



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1959 · 50 · 2009

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO MUÑOZ DIAZ c. ESPAÑA

(Demanda n^o 49151/07)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

8 de diciembre de 2009

Esta sentencia adquirirá firmeza en las condiciones previstas en el artículo 44 § 2 del Convenio. Puede sufrir modificaciones formales.

En el asunto Muñoz Díaz c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en una sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer,

Luis López Guerra, *jueces*,

y Santiago Quesada, *secretario de sección*,

Después de haber deliberado a puerta cerrada los 26 de mayo de 2009 y 17 de noviembre de 2009,

Dicta la presente sentencia, adoptada en esta última fecha:

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (nº 49151/07) dirigida contra el Reino de España en la que una ciudadana de dicho Estado, Doña María Luisa Muñoz Díaz (« la demandante »), se dirigió al Tribunal el 29 de octubre de 2007 en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (« el Convenio »).

2. La demandante está representada por la Sra. Queipo de Llano López-Cózar, abogada de Madrid. El gobierno español (« el Gobierno») está representado por su agente, I. Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de derechos humanos del ministerio de justicia.

3. La demandante, de nacionalidad española y etnia gitana, se quejaba de la denegación de pago de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de M.D, también nacional español y de etnia gitana, por el único motivo de que, a la luz de la legislación española, no constituían un matrimonio. Alegaba la violación del artículo 14 del Convenio en relación con los artículos 1 del Protocolo nº 1 y 12 del Convenio.

4. El 13 de mayo de 2008, el Tribunal decidió notificar la demanda al Gobierno. Conforme autoriza el artículo 29 § 3 del Convenio, se decidió además que la sala se pronunciaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

5. Las partes presentaron sus alegaciones. También se recibieron alegaciones de la Unión Romaní cuya intervención en el proceso escrito en calidad de *amicus curiae* había sido autorizada por el presidente (artículo 36 § 2 del Convenio y 44 § 2 del reglamento del Tribunal).

6. El 26 de mayo de 2009 tuvo lugar una audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo (artículo 59 § 3 del reglamento).

Comparecieron:

– *por el Gobierno*

Don Ignacio Blasco Lozano, jefe del servicio jurídico de derechos humanos del Ministerio de Justicia, *agente*,

– *por la demandante*

Doña Magdalena Queipo de Llano López-Cózar, *consejera*,
Don Sebastián Sánchez Lorente, *consejero*.

– *Como tercera parte*

Don Juan de Dios Ramírez Heredia, presidente de la Unión Romani.

El Tribunal oyó las declaraciones del Sr. Blasco, Sra. Queipo de Llano y Sr. Sánchez así como sus respuestas a las cuestiones planteadas por los jueces L. López Guerra y E. Myjer. También oyó al Sr. Ramírez Heredia y a la Sra. Muñoz Díaz, la demandante.

DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASUNTO

7. La demandante nació en 1956 y reside en Madrid.

8. La demandante y M. D., ambos de etnia gitana, se casaron en noviembre de 1971 de acuerdo con los ritos propios de su comunidad. El matrimonio fue celebrado conforme a la costumbre y tradición cultural gitana y reconocido por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres conlleva los efectos sociales derivados del matrimonio, el reconocimiento público, con deber de convivencia y el resto de deberes y derechos dimanantes de dicha institución.

9. La demandante tuvo seis hijos, cuyos nacimientos fueron inscritos en el libro de familia expedido a la pareja por la administración española (*Registro civil*) el 11 de agosto de 1983.

10. El 14 de octubre de 1986, al demandante y a su familia se les reconoció la situación de familia numerosa de primera categoría, bajo el nº 28/2220/8, en aplicación de la ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 de protección de familias numerosas.

11. El 24 de diciembre de 2000, falleció el esposo de la demandante. De profesión albañil, en el momento de su fallecimiento, trabajaba y había cotizado a la seguridad social durante diecinueve años, tres meses y ocho días y tenía a su cargo a su esposa (en tanto que tal) y a sus seis hijos. Era titular de una cartilla de beneficiario de la Seguridad Social, sellada por la agencia nº 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

12. La demandante solicitó que se le reconociera una pensión de viudedad. Por una resolución de 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) denegó su solicitud, « en la medida en que [la demandante] no es y no ha sido nunca la esposa de la persona fallecida antes de la fecha de su fallecimiento, como exige el párrafo 2 de la Disposición Adicional Séptima de la ley 30/1981, de 7 de julio de 1981 (en vigor en el momento de los hechos), en relación con el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994 ».

13. Esta resolución fue confirmada por una resolución de 10 de mayo de 2001 del mismo Instituto.

14. La demandante acudió entonces a la jurisdicción laboral. Por resolución de 30 de mayo de 2002 el juzgado de lo social nº 12 de Madrid le reconoció el derecho a percibir una pensión de viudedad con una base de 903,29 euros mensuales, reconociendo así efectos civiles a su matrimonio gitano. La parte pertinente de la sentencia estaba así redactada:

« (...) En nuestro país, la etnia gitana está arraigada desde tiempo inmemorial, y es sabido sobradamente que dicha etnia, celebra el matrimonio conforme a ritos y costumbres que adquieren fuerza de ley entre las partes. Dichos matrimonios, no están considerados contrarios a la moral ni al orden público y son reconocidos socialmente.

(...) El artículo 61 del Código Civil, dice que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, y para el reconocimiento de los mismos es necesaria la inscripción en el Registro Civil.

En el presente supuesto, el matrimonio gitano, no tiene acceso al Registro Civil, porque no ha sido incorporado por el Estado, como parte de una cultura étnica que convive en nuestro país desde hace siglos.

(...) El impedimento para negar a la actora la pensión de viudedad es exclusivamente el no-reconocimiento a efectos civiles, de su matrimonio con el causante (trabajador nacional español, sujeto de derecho y obligaciones amparadas por el ordenamiento interno y comunitario) pese a que España ha ratificado el Convenio Internacional de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 7/3./1966.

(...) La falta de regulación para el reconocimiento a efectos civiles del matrimonio gitano, no ha de impedir la acción protectora que el Estado se ha impuesto a través de las normas de la Seguridad Social.

(...) Toda la fundamentación anterior se reconduce a la Directiva 2000/43 CE., sobre igualdad y no-discriminación en el empleo, en el salario y en las condiciones de trabajo por motivos raciales o étnicos. Dicha Directiva es aplicable al presente supuesto en el que la prestación denegada tiene su origen en la relación laboral del causante en activo y en alta, fallecido por contingencias comunes (...)

El artículo 4.1 del Código Civil dice “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Dicha aplicación analógica es de aplicación a este supuesto de hecho

(...)

El matrimonio de la actora, no tiene acceso al Registro Civil pero no está excluido expresamente. No se le reconocen efectos civiles pero además tampoco goza de la protección social del superviviente en el caso de fallecimiento de uno de los contrayentes. El matrimonio gitano es ignorado en la legislación española, pese al arraigo sociocultural que dicha etnia tiene en nuestro país.

En cambio como ya se ha indicado, el celebrado conforme a los usos y costumbres de religiones hasta hace poco tiempo, ajenas a nuestra sociedad, sí tiene encaje legal, por lo que se trata de un supuesto análogo con la salvedad de que no es una religión. Se aprecia identidad de razón (comunidades de cultura y costumbres que conviven bajo el Estado español).

El INSS, deniega a la actora la prestación por viudedad, con el único impedimento de no considerar matrimonio, al celebrado en su día por el causante y su viuda, lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia, contrario al art. 14 de la CE., y a la Directiva 2000/43 de la CE.

15. El INSS recurrió. Por sentencia de 7 de noviembre de 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la sentencia impugnada. La resolución estaba así motivada:

« (...) debe señalarse que el principio de igualdad y no-discriminación descansa sobre la idea del tratamiento igualitario en condiciones de igualdad y de que el trato igual de los desiguales constituye una injusticia, lo que supone también que ha de partirse de la observancia del ordenamiento jurídico aplicable por parte de todos, de manera que no se pueden hacer más excepciones a su cumplimiento que las expresamente previstas en el mismo.

(...) Ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento, de aquella que pueda entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad.

(...) De conformidad con lo previsto en el art. 49 del CC, cualquier español (como es el caso de la actora y el causante) puede optar entre contraer matrimonio en forma civil ante el Juez, Alcalde o funcionario público señalado por el propio Código, o en la forma religiosa legalmente prevista.

(...) Conforme a todo ello, si el matrimonio civil ha de celebrarse en la forma referida, el matrimonio religioso lo ha de ser también en la prevista por una confesión religiosa

inscrita en los términos acordados con el Estado, o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste, que es cuando dicho matrimonio produce efectos civiles

(...)En ninguno de los casos referidos se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico 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. Una «etnia» por otra parte, no constituye sino un grupo diferenciado por razón de la raza (...) y un «rito», en fin, no es sino una costumbre o ceremonia.

(...)Tratándose, pues, de una costumbre y según determina el art. 1.3 del Código Civil, sólo regirá defecto de Ley, aplicable (...) No se discute, en consecuencia, la moralidad o la conformidad al orden público de dicho rito, sino tan sólo si tiene capacidad de obligar «erga omnes» cuando existen normas legales que regulan el matrimonio en España. La respuesta, evidentemente, ha de ser negativa (...)

El matrimonio, pues, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya expresados, y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 de la LGSS la condición de «cónyuge» del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado, en sentido estricto por una jurisprudencia constitucional y ordinaria tan reiterada como conocida –a pesar de voces discrepantes– que, por ello, excusa su cita, y conforme a la cual han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable. “

16. La demandante presentó entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el principio de no-discriminación fundado en motivos raciales y en la condición social. Por una sentencia de 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso, expresándose en los siguientes términos:

(... el Pleno de este Tribunal ha reiterado (...) las razones para concluir 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. A esos efectos se argumentó que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido. En cualquier caso, el Pleno de este Tribunal también ha hecho especial incidencia en que la extensión de la prestación de viudedad a otras uniones diferentes por parte del legislador tampoco resultaba vedada por el art. 14 CE

(...) Debe descartarse la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales por las razones antes resumidas (...) ninguna vulneración del art. 14 CE desde esta concreta perspectiva se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial.

De mismo modo, tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*

Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la «discriminación por in diferenciación», 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. (...)

En segundo lugar, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada por la resolución judicial impugnada de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino, como ha señalado en Ministerio Fiscal, una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana (...)

(...) Además también debe desestimarse que el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica (...) implique, directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica.

En resumen, tomando como 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 exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica, no cabe apreciar el trato discriminatorio por razones étnicas alegado.”

17. A la sentencia se unió una opinión disidente. Se refería a la sentencia 199/2004, en la que el Tribunal Constitucional había concluido que existía violación del derecho a la igualdad tratándose del viudo de una funcionaria,

tras haber comprobado la existencia de una relación conyugal pero no de un matrimonio, en la medida en la que no había inscripción en el registro civil, habiendo rechazado los contrayentes expresamente la inscripción en el citado registro de su relación conyugal que fue celebrada bajo una forma religiosa.

18. Para el magistrado disidente, este caso del cónyuge supérstite de un matrimonio religioso no inscrito era comparable al de la demandante, en cuanto que en ambos casos las demandantes reivindicaban una pensión de jubilación sobre la base de lo que estimaban ser un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el registro civil.

19. Por otro lado, el magistrado disidente recordó que, aún cuando España fue parte del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, firmado en Estrasburgo el 1º de febrero de 1995, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tenía en cuenta los ritos, prácticas y costumbre de una etnia o de un grupo concreto, o todavía no consideraba válidos o susceptibles de protección constitucional los actos de personas pertenecientes a minorías que reclamaban el respeto de su tradición cultural.

20. Según el magistrado disidente, la situación expuesta en este recurso de amparo demostraba, por primera vez, que la protección de las minorías tenía un alcance constitucional mucho más extenso que la simple respuesta recibida por la demandante. La demandante no debería verse obligada a acudir a las instancias supranacionales con el fin de obtener la protección reclamada. En los casos de protección de las minorías étnicas, la garantía de legalidad exige medidas de discriminación positivas en favor de la minoría desfavorecida, y que se respete, con la adecuada sensibilidad, la importancia que atribuye al valor subjetivo una persona que pertenece a la citada minoría y que exige el respeto a sus tradiciones y a la herencia de su identidad cultural. El magistrado disidente concluyó así:

« Resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad”.

»21. El 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 de medidas en materia de seguridad social, a la demandante se le reconoció una pensión de viudedad desde el de enero de 2007, en tanto que pareja de M.D.

EL DERECHO INTERNO Y EUROPEO PERTINENTE

22. Las disposiciones constitucionales aplicables son las siguientes.

Artículo 14.

“ Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Artículo 16

“ 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

Artículo 32 § 2

“ . 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

23. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión en vigor en 1971, tenían la siguiente redacción:

Artículo 42

“ La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil.
El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.
Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica. “.

24. Las disposiciones aplicables al caso del Reglamento del Registro Civil en su redacción vigente en el momento de los hechos (Decreto 1138/1969, de 22 de mayo de 1969), eran las siguientes:

Artículo 245

“Si se tratare de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá que, con la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo”.

Artículo 246

“ (...)

2. En los casos no comprendidos en el artículo precedente, la prueba de que no se profesa la religión católica podrá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por Ministro competente o representante autorizado de la respectiva Asociación confesional, o bien mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado”.

25. Las disposiciones pertinentes del Código Civil, en su versión actualmente vigente, son las siguientes:

Artículo 44

“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las Disposiciones de este Código “.

Artículo 49

“ Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.
2. En la forma religiosa legalmente prevista.

[Cualquier español] también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración”.

26. Las disposiciones pertinentes de la Ley nº 30/1981, de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Disposición Adicional Décima

“ (...)

2. [tratándose de personas] Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente”.

27. El artículo 2 de la Ley 25/1971 de 19 de junio de 1971 de protección a las familias numerosas estaba así redactado.

Artículo 2

“ 1. Se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por:

- a) el cabeza de familia, su cónyuge y cuatro o más hijos (...) “.

28. El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (en su redacción vigente en el momento de los hechos) se lee así.

Artículo 174

« 1. El cónyuge superviviente (...) tendrá derecho a la pensión de jubilación

2. (...) En caso de nulidad de matrimonio, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe, y no hubiera vuelto a casarse, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante (...) »

29. El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994, está así redactado.

Artículo 174

« 1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio (...), el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, (...) hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine.

2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante. »

30. La Ley 40/2007 de 4 de diciembre de 2007 de Medidas de Seguridad Social, que modifica la Ley General de Seguridad Social.

Disposición Adicional Tercera

« Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho (...) con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.

c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

31. El Gobierno y las Confesiones Religiosas han suscrito diversos acuerdos de cooperación: Acuerdo con la Santa Sede (Concordato de 1979), acuerdo con la Federación Evangélica por la Ley nº 24/1992 de 10 de noviembre de 1992, acuerdo con la Comisión Islámica por la Ley nº 26/1992 de 10 de noviembre de 1992 y acuerdo con la Federación Israelita por la Ley nº 25/1992 de 10 de noviembre de 1992. Los matrimonios celebrados de acuerdo con el rito de dicha confesiones se reconocen por lo tanto por el Estado Español como constitutivos de una forma de manifestación del consentimiento para casarse. Producen por lo tanto efectos civiles en virtud de los acuerdos alcanzados con el Estado.

32. La jurisprudencia pertinente del Tribunal Constitucional

Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 260/1988 de 22 de diciembre de 1988 y 155/1998 de 13 de junio de 1998, entre otras, conceden el derecho a la pensión de viudedad en los casos en que ha sido imposible contraer matrimonio canónico dada la imposibilidad de divorciarse.

La sentencia del Tribunal constitucional nº 180/2001 de 17 de septiembre de 2001 reconoce el derecho a una indemnización por fallecimiento de la pareja de hecho si el matrimonio canónico fue imposible por causa de una confrontación con la libertad de conciencia y de religión (antes de la modificación legislativa operada en 1981)

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 trata sobre el derecho a la pensión de viudedad derivada de un matrimonio canónico que no cumplía los requisitos formales impuestos por la Ley puesto que no se inscribió voluntariamente en el Registro Civil. El Tribunal Constitucional reconoció en este caso el derecho del viudo a percibir una pensión de jubilación..

33. El Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las minorías nacionales, abierto a la firma el 1º de febrero de 1995, contiene en concreto las disposiciones siguientes:

Artículo 1

La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías es parte integrante de la protección

internacional de los derechos humanos y, en cuanto tal, se encuentra dentro del campo de la cooperación internacional.

(...)

Artículo 4

1. Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la Ley y a una protección igual por parte de la Ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional.

2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.

3. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación.

Artículo 5

1. Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural.

2. Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación.»

34. España firmó el Convenio el día en que fue abierto a la firma y lo ratificó el 1º de septiembre de 1995. Entró en vigor a su respecto el 1º de febrero de 1998.

EN DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO N° 1

35. La demandante se queja de que el rechazo a concederle una pensión de viudedad por causa de que su matrimonio celebrado según el rito de la minoría gitana a la que pertenece está desprovisto de efectos civiles viola el principio de no-discriminación reconocido en el artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 1 del Protocolo n° 1. Las disposiciones citadas están así redactadas:

Artículo 14 del Convenio

« 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. (...) »

Artículo 1 del Protocolo n° 1

« Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.. (...) »

A. Sobre la admisibilidad

36. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. Señala por otro lado que no vulnera ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene por lo tanto declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) La demandante

37. La demandante señala que el Gobierno no explica por qué su situación es considerada como una relación *more uxorio* y no como un matrimonio nulo de buena fe que sería susceptible de darle derecho, en tanto que cónyuge superviviente, a una pensión de viudedad. Destaca que no tenía

motivo alguno para pensar que los derechos sociales de los que se beneficiaba durante la vida de su marido le serían retirados en el momento del fallecimiento de este último.

38. La demandante subraya que, en otros casos, la inexistencia de todo matrimonio « legal » no ha impedido la concesión de tal pensión: así, en la Ley General de la Seguridad Social, el derecho a una pensión se le reconoce al cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio. Además, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a una pensión en el caso de uniones no inscritas en el Registro Civil cuando las partes creían en la existencia del matrimonio, o cuando la ley impedía el matrimonio por la imposibilidad de divorcio, o cuando el matrimonio entraba en contradicción con las creencias de los interesados.

b) El Gobierno

39. El Gobierno se opone a esta tesis. Estima que, siendo la ley aplicable a la demandante la misma para todos los Españoles, no se ha producido ninguna discriminación fundada sobre la etnia u otra razón, debiéndose la diferencia de trato alegada al hecho de que la demandante no estaba casada sino que mantenía una relación *more uxorio* con M.D.

40. El Gobierno destaca que nada obliga a tratar de la misma forma a los que respetan las formalidades previstas por la ley y a los que, sin estar impedidos, no las respetan. La exigencia impuesta por la ley de que exista un vínculo matrimonial legal para percibir una pensión de jubilación no constituye una distinción fundada en razones raciales o étnicas. La causa de la denegación de acordar la referida pensión a la demandante radica en su decisión libre y voluntaria de no aceptar las formalidades legales del matrimonio, que no se basan en la pertenencia a una raza determinada, ni en las tradiciones, usos o costumbres de una etnia en perjuicio de terceros. Estas formalidades no constituyen por lo tanto una discriminación directa o indirecta de los gitanos.

c) La tercera parte

41. La Unión Gitana destaca que el matrimonio gitano no es diferente de otros tipos de matrimonio. Explica que el matrimonio gitano existe desde que una mujer y un hombre expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de formar una familia, que es el fundamento de la comunidad gitana. Estima desproporcionado el hecho de que el Estado español, después de haber proporcionado a la demandante y a su familia un Libro de Familia, haberles reconocido la categoría de familia numerosa, acordado una asistencia sanitaria a la interesada y a sus seis hijos y percibido las cotizaciones de su esposo durante más de diecinueve años, desconozca hoy día la validez de su matrimonio en materia de pensión de viudedad.

2. *Sobre la aplicación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n° 1*

42. El Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente puesto que tan solo es válido para el disfrute de los derechos y libertades garantizados por las otras cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos (vid, entre otras, *Burden c. Reino Unido* [GS], n° 13378/05, § 58, 29 de abril de 2008). La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente la violación de uno de los derechos materiales garantizados por el Convenio. Es necesario, pero suficiente, que los hechos de la causa tengan cabida « en el imperio » de al menos uno de los artículos del Convenio. (Vid, entre otras muchas otras, *Gaygusuz c. Austria*, 16 de septiembre de 1996, § 36, *Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-IV*, *Thlimmenos c. Grecia* [GS], n° 34369/97, § 40, TEDH 2000-IV, *Koua Poirrez c. Francia*, n° 40892/98, § 36, TEDH 2003-X y *Andrejeva c. Letonia* [GS], n° 55707/00, § 74, 18 de febrero de 2009). La prohibición de discriminación que consagra el artículo 14 sobrepasa por tanto el disfrute de los derechos y libertades cuya garantía imponen al Estado el Convenio y sus Protocolos. Se aplica igualmente a los derechos accesorios, derivados del campo de aplicación general de cualquier artículo del Convenio, que el Estado ha decidido proteger voluntariamente (*Stec y otros c. Reino Unido* (dic.) [GS], n°s 65731/01 y 65900/01, § 40 TEDH 2005-X).

43. Conviene por lo tanto determinar si el interés de la demandante de percibir una pensión de viudedad del Estado entra « en el imperio » o « en el campo de aplicación » del artículo 1 del Protocolo n° 1.

44. El Tribunal ha afirmado que todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relativos al artículo 1 del Protocolo n° 1 son de plena aplicación en el campo de las prestaciones sociales (*Andrejeva c. Letonia*, antes citado, § 77). Así, esta disposición no garantiza, en sí misma derecho alguno a convertirse en propietario de un bien (*Kopecký c. Eslovaquia* [GS], n° 44912/98, § 35 b), TEDH 2004-IX) ni, en sí misma, ningún derecho a una pensión por un importe determinado (vid, por ejemplo *Domalewski c. Polonia* (dic.), n° 34610/97, TEDH 1999-V, y *Janković c. Croacia* (dic.), n° 43440/98, TEDH 2000-X). Además, el artículo 1 no impone ninguna restricción a la libertad para los Estados contratantes de decidir instaurar o no un régimen de protección social o de elegir el tipo o el nivel de las prestaciones susceptibles de ser acordadas a título de este régimen o similar. En cambio, desde el momento en que un Estado contratante instaure una legislación estableciendo el abono de una prestación social – la concesión de esta prestación dependa o no del abono de cotizaciones previas – debe considerarse que dicha legislación engendra un interés patrimonial derivado del campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n° 1 para las personas que reúnan los requisitos establecidos (*Stec y otros*, resolución antes citada, § 54).

45. Como estableció el Tribunal en la resolución *Stec y otros* (antes citada), «en casos tales como el del asunto, en el que demandantes formulan al amparo del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 una queja en los términos en que han sido privados, en todo o en parte y por un motivo discriminatorio recogido en el artículo 14, de una determinada prestación, el criterio pertinente consiste en determinar sí, de no mediar el requisito de concesión litigioso, los interesados hubieran tenido un derecho, oponible ante los Tribunales internos, a percibir la prestación en cuestión (...). Si [el artículo 1 del] Protocolo nº 1 no conlleva un derecho a percibir prestaciones sociales, del tipo que sean, cuando un Estado decide crear un régimen de prestaciones, debe hacerlo de forma compatible con el artículo 14 » (*ibidem*, § 55).

46. Teniendo en cuenta lo anterior, del hecho de la pertenencia de la demandante a la comunidad gitana y de su condición de cónyuge de M.D., reconocida en ciertos casos por las autoridades españolas pero no en lo relativo a la pensión de viudedad, el Tribunal considera que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que es suficiente para que el artículo 14 del Convenio resulte aplicable.

3. Sobre la observación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1

a) La jurisprudencia del Tribunal

47. Según la jurisprudencia establecida por el Tribunal, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables. La «ausencia de justificación objetiva y razonable» significa que la distinción litigiosa no persigue un «fin legítimo» o que no hay «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido» (*D.H. y otros c. República checa* [GC], nº 57325/00, §§ 175 y 196, CEDH 2007-..., y la jurisprudencia citada).

48. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida unas diferencias entre situaciones a otros efectos análogas justifican distinciones de trato (vid, concretamente, las sentencias antes citadas *Gaygusuz*, § 42, y *Thlimmenos*, § 40). La extensión de este margen varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro que trate de manera diferente para corregir «desigualdades de hecho» entre ellas; de hecho, en ciertas circunstancias, la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad es la que puede, sin justificación objetiva y razonable, comportar violación de la disposición en cuestión (*Thlimmenos*,

§ 44, y *Stec y otras c. Reino-Unido* [GS], nº 65731/01, § 51, TEDH 2006-..., *D.H. y otras*, antes citado, § 175).

49. Del mismo modo, se deja al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica o social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta en principio la manera en que el Estado concibe los imperativos de la utilidad pública, salvo si su criterio aparece como « manifiestamente desprovisto de base razonable » (vid, por ejemplo, *National and Provincial Building Society y otros c. Reino-Unido* 23 de octubre de 1997, *Recopilación 1997-VII*, § 80, y *Stec y otros*, antes citado § 52).

50. Al fin, en lo que respecta a la carga de la prueba en el ámbito del artículo 14 del Convenio, el Tribunal ya ha establecido que, cuando un demandante ha probado la existencia de una diferencia de trato, incumbe al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato estaba justificada (*D.H. y otras*, § 177).

b) Aplicación de la jurisprudencia al presente asunto

51. En cuanto a las circunstancias del presente asunto, la demandante se queja de que se le ha denegado una pensión de viudedad por el hecho de que no estaba casada con M.D, habiéndose considerado su unión según el rito y la costumbre gitanos como una relación *more uxorio*, una simple unión de hecho. Para la demandante, asimilar su relación con M.D. a una mera unión de hecho en cuanto a la concesión de la pensión de viudedad, constituye una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Esta discriminación se basa en el hecho de que su solicitud de pensión de viudedad ha recibido un trato diferente en relación con casos similares en los que el derecho a la concesión de la dicha pensión ha sido reconocida, a pesar de no existir siquiera un matrimonio según las formalidades legalmente establecidas, mientras que, en su caso, no se han tenido en cuenta ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana.

52. El Tribunal constata que la demandante se casó con M. D. en noviembre de 1971 según los ritos y tradiciones propias de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M.D. hasta el fallecimiento de este último, el 24 de diciembre de 2000. El Registro Civil les expidió un libro de familia el 11 de agosto de 1983, donde figuran inscritos la pareja y sus hijos. El 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se exigía la condición de « cónyuge » (párrafo 27 anterior) y se han beneficiado de todos los derechos inherentes. Por otro lado, M.D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y poseía una cartilla de

beneficiario donde figuraban a su cargo la demandante, en tanto que esposa, y sus seis hijos. Para el Tribunal se trata en este caso de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia n° 7 de Madrid del INSS.

53. En lo relativo al régimen relativo a las pensiones de viudedad aplicable en el momento de los hechos, el Tribunal observa que la Ley general de la Seguridad Social, en su versión vigente en la época, reconocía el derecho a una pensión de viudedad al cónyuge supérstite. Esta disposición legal había sido sin embargo completada y matizada tanto por la propia Ley como por la jurisprudencia de los Tribunales internos, incluida la del Tribunal Constitucional (párrafo 32 anterior).

La jurisprudencia constitucional tiene en efecto en cuenta, para el reconocimiento de las pensiones de viudedad, tanto la existencia de buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que hayan imposibilitado la celebración del matrimonio, aún cuando el matrimonio legalmente válido no haya tenido lugar. El Tribunal señala que la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio de 1981, que modifica el régimen matrimonial (párrafo 26 anterior) reconoce el derecho a percibir una pensión de viudedad incluso en ausencia de matrimonio, en el caso de imposibilidad de prestar el consentimiento por el rito canónico. Observa que, según la interpretación de esta disposición por parte de la jurisprudencia constitucional, es posible otorgar pensiones de viudedad en caso de imposibilidad de matrimonio (canónicamente) por motivo de la inexistencia de divorcio, o incluso cuando el matrimonio va en contra de las creencias de los cónyuges (párrafo 32 anterior). En cuanto a la ley general sobre la Seguridad Social en su redacción vigente en el momento de los hechos, reconoce, en su artículo 174, el derecho del cónyuge de buena fe a una pensión de viudedad en caso de matrimonio nulo. El Tribunal Constitucional por otro lado ha reconocido, concretamente en su sentencia 99/04 (párrafo 32 anterior), un derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio canónico aún cuando no se cumplían los requisitos legalmente requeridos, no habiéndose inscrito la unión en el Registro Civil por motivos de conciencia.

54. En vista a lo anterior, la cuestión que se plantea en el presente asunto es saber si para la demandante el hecho de haberse visto privada del derecho a percibir una pensión de viudedad conlleva un trato discriminatorio fundado sobre la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, en relación con la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, cuando los interesados creen de buena fe en la existencia del matrimonio, incluso cuando éste no es legalmente válido.

55. La demandante basa su pretensión, de un lado, en la convicción de que su unión, celebrada conforme a los ritos y tradiciones gitanas era válido y, de otra, en la actuación de las autoridades, que le han reconocido

oficialmente la condición de esposa de M.D. y, en consecuencia, han admitido según ella la validez de su matrimonio.

56. El Tribunal estima que las dos cuestiones están íntimamente relacionadas. Observa que las autoridades nacionales no han negado que la demandante creía de buena fe en la realidad de su matrimonio. Más creíble todavía aparece la convicción de la interesada desde el momento en que las autoridades españolas le han expedido diversos documentos oficiales acreditativos de su condición de esposa de M.D.

Para el Tribunal, conviene destacar la importancia de las creencias que la demandante extrae de su pertenencia a la comunidad gitana, comunidad que tiene sus propios valores establecidos y arraigados en la sociedad española.

57. El Tribunal observa, en el presente caso, que cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los ritos y tradiciones gitanos, en España no era posible, salvo declaración previa de apostasía, casarse de forma distinta que conforme a los ritos del derecho canónico de la Iglesia Católica. El Tribunal estima que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, esto es según el derecho canónico en 1971, mientras que manifestó su consentimiento para casarse según los ritos gitanos.

58. Es cierto que, tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y en virtud de la ley 30/1981 de 7 de julio de 1981 (párrafo 26 anterior), la demandante podría haberse casado civilmente. La demandante sostiene que creía con absoluta buena fe que el matrimonio celebrado conforme a los ritos y tradiciones gitanos conllevaba todos los efectos propios de esta institución.

59. Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración la pertenencia de ésta a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no se ha discutido nunca ni se ha considerado como contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso han reconocido a ciertos efectos la condición de esposa de la demandante. Estima que no puede ignorarse la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida.

60. El tribunal observa a este respecto que se ha alcanzado un consenso internacional en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa en orden a reconocer las necesidades concretas de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad, y su modo de vida (vid el párrafo 33 anterior, concretamente el Convenio-marco para la protección de las minorías), no solamente con la finalidad de proteger los intereses de las minorías mismas sino también para preservar la diversidad cultural que es beneficiosa a la sociedad en su conjunto (*Chapman c. Reino-Unido* [GS], n^o 27238/95, § 93, TEDH 2001-I).

61. El Tribunal estima que, si bien la pertenencia a una minoría no exime de la obligación de respetar las leyes rectoras del matrimonio, ésta

puede influir sobre la forma de aplicar estas leyes. El Tribunal tuvo ya la ocasión de señalar en la sentencia *Buckley* (cierto, en un contexto diferente), que la vulnerabilidad de los gitanos, por el hecho de constituir una minoría, implica acordar una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el marco reglamentario válido en materia de ordenación como a la hora de resolver en casos particulares (sentencia *Buckley c. Reino-Unido*, 25 de septiembre de 1996, §§ 76, 80, 84, *Repertorio de sentencias y resoluciones* 996-IV, *Chapman c. Reino-Unido* [GS], antes citado, § 96, y *Connors c. Reino-Unido*, n° 66746/01, § 84, 27 de mayo de 2004).

62. En el asunto, la convicción de la demandante sobre su condición de esposa con todos los efectos inherentes a dicho estado, se ha visto reforzada irrefutablemente por la actuación de las autoridades, que le han reconocido la condición de esposa de M.D. y, muy especialmente, por la expedición de ciertos documentos de la seguridad social, concretamente el documento de inscripción en el sistema, que establecía su condición de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, por aplicación de la Ley n° 25/1971 de 19 de junio de 1971, el reconocimiento de la condición de cónyuge.

63. Para el Tribunal, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por parte de las autoridades, ha engendrado en la interesada la legítima esperanza de ser considerada como la esposa de M.D. y de formar una pareja casada reconocida con éste. Tras el fallecimiento de M.D. es natural que la demandante haya albergado esperanzas de que se le reconociera una pensión de viudedad.

64. En consecuencia, el rechazo a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a los fines de la obtención de la pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de dicha condición por parte de las autoridades. Este rechazo además ha omitido la consideración de particularidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. A este respecto, el Tribunal recuerda que, conforme al Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (párrafos 33 y 34 anteriores), los Estados parte de dicho Convenio se obligan a tener en cuenta debidamente las condiciones particulares de las personas pertenecientes a minorías nacionales.

65. El Tribunal considera que el rechazo a reconocer el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación con el tratamiento dado, por la ley o por la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como la creencia de buena fe en la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la LGSS, o la situación examinada en la sentencia del Tribunal Constitucional n° 199/2004, de 15 de noviembre

de 2004 – párrafo 32 anterior –, referido a la ausencia de formalización, por motivos de conciencia, de un matrimonio canónico). El Tribunal ha comprobado que, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionada hacia la demandante en relación con el trato reservado al matrimonio de buena fe.

66. Ciertamente, el artículo 174 de la LGSS, en su redacción vigente en el momento de los hechos, sólo reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal cuando el matrimonio era nulo de pleno derecho. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad a la vista del Convenio. El Tribunal observa a este respecto que la Ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de reconocimiento de una pensión de viudedad en los casos de uniones de hecho (párrafo 30 anterior).

67. El Tribunal observa que, en su sentencia dictada el 30 de mayo de 2002, el juzgado de lo social nº 12 de Madrid interpretó la legislación aplicable en favor de la demandante. Hizo referencia al artículo 4 § 1 del Código Civil, según el cual las normas pueden ser aplicadas por analogía cuando no se refieren al asunto en cuestión sino a otro, análogo, en el que se puede apreciar una similitud en el objeto. Desde entonces ha interpretado la legislación aplicable conforme a los criterios expuestos por el Tribunal en la sentencia antes citada *Buckley c. Reino Unido*.

68. Esta sentencia ha sido sin embargo revocada por la sentencia de apelación de 7 de noviembre de 2002. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró en efecto (párrafo 15 anterior) que « el principio de igualdad y no-discriminación descansa sobre la idea del tratamiento igualitario en condiciones de igualdad » y « de que el trato igual de los desiguales constituye una injusticia ». El Tribunal señala que la jurisdicción de apelación no llegó a ninguna conclusión sobre las particularidades de la minoría gitana, a pesar de que el Tribunal reconoció que el matrimonio gitano tiene « su relevancia y reconocimiento social en dicho ámbito » y que no se discutía la moralidad o la conformidad de este rito con el orden público. Para el Tribunal Superior de Justicia era evidente que esta situación « no por ello excluye, ni sustituye actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto ».

El matrimonio, pues, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya expresados, y el matrimonio gitano no participa, en la actual configuración de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 de la LGSS la condición de « cónyuge » del causante al beneficiario/a de la pensión de viudedad, término interpretado, en sentido estricto por una jurisprudencia constitucional y ordinaria tan reiterada como conocida – a pesar de voces discrepantes – que, por ello, excusa su cita, y conforme a la

cual han quedado excluidas de la prestación las parejas de hecho, y cuantos, en definitiva no han contraído matrimonio conforme a la legalidad aplicable

69. En vista de lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado Español, que ha expedido a la demandante y a su familia gitana un libro de familia, les ha reconocido el estatus de familia numerosa, les ha concedido, a la interesada y a sus seis hijos, una asistencia en materia sanitaria, y que ha percibido las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy en día reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

70. Finalmente, el Tribunal no puede aceptar la tesis del Gobierno según la cual a la demandante le hubiera bastado con casarse civilmente para obtener la pensión reclamada. En efecto, la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del Convenio solo tiene sentido si, en cada caso concreto, se tienen en cuenta los criterios enumerados por esta Disposición en relación con la situación personal del demandante. Un enfoque contrario, consistente en denegar el derecho a la víctima por entender que habría podido eludir la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, casándose civilmente– vaciaría de contenido el artículo 14.

71. En consecuencia, el Tribunal concluye que en este asunto ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n^o 1.

II. SOBRE LA VIOLACION ALEGADA DEL ARTÍCULO 14 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 12 DEL CONVENIO

72. La demandante se queja de la ausencia en España de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano – el único con efectos *erga omnes* en el seno de su propia comunidad– aún cuando esta minoría está arraigada en España desde hace al menos quinientos años, lo que vulnera su derecho al matrimonio. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12, que están así redactados:

Artículo 14

« El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente 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. »

Artículo 12

« 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 »

73. El Gobierno se opone a esta tesis. Sostiene que nada impidió a la demandante casarse civilmente y estima que los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden interpretarse como una obligación de trato en pie de igualdad a, por un lado, los matrimonios que respeten las formalidades establecidas y por otro a cualquier otra unión en la que dichas formalidades no han sido respetadas. Se refiere al margen de apreciación del que disponen los Estados para determinar el ejercicio de los derechos previstos por el artículo 12 del Convenio.

74. Para el Gobierno, en este caso, se ha respetado el derecho a contraer matrimonio, en las mismas condiciones que para cualquier otro ciudadano. No puede apreciarse discriminación alguna. La demandante decidió voluntariamente no casarse según las formas legalmente establecidas. No puede por lo tanto reprocharse al Estado Español que no atribuya los mismos efectos a esta unión que a los matrimonios que hayan respetado las previsiones legales. Los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden interpretarse como una exigencia para el Estado de aceptar una forma concreta de prestación del consentimiento para contraer matrimonio por el solo hecho del anclaje social o de las tradiciones de una comunidad. En consecuencia el hecho de que el Estado imponga determinadas formalidades para la prestación de dicho consentimiento no puede considerarse contrario al artículo 12 del Convenio.

75. La demandante alega que en 1971, cuando se casó con M.D. de acuerdo con los ritos gitanos, en España solo existía el matrimonio religioso, no previéndose el matrimonio civil más que para casos de apostasía. Se casó según los ritos gitanos porque eran los únicos ritos reconocidos por su comunidad y que, de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otra forma. En consecuencia, la demandante se rebela contra el hecho de haberse visto privada de derechos sociales bajo el pretexto de que no estaba casada con M.D., rechazando que se le considere como su pareja de hecho.

76. Para la demandante, la ausencia de reconocimiento en el derecho español de los ritos gitanos como forma de expresión del consentimiento para contraer matrimonio, mientras que ciertos ritos religiosos constituyen formas válidas de expresión del consentimiento constituye, *per se*, una violación de los derechos invocados. La demandante señala que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en la historia española; se trata de una forma de otorgar el consentimiento que ni es civil ni religiosa, pero está íntimamente anclada en la cultura de su comunidad, reconocida y siendo beneficiaria de efectos *erga omnes* en el seno de esta última, por el efecto validante de la costumbre. La Ley español no tiene en cuenta las peculiaridades de la minoría gitana, dado que le obliga a someterse a una forma de expresión del consentimiento que los miembros de esta comunidad no reconocen.

77. La Unión Romaní se refiere al carácter definitivo del consentimiento prestado en el matrimonio gitano y solicita el reconocimiento por parte del Estado de la validez de sus ritos. Alega que la comunidad gitana en España mantiene sus tradiciones desde hace siglos, e invita al Tribunal a establecer que el respeto de las minorías étnicas, de sus tradiciones y de su herencia e identidad cultural forman parte inherente del Convenio.

78. El Tribunal recuerda que el artículo 12 garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia (*F. c. Suiza*, sentencia de 18 de diciembre de 1987, serie A n° 128, § 32, y *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GS], n° 28957/95, § 98, TEDH 2002-VI). El ejercicio del derecho a contraer matrimonio conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas. Obedece a leyes nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones resultantes no deben restringirlo o limitarlo de una forma o a un grado que lo perjudicarían en su misma esencia (*I. c. Reino Unido* [GS], n° 25680/94, § 79, 11 de julio de 2002).

79. El Tribunal observa que el matrimonio civil en España en su redacción vigente desde 1981 está abierto a todos, y estima que su reglamentación no implica discriminación por motivos de orden religioso u otros. La misma fórmula ante un alcalde, un juez u otro funcionario designado se aplica a todos de la misma forma. No se solicita ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otros.

80. Es cierto que en derecho español se admiten ciertas formas religiosas de prestación de consentimiento, pero estas formas religiosas (católica, protestante, musulmana e israelita) se reconocen en virtud de acuerdos alcanzados entre el Estado y estas confesiones, y producen por lo tanto los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no se reconocen. El Tribunal constata sin embargo que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no pertinente en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o no prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a la comunidad gitana, y responde a motivos que el legislador debe tomar en consideración, y que derivan, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación.

81. Por lo tanto, el Tribunal estima que el hecho de que las uniones gitanas no tengan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. Se deduce que esta queja está manifiestamente mal fundada y debe rechazarse en aplicación del artículo 35 §§ 3 y 4 del Convenio.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

82. En términos del artículo 41 del Convenio,

« Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

A. Daños

83. La demandante reclamaba al principio 60 959,09 euros (EUR) a título de perjuicio material sufrido. En el curso de la audiencia del 26 de mayo de 2009, indicó que estaba percibiendo una pensión de viudedad desde el 1º de enero de 2007, por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley nº 40/2007 de 4 de diciembre de 2007, de Medidas relativas a la Seguridad Social, en tanto que pareja de hecho de M.D. (párrafo 21 anterior). Redujo por lo tanto sus pretensiones por daño material a la suma de 53 319,88 EUR. Reclama igualmente 30 479,54 EUR a título de perjuicio moral.

84. El Gobierno se opone a esta tesis.

85. El Tribunal recuerda a continuación que el principio que fundamenta la concesión de una satisfacción equitativa está debidamente establecido: Es necesario, en la medida de lo posible, situar a la interesada en una situación equivalente a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido la violación del Convenio (vid, *mutáís mutandis*, *Kingsley c. Reino-Unido* [GS], nº 35605/97, § 40, TEDH 2002-IV). Por otro lado, la condición *sine qua non* para la concesión de una reparación de un daño material reside en la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la violación constatada (*Nikolova c. Bulgaria* [GS], nº 31195/96, § 73, TEDH 1999-II), y ocurre lo mismo con el perjuicio moral (*Kadiķis c. Letonia* (nº 2), nº 62393/00, § 67, 4 de mayo de 2006).

86. Sin ánimo de especular sobre la cuantía exacta de la pensión a la que podría haber aspirado la demandante si no hubiera tenido lugar la violación constatada del artículo 14, el Tribunal debe de tener en cuenta que ha sufrido un daño moral y material cierto. Resolviendo en equidad, como exige el artículo 41 del Convenio, y teniendo en cuenta todas las particularidades del asunto, le concede 70 000 EUR, por todos los conceptos (vid, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez*, antes citada, § 70).

B. Gastos y costas

87. La demandante solicita 3 480 EUR por los gastos y costas devengados ante el Tribunal Constitucional y 3 382,56 EUR para aquellos

relativos al procedimiento ante el Tribunal. Aporta los justificantes de estas cantidades.

88. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante solo puede obtener el reembolso de sus gastos y costas si ha quedado probada su realidad, su necesidad y su carácter razonable. En este caso y teniendo en cuenta los documentos acreditativos en su poder y los criterios anteriormente mencionados, el Tribunal estima razonable el importe de 6 862,56 EUR a título de gastos y costas expuestos en el marco del procedimiento nacional y ante el Tribunal, suma de la que hay que deducir los 1 450 EUR ya abonados en el asunto por el Consejo de Europa a título de asistencia judicial. Le reconoce por lo tanto a la demandante 5 412,56 EUR.

C. Intereses moratorios

89. El Tribunal considera apropiado basar el importe de los intereses moratorios en el importe del interés de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo incrementado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. *Declara*, por unanimidad, admisible la queja extraída del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1;
2. *Declara*, por mayoría, inadmisibles las quejas extraídas del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12;
3. *Dice*, por seis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1;
4. *Dice*, por seis votos contra uno,
 - a) que el Estado demandado debe abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses computado desde el día en que la sentencia adquiriera firmeza conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las cantidades siguientes:
 - i. 70 000 EUR (setenta mil euros), más toda cantidad que pueda ser debida a título de impuestos, por el conjunto de los perjuicios sufridos;
 - ii. 5 412,56 EUR (cinco mil cuatrocientos doce euros con cincuenta seis céntimos), más toda cantidad que pueda ser debida a título de impuestos, para gastos y costas;

b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta su pago, estas cantidades se incrementarán por un interés simple en un importe igual al de la facilidad de préstamo marginal del Banco central europeo aplicable durante el periodo, incrementado en tres puntos de porcentaje;

5. *Rechaza* la solicitud de satisfacción equitativa en cuanto al resto.

Hecho en francés, luego comunicado por escrito el 8 de diciembre de 2009, en aplicación del artículo 77 §§ 2 y 3 del reglamento.

A la presente sentencia se halla unida, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión disidente del juez Myjer.

J.C.M.
S.Q.