho más que eso²⁶.

El pluralismo cultural concibe la sociedad global como el resultado de la comunicación e interacción de las culturas particulares que conviven en un espacio común y que dan lugar a una unidad más amplia; es un modelo con una función heurística que sirve de guía para tomar decisiones y desarrollar acciones frente a las relaciones entre culturas. A la perspectiva pluricultural no puede ser ajeno el derecho, y en concreto, los poderes del Estado sobre todo cuando se produce la necesidad de legislar, reglamentar y en último término, resolver controversias jurídicas que en muchas ocasiones implican conflictos de derechos fundamentales. El diálogo intercultural es un presupuesto básico para la aproximación discursiva. He aquí uno de los aspectos más delicados de la multiculturalidad: el acercamiento entre culturas. Se insiste en que las prácticas culturales y las formas de vida son dignas de protección y defensa sólo si no vulneran los derechos de los individuos (Garzón Valdés: 1993, 519-540; 2001, 233-271)). La necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales no ha de suponer que todas las culturas contengan aportaciones igualmente valiosas para el bienestar, la libertad o la igualdad de los seres humanos. Hay que distinguir entre pretensiones dignas de reconocimiento jurídico y aquéllas que se estima no son acreedoras de protección, bien porque no la necesitan, o bien porque no la merezcan (De Lucas: 1994, 110; 2003, 82 ss.).

De acuerdo con una perspectiva multicultural, el argumento más fuerte que obstruye de alguna manera el reconocimiento del matrimonio gitano y su inclusión en el ordenamiento jurídico español no proviene de causas

técnicas o formales, todas ellas superables, sino del conflicto entre derechos fundamentales y la valoración de la situación de discriminación sobre la que se reflexionó en los apartados anteriores de este trabajo. Hay aspectos como la “sacralización” de la virginidad de la mujer o su sometimiento a los dictados de la dominación masculina observables en muchas manifestaciones de la vida de los gitanos que, aunque no sean exclusivas de su cultura²⁷, obligan a discutir sobre la superación de algunas prácticas y costumbres de dudosa legitimidad, por muy ancestrales que sean. Pero el discurso ha de hacerse desde la propia identidad gitana, no a través de mecanismos compulsivos externos de eliminación o prohibición drástica mediante la aplicación de normas jurídicas. No obstante, perduran varios interrogantes a los que habría que dar respuestas sosegadas: ¿cabe establecer límites al principio de igualdad ante la ley en relación con los miembros de la etnia gitana?; ¿tienen derecho a desarrollar su propia cultura incluso si se produce una situación de “discriminación dentro de otra discriminación” no sólo por actos concretos sino en el contexto social? esto es, la de ser gitana (como minoría étnica) y ser mujer (en un entorno machista), lo que agrava sobremedida la situación de discriminación. A fin de cuentas, ¿cabe la aceptación de prácticas culturales “contrarias” a los derechos humanos por parte de la etnia gitana o hay límites a su admisión en una democracia

plural? Se trata de preguntas de hondo calado que no tienen una respuesta sencilla.

Por contestar de forma urgente sobre todo a la primera de las cuestiones y en relación al caso aquí analizado, cabe decir que los legisladores y lo jueces deberían tener en cuenta que no es suficiente la proclama de la igualdad ante la ley, pues no basta con defender la igualdad de trato formal como diferenciación, que, aunque satisfactoria, se muestra insuficiente en términos de la protección jurídica de las minorías étnicas y nacionales (De Lucas: 1996, 499). Además, si la no aceptación del matrimonio gitano deriva únicamente de razones débiles o instrumentales que proceden del incumplimiento de formalidades, éstas no han de ser tenidas en cuenta como obstáculo insalvable para conseguir su validez jurídica. Tampoco conviene detenerse en alusiones retóricas de tinte superficial a que el rito gitano atenta contra la “seguridad jurídica” puesto que afectaría al “orden público” o rompería la “homogeneidad social”, expresiones mucho más complejas del uso que pretende dársele en este contexto. En cambio, la defensa de la dignidad de la mujer gitana y la constatación de una evidente situación estructural y múltiple de discriminación, o si se va más allá, la discusión sobre el derecho del pueblo gitano a mantener y desarrollar su propia cultura desde lo igual y sobre todo desde lo diferente, son razones que sí han de tomarse en serio.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AÑÓN ROIG, M^a. J. (2001a), *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México D. F., Fontamara.
- AÑÓN ROIG, M^a. J. (2001b), “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en VV.AA. (J. de Lucas, dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 217-270.
- AÑÓN ROIG, M^a. J. (2006), Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* núm. 14, pp. 1-34 (<http://www.uv.es/CEFD/>).
- ARDÉVOL, E. (1986), “Vigencias y cambio en la cultura de los gitanos”, *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos* (San Román, Teresa, comp.), Madrid, Alianza Universidad, pp. 61-108.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a. Á. (1997), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a. Á. (2001), “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 60, mayo-agosto, pp. 145-166.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a. Á. (2008), “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio. Hacia la igualdad por la discriminación”, en *Mujeres, derechos y ciudadanías* (R. Mestre, coord.), Valencia, Tirant lo blanch, pp. 45-71.
- CALVO BUEZAS, T. (1990), *¿España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Anthropos.

- COBREROS, E. (2007), "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, pp. 102-108.
- DE LUCAS, J. (1994), *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a la sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.
- DE LUCAS, J. (1996), "La igualdad ante la Ley", en *El derecho y la justicia* (Garzón, E.; Laporta, Francisco J., eds.), Madrid, Trotta, pp. 493-499.
- DE LUCAS, J. (1998), "Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la declaración universal de los derechos humanos)", en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural* (J. de Lucas, dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 251-312.
- DE LUCAS, J. (2001), "La(s) sociedad(es) multiculturales y los conflictos políticos y jurídicos", en VV.AA. (J. de Lucas, dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-102.
- DE LUCAS, J. (2003a), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria.
- DE LUCAS, J. (2003b), "¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?", en VV.AA. (V. Abramovich, M^a. J. Añón, C. Courtis, comps.), *Derechos sociales. Instrucciones al uso*, México D.F., Fontamara, pp. 297-319.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta.
- ECHEVARRÍA DELGADO, J. (2000), "Materiales sobre la proposición de ley del reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano", *RDCA-2000-VI* núm. 2, pp. 289-322 (<http://www.unizar.es>).
- FÉLIX BALLESTA, M^a. Á. (2003), "Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, año CII núm. 2, pp. 407-440.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- GAMELLA, J. F. (2000), *Mujeres gitanas. Matrimonio y género en la cultura gitana de Andalucía*, Secretaría para la comunidad gitana. Consejería de Asuntos Sociales. Junta de Andalucía.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2001), "Sobre el argumento contrario en la aplicación de derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 24, pp. 85-114.
- GARCÍA AÑÓN, J. (1999), "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* núm. 2, pp. 1-20 (<http://www.uv.es/CEFD>).
- GARCÍA AÑÓN, J. (2004), "Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes", en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración* (M^a. J. Añón, ed.), Valencia, Tirant lo blanch, pp. 171-197.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993), "El problema ético de las minorías étnicas" (1992), en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 519-540.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2001), "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", en *Filosofía, política, derecho. Escritos seleccionados* (edición a cargo de J. de Lucas), Universitat de València, pp. 233-271.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. (2010), "Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en la aplicación de la ley", en *Diario La Ley*, núm. 7380, 14 de abril de 2010, ed. La Ley 1603/2010, pp. 1-17 (<http://diariolaley.laley.es>).
- GIMÉNEZ GLÜCK, D. (2004), *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- LEBLON, B. (1993), *Los gitanos en España. El principio y el valor de la diferencia*, Barcelona, Gedisa (versión del original en francés: *Les gitanes d'Espagne*, Press Universitaires de France, 1985).
- MESTRE I MESTRE, RUTH (2006), *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- MUSOLES CUBEDO, M^a. C. (2008), "El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007", *Iustel.com, Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado (RGDCEE)* núm. 16, enero de 2008, pp. 1-24.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Ó. (2008), "Mujeres gitanas. De la exclusión a la esperanza", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* núm. 7, enero 2008, pp. 109-146. (<http://universitas.idhbc.es>).
- RAMÍREZ HEREDIA, J. de D. (2005), *Matrimonio y boda de los gitanos y de los "payos"*, Barcelona, CPEDA.
- RAMÍREZ HEREDIA, J. de D. (2009), "Resumen del Escrito de Alegaciones presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, y sobre el que versó la exposición que hizo el presidente de la Unión Romani en la vista oral celebrada en el Alto Tribunal de Estrasburgo el día 26 de mayo", *I Tchatchipen: lil ada trin tchona rodipen romani (Revista trimestral de investigación gitana)* núm. 67, pp. 12-20.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill.
- REY MARTÍNEZ, F. (2003), "La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y España. El caso de la minoría gitana", *Revista de Derecho Político de la UNED* núm. 57, pp. 61-109.
- REY MARTÍNEZ, F. (2008), "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", Comunicación presentada al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones, el 2 de julio de 2008, pp. 1-25 (<http://www.integralocal.es>). Publicado en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 84, pp. 251-283.

- REY MARTÍNEZ, F. (2010a), “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs. España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley* núm. 7344, 17 de febrero de 2010, ed. La Ley 193/2010, pp. 1-8 (<http://diariolaley.laley.es>).
- REY MARTÍNEZ, F. (2010b), “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*, (M. Mora Ruiz, dir.), Barcelona, Atelier, pp. 77-110.
- RUBIO, A. (2001), “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (M. Moya, coord.), Granada, Comares.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994a), “Discriminación inversa e igualdad”, *El concepto de igualdad* (A. Valcárcel, comp.), Madrid, Fundación Pablo Iglesias, pp. 77-93.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994b), “La igualdad como diferenciación”, en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre ed., pp. 283-295).
- RUIZ MIGUEL, A. (1996), “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 19, pp. 39-86.
- RUIZ SANZ, M. (2009), A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso Wakenheim v. Francia sobre el ‘lanzamiento de enano’”, *Teoría & derecho* núm. 5, Tirant lo blanch, pp. 182-201.
- SÁNCHEZ ORTEGA, M^a. H. (1986), “Evolución y contexto histórico de los gitanos españoles”, en *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos* (T. San Román, comp.), Madrid, Alianza Universidad, pp. 13-60.
- SOLANES CORELLA, Á. (2009), “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008”, *Revista de derecho migratorio y extranjería* núm. 20, pp. 47-75.
- VILLORO, L. (1998), *Estado plural. Diversidad de culturas*, México D.F., Paidós.

NOTAS

1. Me refiero con la expresión “débil” o “formal” a que la argumentación llevada a cabo por el TC a través de precedentes judiciales se integra en el razonamiento jurídico a consecuencia del criterio de universalización, que es una regla formal de la argumentación (Gascón: 1993, 30 y ss.). Con el precedente se trata de alcanzar la solución más racional posible para un caso, acudiendo a otros “casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 497/1982, de 14 de julio, FJ 2º). Como técnica de control de racionalidad de las decisiones, opera en un sentido débil en cuanto a que se convierte en una garantía suplementaria que refuerza otras razones para decidir de forma correcta. Como tendremos ocasión de comprobar, en esta sentencia objeto de comentario son utilizados precedentes que admiten una solución distinta; y en cambio, no son utilizados otros posibles precedentes que también habrían llevado a esa solución diferente a la adoptada. La cuestión que trataré de discutir a continuación es si los precedentes citados para negar la pensión de viudedad a la presunta cónyuge gitana son o no “casos sustancialmente iguales”, y al respecto, si se ofrece una “fundamentación suficiente y razonable” en los argumentos utilizados por el Tribunal para rechazar la solicitud de la demandante.
2. En concreto, las STC 184/1990; STC 29/1991; STC 30/1991; STC 31/1991; STC 35/1991; STC 38/1991; STC 77/1991; y STC 69/2007.
3. Se trataba de un ejemplo de los llamados “matrimonios en la fe”. Una pareja había contraído matrimonio canónico en 1977 sin inscribirlo por expreso deseo de ambos. Tras fallecer la esposa en 1990, el marido solicitó la pensión de viudedad. La Audiencia Nacional denegó en 2002 su petición al considerar que no era cónyuge legítimo. El viudo recurrió al Tribunal Constitucional en amparo por vulneración del derecho a la igualdad ya que la inscripción del matrimonio no es un requisito legal para otorgar validez al vínculo. Había, pues, un matrimonio legítimo y no una pareja de hecho.
4. Convendría precisar que la reforma de la Ley de la Seguridad Social de diciembre de 2007 (Ley 40/2007), de medidas en materia de Seguridad Social, en su art. 174.3 extendió la pensión de viudedad a las parejas de hecho, aunque con requisitos diferentes a los matrimonios. Además, en su Disposición Adicional Tercera recoge la posibilidad de retroacción, bajo ciertas condiciones, si la pensión se solicita dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley. La unión conforme a los usos y tradiciones gitanas no ha sido reconocida por el legislador, aunque la STC 69/2007 concluye en su FJ 4º con una recomendación al legislador para que tales uniones puedan tener efectos civiles matrimoniales. Así, el TC no contempla una prohibición expresa de extender una prestación de viudedad a uniones no matrimoniales, sino

todo lo contrario pues dispone de un amplio margen de interpretación; y como tendremos ocasión de comprobar, así lo ha hecho en algunos supuestos también controvertidos.

5. Antes de entrar a motivar, la sentencia aclara que la recurrente interpuso demanda de amparo con fundamento en el art.174.1º de la LGSS, alegando discriminación por considerar equiparable su situación al matrimonio legal, con vulneración del art.14 de la CE. Sin embargo, el Tribunal considera en el FJ 2º que la demanda de amparo sólo plantea la “validez” del matrimonio gitano sin explicar nada sobre un eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación a partir de la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, lo que podía haber alegado a partir de la Regla segunda de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica el Código civil. Así, el Tribunal expone que *“el objeto de este amparo debe quedar limitado al análisis de la vulneración aducida del art. 14 CE en relación con el primer aspecto destacado por la recurrente en su demanda, esto es, con el alegado trato discriminatorio que supondría equiparar su situación jurídica con la convivencia more uxorio para denegar la prestación de viudedad”*. Tampoco entró el Tribunal en la alegación de la demandante de trato discriminatorio al no haber aplicado la analogía respecto a lo establecido para los matrimonios nulos, ya que no fue solicitado en la demanda. En realidad, hay más incorrecciones en las posibles omisiones argumentales de la parte demandante que en la propia argumentación del TC, que formalmente es inobjetable.

6. Es el caso de la sentencias de 7 de octubre de 1999 (núm. 6818/1999) y de 12 de diciembre de 2002 (núm. 7949/2002), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; o de la sentencia de 7 de noviembre de 2002 (núm. 637/2002), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En todas ellas, no se reconocieron efectos civiles al matrimonio gitano al solicitar la prestación de viudedad. Las demandas también se fundamentaban sobre la vulneración del principio de igualdad y discriminación por razón de raza o etnia.

7. En la STC 155/1998 se decidió que era discriminatorio no reconocer a un ex conviviente en situación de unión libre, el derecho a subrogarse en el arrendamiento de una vivienda. Uno de los miembros de la pareja estaba previamente casado y no había podido divorciarse al no contemplar la legislación vigente entre los años 1973 y 1979 tal posibilidad, ni por tanto pudo contraer matrimonio con su posterior pareja. La STC 180/2001 consideró discriminatorio no reconocer al conviviente supérstite de un represaliado político de la Dictadura, la compensación prevista legalmente para el cónyuge viudo (según la Disposición Adicional de la Ley 4/1990), puesto que en el año 1971, momento en el que falleció el sujeto, no les fue posible contraer matrimonio en condiciones constitucionales. Ambos convivientes estaban bautizados en la Iglesia católica y tenían o bien que acreditar el abandono de la fe católica, o bien declarar que no la profesaban, aunque su unión databa de 1931 cuando podían haber contraído matrimonio civil según la Ley republicana de matrimonio civil de 1932, constitucionalmente admisible.

8. El TC ha utilizado parámetros para evaluar las normas desde la igualdad. Así ha dividido el juicio de igualdad en la ley en dos partes sucesivas: primero, el caso se somete a un “juicio de racionalidad” ya que la diferenciación ha de tener una justificación objetiva y razonable; y segundo, ha de pasar un “juicio de proporcionalidad” puesto que la diferencia de trato ha de ser proporcionada, esto es, ajustada de medios a fines. El juicio de racionalidad sirve para comprobar si los supuestos de hecho de la norma en cuestión son diferentes o se trata de situaciones homogéneas. En cambio, el juicio de proporcionalidad procede tras la exigencia de una diferencia de trato y se comprueba que se da una relación debida entre los medios empleados y la finalidad perseguida para poder aplicar a continuación los (sub)principios de congruencia o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo se requiere el juicio de proporcionalidad una vez se ha superado el juicio de racionalidad, esto es, cuando se ha decidido que las situaciones jurídicas son diferentes (Giménez Clück: 2004, 55 ss.; Añón Roig: 2006, 15 ss.).

9. La aplicación del mandato antidiscriminatorio de manera restringida por parte del TC hace que la discriminación no sea interpretada como simple desigualdad, ni siquiera injusta, sino que da lugar a un tipo especial de ésta que el propio Tribunal ha calificado en varias ocasiones de “odiosa” cuando se refiere a un motivo de prohibición que atenta de forma gravosa a la dignidad e igualdad de los afectados por un determinado rasgo (Ruiz Miguel: 2006, 53), entre los que se encuentra el sexo (de manera notable) y la etnia (todavía por consolidar en la jurisprudencia constitucional).

10. Además de que los conceptos que maneja el TC para caracterizar ambas formas de discriminación son confusos, también pecan de insuficientes porque no son los únicos que podrían haber sido aplicados a este caso. Por ejemplo, la discriminación puede ser además de directa o indirecta, individual o de grupo (Barrère: 1997, 26-29; 2001, 147-148; Añón Roig: 2001a, 29-31, Ruiz Sanz: 2009, 197-198). El TC no consideró la posibilidad de que se diera una discriminación de grupo. Frente a la discriminación individual exclusivamente *ad personam*, la grupal es aquella que sufre un individuo por razón de su pertenencia a un grupo (en este caso una etnia distinta) y que lo sitúa en posición de desventaja en relación a otros individuos (de otras etnias). En realidad, sólo entendió que no procedía una discriminación en un

supuesto concreto sin plantearse como argumento de fondo la situación global de la minoría gitana, salvo algunas alusiones de carácter general y bienintencionadas hacia ésta. Así se dice que: “... *Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferente de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales o efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de la minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial del 21 de diciembre de 1965 ...*” (FJ 4º). Al menos en las palabras anteriores se deja entrever cierta comprensión hacia situaciones de discriminación grupal, pero que se recomienda sean afrontadas desde el poder legislativo.

11. En sentido aristotélico, supone aplicar un criterio de justicia geométrica o proporcional frente a la igualdad aritmética que consiste en tratar igual lo que es igual. Es por ello que algunos autores prefieren hablar de “desigualdad por indiferenciación”, pues debería reservarse el término discriminación para referirse a desigualdades especialmente odiosas: “... no resulta tan chocante decir que el trato igual de lo que es desigual produce una desigualdad injusta que reclama la igualación (proporcional) dispensada mediante una desigualdad justa, como que el trato igual de lo que es desigual constituye una discriminación o distinción injusta” (Ruiz Miguel: 2006, 76). Aunque parezca lo contrario, tratar desigualmente a los desiguales no se convierte en un trato igual, sino en un trato justo. La confusión proviene de identificar lo igual con lo justo (Ruiz Miguel: 2004, 285-286).

12. Sólo existe una sentencia anterior del TC a partir de un recurso de amparo por discriminación étnica. Se trata de la STC 13/2001, de 29 de enero. En aquel caso se valoraba una actuación de la policía española que solicitó en un transporte público la identificación de una mujer de raza negra, mientras que al resto de pasajeros, todos ellos blancos, no se les pidió que se identificaran. El Tribunal declaró que no había discriminación patente ni encubierta. Sin embargo, había indicios suficientes para entender que se trataba de un conducta racista de las fuerzas del orden público como “indicador de criminalidad” (García Añón: 2004, 192 ss.). Curiosamente, aquella decisión ha sido declarada por el Comité de Derechos Humanos (caso Willians, Comunicación núm. 1493/2006, de 27 de julio de 2009) contraria al art. 26 junto al art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Rey Martínez: 2010a, 2).

13. El art. 14 del Convenio reza lo siguiente: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”: Por su parte, el art. 1 del Protocolo núm. 1 se refiere a que: “Toda persona física o moral tiene derecho al respecto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional (...)”.

14. El art. 12 del Convenio dice que: “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”.

15. Con el objeto de evitar la excesiva extensión de este trabajo, omitiré las referencias textuales a la versión original de la sentencia en francés, para hacerlo directamente en castellano en letra cursiva.

16. En los apartados 54, 58, 59, 64 y 65 de la sentencia, el TEDH alude de forma expresa a la “buena fe” y al convencimiento de la demandante, a pesar de contraer un matrimonio no válido formalmente.

17. Me refiero exclusivamente a lo que se ha denominado “diferenciación para la igualdad”, esto es, la actuación política sobre una sociedad más igualitaria que exige acciones más justas y redistributivas que ayuden a los más perjudicados o desamparados. Otra cosa diferente es la “diferenciación como igualdad” cuya idea básica gira en torno a un modelo ideal de sociedad igualitaria en la que prima de diferenciación o diversidad grupal sobre la dominación o desigualdad injusta entre esos grupos (Ruiz Miguel: 1994, 286 ss.).

18. Con mayor claridad y rotundidad se expresa el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata en su voto particular al indicar que: “(...) *En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respecto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural*”. Unas líneas más adelante, precisamente, se refiere a que no es suficiente con seguir la “*escrupulosa neutralidad*” de una norma cuando se da una situación como ésta.

19. Aunque el concepto de discriminación estructural surge de las teorías feministas, en concreto de los trabajos de E. Frazer, N. Lacey, C. MacKinnon o I.M. Young, entre otras (Barrère: 2001, 152; Mestre: 2006, 111 ss.), al considerar la discriminación por motivos de género con la intención de dar un paso más de lo que supone el reconocimiento de discriminaciones indirectas sobre las mujeres, se trata de una categoría perfectamente aplicable a la discriminación étnica y racial. De manera muy básica, consiste en una situación de opresión, marginación o explotación que sufre un colectivo o minoría, que se refleja en las instituciones sociales, económicas y culturales de una sociedad. Es una discriminación que recibe varios nombres: “intergrupala, estructural, social, institucional, difusa o sistemática”, que también es jurídica (Barrère: 2008, 45 ss.).

20. Lamentablemente, los recientes acontecimientos en Francia así lo atestiguan y aseveran. Una circular del gobierno, a finales de julio de 2010, ordenaba el desalojo y expulsión de grupos de personas de etnia gitana del territorio francés. Durante el mes de agosto de 2010, las autoridades francesas han expulsado del país alrededor de un millar de gitanos roma, ciudadanos rumanos y búlgaros al dismantelar alrededor de un centenar de campamentos. En total, durante el año 2010, han sido expulsados por el gobierno de Sarkozy más de 8.000 ciudadanos europeos de etnia gitana. Unos diez millones de gitanos viven en Europa, de los catorce millones que hay en todo el mundo, principalmente en Rumanía, Bulgaria, Hungría, Grecia, República Checa, Eslovaquia, Serbia y España, donde viven aproximadamente unos setecientos mil gitanos. Desde París se aseguraba que no se trataba de expulsiones forzadas, sino de personas que se habían acogido a la ayuda del retorno voluntario. Los que aceptaron irse recibieron 300 euros más 100 euros por cada uno de sus hijos, muchos de ellos nacidos y escolarizados en Francia. Los argumentos han girado en torno a la excusa de la falta de seguridad ciudadana; se ha equiparado a los gitanos expulsados a presuntos delincuentes sin haber sido juzgados por delito alguno conocido. Su condición de ciudadanos europeos no ha sido tenida en cuenta. En cambio, su etnia sí que ha sido relevante para ser tratados de manera discriminatoria. El Comité de las Naciones Unidas ha declarado con matices, en relación a la *Convención Internacional Contra Todas Las Formas de Discriminación Racial* (CERD), que los desalojos forzados y obstáculos al acceso a una vivienda adecuada y a la segregación de gitanos suceden también en otros países como Bulgaria, República Checa, Grecia, Italia, Lituania, Rumanía y Eslovaquia, entre otros. La *Agencia de Derechos Fundamentales de la UE* ha estimado que las personas de etnia gitana se enfrentan a los más altos niveles de discriminación dentro de la UE. La Comisión Europea ha lanzado políticas de integración a través de la *Plataforma Europea para la Inclusión de los Roma-Gitanos* y la adopción de los *Principios Comunes Básicos para la Inclusión de los Roma-Gitanos* en la *Conferencia de Revisión de Durban contra el Racismo*, celebrada en 2009. Fuente: Diario *El País*, 3 de septiembre de 2010, p. 4; y de la misma fuente, Navy Pillay: “Gitanos: los otros europeos” (artículo de opinión), 22 de octubre de 2010, p. 31. Para un visión general sobre el tema, puede verse: *La población romaní: EU-MIDIS, encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación*, Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Viena, 2009.

21. Tras un “periodo idílico” al comienzo de su llegada a España, sin apenas conflictos, es a partir de la Pragmática dictada por los Reyes Católicos en 1499 cuando se extiende el Decreto de expulsión que pesa sobre ellos hasta 1633, año en el que una nueva Pragmática de Felipe IV intenta integrarlos mediante su sedentarización. Es Carlos III quien les declaró en 1783 iguales al resto de sus súbditos. A partir de este momento, “puede hablarse de la incorporación definitiva de la minoría a nuestro país, y se caracteriza por su asentamiento y la adquisición de unos rasgos socioculturales típicos del grupo en España” (Sánchez Ortega: 1986, 18 ss.). Ahora bien, la integración nunca ha sido pacífica ni definitiva. Además, siempre han sido tratados como vagabundos, truhanes o proscritos, han sido asimilados a los delincuentes habituales, se les ha tratado de individuos descarriados que viven al margen de la ley, de vida ociosa, escandalosa, con prácticas contrarias a la moral y al orden público (Lebron: 1993; Calvo Buezas: 1990).

22. Cabría matizar respecto al caso español que a partir de la política de asimilación propuesta durante el reinado de Carlos III, en los siglos XVII, XVIII y XIX se produjo un fuerte y exitoso proceso de sedentarización de la población gitana en España (Sánchez Ortega: 1986, 44 ss.). Más tarde, en el siglo XX, cíngaros oriundos de otros países de Europa de vida nómada (llamados “húngaros”) han ido llegando a España, pero no se han mezclado con el resto. Los gitanos españoles que hoy en día practican el nomadismo ancestral son prácticamente inexistentes. Además, los procesos de sedentarización fueron rápidos en algunos lugares, como es el caso de la Baja Andalucía, y lentos en otros, como sucedió en Cataluña. Por otro lado, el sedentarismo gitano no es uniforme, ya que “abarca desde el rico comerciante propietario de lujosas tiendas hasta el pequeño chatarrero de chabola” (Leblon: 1993, 78).

23. Según la costumbre gitana, sucede lo siguiente (Ardévol: 1986, 102-103): “*Si el matrimonio decide celebrarse por el ritual gitano, toda la ceremonia girará en torno a la virginidad de la novia. Este ritual tiene un marcado carácter festivo. La comprobación de la virginidad de la novia suele realizarla un ‘ajuntaora’, anciana con experiencia reconocida en estos menesteres, y presencian la ceremonia la madre, la suegra y todas aquellas mujeres casadas de ambas familias que quieran participar en el acto. Mientras tanto, los hombres esperan fuera. Una vez pasada la prueba de la virginidad o ‘prueba del pañuelo’,*

empieza la fiesta, a la cual están invitados la familia del novio y de la novia, así como todos aquellos que tengan conocimiento de la ceremonia y quieran sumarse a ella. Durante las primeras horas de la tarde, al inicio de la fiesta, está presente todo el grupo familiar; niños y ancianos forman corros, y en el centro salen a bailar `mozuelos` o `mozuelas`, los novios y los `casados`. Una vez que ha anochecido, suelen retirarse los más viejos y los más jóvenes. La fiesta sigue con el lanzamiento de peladillas; algunas dirigidas a los novios, otras hacia los propios invitados y otras muchas son lanzadas al aire en señal de alegría. Luego, mientras se alza a la novia en brazos y `se la baila`, los hombres rompen sus camisas o las de sus familiares. Llegados a este punto, ya al filo de la madrugada, se canta la Alboaré`, pudiendo la fiesta seguir hasta el día siguiente o incluso por espacio de varios días más`. Este ritual es el que aporta un "estatuto matrimonial más sólido" y en él participan todos los miembros importantes de la estructura social gitana. Es de carácter público y aceptado por toda la comunidad, aunque se admitan otras formas de unión matrimonial entre los gitanos que también son reconocidas (por ejemplo, "la fuga" de la novia a casa de familiares del novio).

24. Entre otras razones de carácter formal para negar validez jurídica al matrimonio gitano están las siguientes (Musoles: 2008, 22-23): es una cultura ágrafa y deberían nombrar un representante que informara de la celebración de la boda; los contrayentes pueden casarse sin o contra su voluntad, además de hacerlo a temprana edad; la práctica de comprobar la virginidad de la mujer es indigna y contraria a los derechos fundamentales; el celebrante del acto no se identifica con claridad; se pueden plantear problemas de identificación pues no hay registros propios, o de regulación registral y jurisdicción aplicable en supuestos de crisis matrimonial. En esta misma línea, resulta de sumo interés consultar los "Materiales sobre la proposición de ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano" (Delgado Echevarría: 2000, 289-322), donde se incluye unas breves reflexiones del autor ("El matrimonio no es el rito", 289-291) con argumentos en contra de su reconocimiento basados en la "difícil armonización con los principios de libertad e igualdad" de todos los españoles y la puesta en cuestión de valores constitucionales. Pueden verse también las razones sostenidas por la Letrada de las Cortes de Aragón (pp. 291-295) en un sentido parecido, y a continuación, la discusión parlamentaria sobre la Proposición de Ley de las Cortes de Aragón, única que ha tenido lugar en España para reconocer el matrimonio gitano, que finalmente no prosperó.

25. Al respecto, conviene consultar el escrito de alegaciones presentado ante el TEDH sobre el que versó la exposición que hizo el presidente de la Unión Romani en la vista oral celebrada el día 26 de mayo de 2009, donde se contienen citas y referencias a las opiniones de varios civilistas a favor del reconocimiento del matrimonio gitano (Ramírez Heredia: 2009, 12-20).

26. Según la definición, ya clásica, de E.B. Taylor, la cultura o civilización es "todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el individuo en cuanto miembro de una sociedad", que coincide prácticamente con otras definiciones como la propuesta por la Conferencia Mundial de Políticas Culturales organizada por la Unesco en 1982 en México que se refiere al "conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social; engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias" (Villoro: 1998, 35 ss.; De Lucas: 2003, 298). Aunque delimitar lo que significa o de qué elementos se compone una cultura resulte ciertamente complejo, puede decirse que han de cumplirse unos criterios mínimos que son cuatro (Villoro: 1998, 82 ss.): a) autenticidad, que comprende la consistencia y adecuación a las necesidades, deseos y creencias de los individuos y grupos humanos; b) autonomía, en cuanto a que las personas aceptan esa cultura sin imposiciones externas; c) sentido, que supone la posibilidad de perfeccionamiento personal y colectivo a través de la elección de formas de vida que hagan la existencia más valiosa; y d) eficacia, que permite decidir sobre el carácter más justificado y racional de la elección de una creencia y de los medios adecuados para alcanzar determinados objetivos. De forma muy sintética, el derecho a la cultura es uno de los contenidos de los "derechos culturales" (De Lucas. 2003, 303). Habría dos maneras de entender la "cultura" como un derecho: en primer lugar, lo que podría llamarse el "derecho de acceso y participación en la cultura" entendida ésta como un bien primario para el desarrollo y emancipación individual; y en segundo término, el "derecho a la propia identidad cultural, propio patrimonio y herencia cultural" con la finalidad prioritaria de preservar la cultura propia en una sociedad multicultural. Ambas opciones tienen aspectos bien distintos de comprender las identidades y diferencias entre los seres humanos. La primera fórmula corresponde a aquellas tendencias que buscan la integración de los ciudadanos desde su autonomía frente al Estado, que debe dotar de reconocimiento jurídico a ciertos grupos minoritarios para alcanzar cuotas de igualdad política respecto al resto de ciudadanos. Frente a éstas, se encuentran las posiciones "diferencialistas" que propugnan la prioridad de preservar la cultura propia como un fin en sí mismo. En escueto resumen, para los primeros, todos debemos ser iguales; para los segundos, lo importante es la diferencia (De Lucas, 2003: 305). Así pues, el "derecho a la diferencia" parte de una pretensión de los individuos a ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de tal reconocimiento. Su fundamento se sustenta sobre la dignidad humana, la

identidad personal y la autonomía de los sujetos para elegir sus planes de vida. Ambas fórmulas deberían ser compatibles, y especialmente protegida la segunda.

27. Así también el catolicismo postula por la virginidad hasta la celebración del matrimonio. La tradición católica siempre ha considerado el estado de virginidad o celibato preferible al estado de matrimonio. El Concilio de Trento (Ses. XXIV, Can. 10) pronunció un anatema contra la doctrina opuesta. Mucho más cercana en el tiempo es la Encíclica del Papa Pio XII “*Sacra Virginitas*” (25 de marzo de 1954) que incluye una Sección titulada “El aprecio del matrimonio y la virginidad”. Esta, según la Encíclica, es una “virtud angélica”, y citando, entre otros, a Cipriano (*De habitu virginium*, 22-P. 4,462: “Vosotras comenzáis a ser ya lo que algún día hemos de ser todos. Ya en este mundo gozáis la gloria o la resurrección, pues a través de él pasáis sin contaminaros con su corrupción. Mientras perseveráis castas y vírgenes, sois iguales a los ángeles de Dios” (esta cita de Cipriano que utiliza Pío XII está extraída de la obra *De habitu virginum*, escrita en el 249 d.C.) Véase al respecto Denzinger, H., Hünermann, P., *El Magisterio de la Iglesia. Enchiridion, Smbolorum, definitiorum et declarationum de rebus fidei et morum*, Barcelona, Herder, 2000 (2ª ed.), n. 3911-3912.

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2010

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2010