



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro
documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA

(Demanda nº 49151/07)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

8 de diciembre de 2009

FIRME

08/03/2010

Esta sentencia adquirió carácter de firmeza en virtud del artículo 44 § 2 del Convenio.

En el caso Muñoz Díaz c. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en 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*,

Tras haber deliberado en Sala del Consejo el día 26 de mayo de 2009,

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso tiene su origen en una demanda (nº 49151/07) interpuesta ante el TEDH contra el Reino de España por una nacional de este Estado, la Sra. María Luisa Muñoz Díaz, (“la demandante”), el día 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 ha estado representada por la letrada, Sra. Queipo de Llano López-Cózar, abogada ejerciendo en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) ha estado representado por su agente, el Sr. I. Blasco Lozano Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. La demandante, gitana de nacionalidad española, se quejaba de la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de M. D., también gitano de nacionalidad española, por la única razón de que no estaban casados ante la legislación española. Ella alegaba violación del artículo 14 del Convenio puesto en relación con los artículos 1 del Protocolo nº 1 y 12 del Convenio

4. El día 13 de mayo de 2008, la demanda fue trasladada al Gobierno. Asimismo, tal como lo permite el artículo 29 § 3 del Convenio, acordó que la Sala dictaminaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo de la misma.

5. Las partes presentaron sus observaciones. Asimismo, se recibieron observaciones de la Unión Romaní, a quien el Presidente había autorizado a intervenir en el procedimiento escrito en calidad de *amicus curiae* (artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 2 del Reglamento de Procedimiento del TEDH).

6. El día 26 de mayo de 2009, se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo, (artículo 59 § 3 del Reglamento)

Comparecieron:

- *Por el Gobierno*

el Sr. I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el
Ministerio de Justicia, *agente*

- *Por la demandante*

La letrada Sra. Queipo de Llano López-Cózar,
El letrado Sr. S. Sánchez Lorente

asesores

- *Por la tercera parte*

Sr. J.D. Ramírez Heredia, Presidente de la Unión Romaní

ANTECEDENTES DE HECHO

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

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

8. La demandante y el señor D., ambos pertenecientes a la comunidad gitana, se casaron en noviembre de 1971 según los rituales propios de su comunidad. El matrimonio se celebró conforme a las costumbres y tradiciones culturales gitanas, y reconocido por su comunidad. Para la comunidad gitana, el matrimonio celebrado según sus costumbres implica los efectos sociales derivados del matrimonio, el reconocimiento público, la obligación de la vida en común y el conjunto de otros deberes y derechos que resultan de tal institución.

9. La demandante tuvo seis hijos, que fueron inscritos en el libro de familia entregado a la pareja expedido por el Registro Civil el día 11 de agosto de 1983.

10. El día 14 de octubre de 1986, se le reconoció a la demandante y a su familia su condición de familia numerosa de primera categoría, con el número 28/2220/8, en aplicación de la Ley 25/1971, de 19 de junio de Protección a las Familias Numerosas.

11. El día 24 de diciembre de 2000, el esposo de la demandante falleció. Albañil de profesión, 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 esposa (como tal) y a sus seis hijos a su cargo. Era titular de una cartilla de la Seguridad Social, sellada por la agencia núm. 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social

12. La demandante solicitó una prestación por viudedad. Mediante resolución de 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se la denegó por el siguiente motivo:

“por no ser [la demandante] o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo establecido en la Disposición Adicional décima núm. 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio [en vigor en la época de los hechos], en relación con el artículo 174 de la LGSS, aprobada por RD Legislativo 1//1994, de 20/6”.

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

14. La demandante entonces recurrió ante la jurisdicción laboral. Mediante Sentencia de 30 de mayo de 2002 del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid, se le concedió el derecho a percibir una pensión de viudedad de 903,29 euros mensuales, siendo reconocidos, de este modo, los efectos civiles de su matrimonio gitano. En lo que aquí interesa, la Sentencia estaba redactada como sigue:

“(…) 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 art. 61 del C. Civil enuncia que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y para el reconocimiento de los mismos es necesaria la inscripción en el Registro Civil. 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 de nacionalidad española, 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.

(…) 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 art. 4.1 del C. 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 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 tienen 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/CE».

15. El INSS recurrió. Mediante Sentencia de 7 noviembre 2002, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la Sentencia recurrida. La decisión fue motivada como sigue:

“(…) 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 de los desiguales constituye una injusticia, lo que supone también que ha de partirse la observancia del ordenamiento jurídico aplicable por parte de todos, de manera que no se pueden 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 puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad.

(…) De conformidad con lo prevenido en el artículo 49 del C.C. , cualquier español (como es el caso de la actora y el causante) puede optar entre contraer un 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.

(…) El matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, no por ello sus 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 otra parte, una “etnia” 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, (...) sólo regirá en defecto de ley aplicable (...). No se discute, en consecuencia, la moralidad o la conformidad al orden público de dicho rito, sino tan solo 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 exige 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 interpuso entonces recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el principio de no discriminación por razón de raza o condición social. Mediante Sentencia de 16 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional desestimó el amparo solicitado 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 de 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.

Del 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*.

En primer lugar (…) 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. (…)

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.(…)

Por último, 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 de los mismos, 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. Un voto particular discrepante fue formulado junto a la Sentencia. Se refería a la Sentencia 199/2004, en la que el Tribunal Constitucional había concluido que se había vulnerado el derecho a la igualdad con respecto al viudo de una funcionaria, tras constatar la existencia de una relación conyugal y no de una boda, en la medida en que no estaba inscrita en el Registro Civil, al haber, en efecto, rechazado expresamente los contrayentes la inscripción de su relación conyugal en dicho Registro, la cual se había celebrado de forma religiosa.

18. Para el Magistrado discrepante, este caso del cónyuge superviviente de un matrimonio religioso no inscrito era comparable al de la demandante, por cuanto ambos demandantes reclamaban una pensión de viudedad en base a lo que estimaban ser un vínculo matrimonial, a pesar de la ausencia de inscripción de este vínculo en el Registro Civil.

19. Por otra parte, el Magistrado discrepante recordó que, aunque España fuera parte del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, firmado en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no tomaba en cuenta los rituales, prácticas y costumbres de una etnia o grupo concretos, incluso no consideraba como válidos o susceptibles de protección constitucional los actos de personas pertenecientes a minorías que reclamaban el respeto de sus tradiciones culturales.

20. Según el magistrado discrepante, la situación planteada por este recurso de amparo demostraba, por vez primera, que la protección de las minorías tenía un alcance constitucional mucho más extenso que la simple respuesta recibida por la demandante. A la demandante no se le debería haber obligado recurrir a las instancias supranacionales para obtener la protección reclamada. En el caso de amparo a las minorías étnicas, la garantía de la igualdad exigía medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con la adecuada sensibilidad, el valor subjetivo que atribuye una persona perteneciente a dicha minoría y exige en cuanto al respeto de sus tradiciones y al legado de su identidad cultural. El Magistrado discrepante concluía así:

“Y es que 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 día 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, relativa a ciertas medidas de Seguridad Social, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D.

II. EL DERECHO INTERNO Y EUROPEO APLICABLE

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. En lo que aquí interesa, los artículos del Código Civil, vigente en el momento de los hechos, se leen así:

Artículo 42

“La Ley reconoce dos clases de matrimonio: 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. En lo que aquí interesa, las disposiciones aplicables del Reglamento del Registro Civil vigente en el momento de los hechos (decreto nº 1138/1969 de 22 de mayo) están así redactadas :

Artículo 245

“Si se tratare de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio.
(...)”

Artículo 246

“(…)

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. En lo que aquí interesa, las disposiciones aplicables del Código Civil en su versión actual, 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.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración”

26. En lo que aquí interesa, las disposiciones aplicables de la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se leen como sigue:

Disposición adicional décima

“(…)

2. 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 los que se establece en el apartado siguiente”

27. El artículo 2 de la Ley 25/1971 de 19 de junio de Protección a las Familias Numerosas está redactado como sigue:

“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 LGSS (vigente en el momento de los hechos) se lee como sigue:

“1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad (…)

2. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante siempre que no cupiera la apreciación de mala fe o hubiera contraído nuevas nupcias (…)”

29. El artículo 174 de la LGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, está redactado como sigue:

“1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, (...) el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un 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, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, 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 medidas en materia de Seguridad Social por la que se modifica la LGSS enuncia especialmente:

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 (...) 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. Se han celebrado varios acuerdos de cooperación entre el Gobierno y algunas confesiones religiosas : Convenio con la Santa Sede (Concordato de 1979), Acuerdo de Cooperación con la Federación Evangelica mediante Ley 24/1992 de 10 de noviembre, Acuerdo con la Comisión Islámica mediante Ley 26/1992 de 10 de noviembre y Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas mediante Ley 25/1992 de 10 de noviembre. Las bodas celebradas según los rituales de estas confesiones son reconocidas por tanto por el Estado Español, considerándose como una forma de manifestación del consentimiento para casarse. Producen por tanto efectos civiles en virtud de los Acuerdos celebrados con el Estado.

32. En lo que aquí interesa, la jurisprudencia aplicable del Tribunal Constitucional se lee así:

“Las Sentencias del Tribunal Constitucional 260/1988 de 22 de diciembre de 1988 y 155/1998 de 13 de junio de 1998, entre otras, relativas al derecho de pensión de viudedad en caso de que el matrimonio canónico no fuera posible por la imposibilidad de divorciarse.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 180/2001 de 17 de septiembre de 2001 reconoce el derecho a la indemnización por fallecimiento de la pareja de hecho si el matrimonio canónico no era posible por entrar en contradicción con la libertad de conciencia y de religión (antes de la modificación efectuada en 1981).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 trata de un derecho de pensión de viudedad derivada de un matrimonio canónico que no cumple las condiciones formales planteadas por la Ley puesto que, por voluntad propia, no se había inscrito en el Registro Civil. El Tribunal Constitucional reconoció en ese caso el derecho del viudo a percibir la pensión de viudedad.”

33.. El Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de Minorías Nacionales, abierto a la firma el 1 de febrero de 1995, contiene especialmente 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 el que fue abierto a la firma y lo ratificó el 1 de septiembre de 1995. Entró en vigor el 1 de febrero de 1998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO, PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO Nº 1

35. La demandante se queja de que la negativa de concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, celebrado según el ritual de la etnia gitana a la que pertenece,

carece de efectos civiles y vulnera el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio, puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Las citadas disposiciones están redactadas como sigue:

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 nº 1

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto 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.

(...)”

A. Sobre la admisibilidad

36. El TEDH constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio, y que por otra parte no incurre en ninguna otra causa de inadmisibilidad, el TEDH procede por tanto a declararla admisible.

B. Sobre el fondo

1. Argumentos de las partes

a) La demandante

37. La demandante observa que el Gobierno no explica por qué su situación es considerada una relación *more uxorio* y no un matrimonio nulo de buena fe que sería susceptible de otorgarle el derecho, en tanto que cónyuge supérstite, a una pensión de reversión. Subraya que no había motivo alguno que le hiciera pensar que los derechos sociales de los que había gozado en vida de su marido le fueran a ser retirados tras el fallecimiento de este último.

38. La demandante subraya que, en otros casos, la inexistencia de matrimonio “legal” no ha impedido la concesión de la prestación: de esta manera, en la Ley General de Seguridad Social, se reconoce el derecho a una pensión al cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio. Además, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a la pensión en caso de uniones no inscritas en el Registro Civil cuando las partes estuvieran convencidas de la existencia del matrimonio, o cuando la Ley impidiera el matrimonio por la imposibilidad de divorciarse o cuando el matrimonio entrara en contradicción con las creencias de los contrayentes.

b) El Gobierno

39. El Gobierno se opone a esta tesis. Considera que, siendo la legislación aplicada a la demandante la misma para todos los españoles, no se aprecia discriminación alguna por razón de etnia ni por cualquier otra, debiéndose la diferencia de trato al hecho de que la demandante no estaba casada sino que tenía una relación *more uxorio* con M. D.

40. El Gobierno subraya que nada obliga a tratar del mismo modo a quienes respetan las formalidades previstas en la Ley y a quienes, sin existir ningún impedimento, no las respetan. La exigencia de un vínculo matrimonio legal que plantea la Ley para acceder a la prestación de viudedad no constituye una diferencia basada en razones raciales o étnicas. La denegación de dicha pensión a la demandante se debe a su libre y voluntaria decisión de no ceñirse a las formalidades legales del matrimonio, las cuales no se basan en su pertenencia a una raza determinada, ni en las tradiciones, usos o costumbres de una etnia perjudicando a otras. Por tanto, estas formalidades no constituyen una discriminación directa o indirecta a la etnia gitana.

c) La tercera parte

41. La Unión Romaní subraya que el matrimonio gitano no es diferente de otros tipos de matrimonio. Explica que el matrimonio gitano existe desde el momento en que un hombre y una mujer expresan su voluntad de vivir juntos con el deseo de fundar una familia, que es la base de la comunidad gitana. Considera desproporcionado el hecho de que el Estado español, tras conceder a la demandante y a su familia el libro de familia, reconocer su situación de familia numerosa, proporcionar asistencia sanitaria a la interesada y sus seis hijos y percibir las cotizaciones correspondientes a su marido durante más de diecinueve años, desconozca ahora la validez de su matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad

2. Sobre la aplicabilidad del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1

42. El TEDH recuerda que el artículo 14 del Convenio no existe independientemente puesto que únicamente busca el disfrute de los derechos y libertades garantizadas por otras cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos (ver, entre otras muchas, *Burden c. Reino Unido*, [GC], nº 13378/05, § 58, CEDH 2008). La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente la violación de uno de los derechos materiales garantizados por el Convenio. Es necesario, y suficiente, que los hechos de la causa recaigan “bajo el imperio” de, al menos, uno de los artículos del Convenio (ver, entre muchos otros, *Gaygusuz c. Austria*, 16 de septiembre de 1996, § 36, Compendio de Sentencias y Decisiones 1996-IV, *Thlimmenos c. Grecia* [GC], nº 34369/97, § 40, CEDH 2000-IV. *Koua Poirrez c. Francia*, nº 48092/98, § 36, CEDH 2003-X y *Andrejeva c. Letonia* [GC], nº 55707/00, § 74, CEDH 2009). La prohibición de discriminación que consagra el artículo 14 va más allá, por tanto, del goce de los derechos y libertades que el Convenio y sus Protocolos imponen que garantice cada Estado. Se aplica, igualmente, a los derechos adicionales, que dependen del ámbito de aplicación general de cualquier artículo del Convenio, que el Estado ha decidido proteger voluntariamente (*Stec y otros c. Reino Unido* (dec.) [GC], nº 65731/01 y 65900/01, § 40 CEDH 2005-X)

43. Por consiguiente, conviene determinar si el interés de la demandante en percibir del Estado un pensión de viudedad recae “bajo el imperio” o “en el ámbito de aplicación” del artículo 1 del Protocolo nº 1.

44. El TEDH ha afirmado que todos los principios que se aplican generalmente a los asuntos relativos al artículo 1 del Protocolo nº 1 conservan su pertinencia en materia de prestaciones sociales (*Andrejeva*, anteriormente citada, § 77). De esta forma, esta disposición no garantiza,

como tal, ningún derecho a convertirse en propietario de un bien (*Kopecký c. Eslovaquia* [GC], nº 44912/98, § 35 b), CEDH 2004-IX), ni ningún derecho a una pensión de un importe determinado (ver, por ejemplo, *Domalewski c. Polonia* (dec.)] nº 34610/97, CEDH 1999-V, y *Janković c. Croacia* (dec.), nº 43440/98, CEDH 2000-X). Además, el artículo 1 no impone restricción alguna a la libertad de los Estados contratantes para decidir si instaurar o no un régimen de protección social o elegir el tipo o el nivel de prestaciones que deberán ser concedidas en virtud de dicho régimen. Sin embargo, en cuanto un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social –independientemente de que la concesión de dicha prestación dependa del pago de una cotización previa–, se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 para las personas que cumplan sus condiciones (*Stec y otros*, anteriormente citada, § 54).

45. Como ha afirmado el TEDH en la Decisión *Stec y otros* (§ 55 anterior):

“En casos como el que nos ocupa, en los que los demandantes formulan una queja, al amparo del artículo 14 puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1, según la cual han sido privados, en todo o en parte y por un motivo discriminatorio contemplado en el artículo 14, de una prestación determinada, el criterio oportuno consiste en indagar si, de no haber existido la condición litigiosa del otorgamiento, los interesados hubieran tenido el derecho, susceptible de ser sancionado ante los tribunales internos, a percibir la prestación en cuestión (...). Si el artículo 1 del Protocolo nº 1 no comporta un derecho a percibir prestaciones sociales, del tipo que sean, cuando un Estado decide crear un régimen de prestaciones, debe hacerlo de manera compatible con el artículo 14.”

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

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

a) La jurisprudencia del TEDH

47. Según la jurisprudencia asentada del TEDH, la discriminación consiste en tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares. La “falta de justificación objetiva y razonable” implica que la distinción litigiosa no persigue un “objetivo 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-IV, y la jurisprudencia citada).

48. Los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida las diferencias entre situaciones, en otros aspectos análogos, justifican distinciones de trato (ver, en particular, *Gaygusuz*, anteriormente citada, § 42 y *Thlimmenos* § 40). La amplitud de este margen varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto. Así, por ejemplo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a ciertos grupos de manera diferenciada para corregir las “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es precisamente la ausencia de tratamiento diferenciado para corregir una

desigualdad la que puede, sin justificación objetiva y razonable, acarrear la vulneración de la disposición en cuestión (*Thlimmenos*, anteriormente citada, § 44, *Stec y otros c. Reino Unido* [GC], nº 65731/01, § 51, CEDH 2006-VI, y *D.H. y otros*, anteriormente citada § 175).

49. Del mismo modo, se deja habitualmente al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica y social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar qué es de utilidad pública en materia económica o en materia social. En principio, el TEDH respeta la manera en la que el Estado concibe los imperativos de utilidad pública, excepto si su resolución se revela “manifiestamente carente de base razonable” (ver, por ejemplo, *National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido* 23 de octubre de 1997, Compendio, 1997-VII, § 80, y *Stec y otros*, anteriormente citada, § 52).

50. Por último, en lo que atañe a la carga de la prueba en el ámbito del artículo 14 del Convenio, el TEDH ya ha determinado que, cuando un demandante ha acreditado la existencia de una diferencia de trato, incumbe al Gobierno demostrar que esta diferencia estaba justificada (*D. H. y otros* anteriormente citada § 177).

a) Aplicación de la jurisprudencia al presente caso

11. En cuanto a las circunstancias del presente asunto, la demandante se queja de la denegación de concesión de la pensión de viudedad por el hecho de no estar casada con M. D., habiendo sido considerada su unión mediante los rituales y tradiciones gitanos como una relación *more uxorio*, una simple unión de hecho. Para la demandante, asimilar su relación con M. D. a una simple unión de hecho en cuanto a la concesión de la pensión de viudedad, constituye una discriminación que vulnera el artículo 14 del Convenio puesto 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 comparación con otros casos equivalentes en los que el derecho a la concesión de la pensión de viudedad fue reconocido, incluso en ausencia de matrimonio de acuerdo con las previsiones legales, mientras que, en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tomadas en cuenta.

52. El TEDH constata que la demandante se casó con M. D. en noviembre de 1971 según los rituales y tradiciones propios de la comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con M. D. hasta el fallecimiento de este último, el día 24 de diciembre de 2000. El Registro Civil les había expedido un Libro de familia el día 11 de agosto de 1983, en el que están inscritos la pareja y sus hijos. El día 14 de octubre de 1986, obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se requiere la condición de “cónyuge” (párrafo 27 anterior) y han gozado de todos los derechos correspondientes. Por otra parte, M. D. estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía una cartilla en la que figuraban a su cargo la demandante, como esposa, y sus seis hijos. Para el TEDH se trata de un documento oficial en la medida en que está sellado por la agencia nº 7 de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

53. En lo que atañe al régimen relativo a las pensiones de viudedad, aplicable en el momento de los hechos, el TEDH observa que la Ley General de la Seguridad Social, entonces vigente, reconocía el derecho a una pensión de viudedad al cónyuge superviviente. Esta disposición legal estaba, sin embargo, complementada y matizada tanto en la propia legislación como en la

jurisprudencia de los tribunales internos, incluida la del Tribunal Constitucional (apartado 32 anterior).

La jurisprudencia constitucional tiene en efecto en cuenta, para el reconocimiento de las pensiones de viudedad, tanto la existencia de la buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que hubieran hecho imposible la celebración del matrimonio, incluso si no se hubiera producido el matrimonio legalmente válido. El TEDH señala que la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica el régimen matrimonial (párrafo 26 anterior) reconoce el derecho a percibir una pensión de viudedad incluso en ausencia de matrimonio, en caso de imposibilidad de prestar consentimiento por el rito canónico. Observa que, según la interpretación de esta disposición por parte de la jurisprudencia constitucional, es posible conceder pensiones de viudedad en caso de que sea imposible casarse (canónicamente) debido a la inexistencia de divorcio, o incluso cuando el matrimonio entra en contradicción con las creencias de los cónyuges (párrafo 32 anterior). En cuanto a la Ley General de la Seguridad Social, vigente en el momento de los hechos, ésta reconoce, en su artículo 174, el derecho del cónyuge de buena fe a una pensión de viudedad en caso de matrimonio nulo. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reconocido, en particular en su Sentencia 199/04 (párrafo 32 anterior), el derecho a una pensión de viudedad en el caso de matrimonio canónico cuando en realidad las condiciones legalmente requeridas no se habían cumplido, al no haber sido inscrita la unión en el Registro Civil por motivos de conciencia.

54. En vista de cuanto antecede, la cuestión que se plantea en el presente caso es si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad revela un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la minoría gitana, respecto de la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, cuando los interesados están convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido.

55. La demandante basa su pretensión, por un lado, en su convicción de que su unión, celebrada conforme a los rituales y tradiciones gitanos era válida y, por otro lado, en la actuación de las autoridades, que le reconocieron oficialmente la condición de esposa de M. D. y, en consecuencia, a su parecer, admitieron la validez de su matrimonio.

56. El TEDH considera que las dos cuestiones están íntimamente ligadas. Observa que las autoridades nacionales no niegan que la demandante estuviera convencida de buena fe de la realidad de su matrimonio. La convicción de la interesada es cuanto más creíble al entregarle las autoridades españolas diversos documentos oficiales que acreditan su condición de esposa de M. D.

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

57. El TEDH observa, en este caso que, cuando la demandante se casó en 1971 con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica. El TEDH considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano.

58. Ciertamente, que tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y en virtud de la Ley 30/1981, de 7 de julio (párrafo 26 anterior), la demandante habría podido contraer

matrimonio civil. La demandante sostiene que, ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos acarrearía todos los efectos propios de esta institución.

59. Para valorar la buena fe de la demandante, el TEDH debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerado éste contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la condición de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada.

60. El TEDH observa, a este respecto, que surge en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa 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 (ver, párrafo 33 anterior, especialmente el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías), no sólo con el objetivo de proteger los intereses de las propias minorías sino también para preservar la diversidad cultural, lo que beneficia a la sociedad en su conjunto (*Chapman c. Reino Unido* [GC], nº 27238/95, § 93, CEDH 2001-I).

61. El TEDH considera que, aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas. El TEDH ya ha tenido ocasión de subrayar en la Sentencia *Buckley c. Reino Unido* (25 de septiembre de 1996, *Compendio* 1996-IV (cierto es, en un contexto diferente) 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 propio modo de vida, tanto en el marco regulador válido en materia de ordenación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (ibídem §§ 76,80,84, *Chapman*, anteriormente citada § 96, y *Connors c. Reino Unido* nº 66746/01 § 84, 27 de mayo de 2004).

62. En este caso, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, fue indiscutiblemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la condición de esposa de M. D., y, muy concretamente, mediante la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, especialmente el documento de afiliación al sistema, estableciendo su condición de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente merecedora de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley 25/1971 de 19 de junio, el reconocimiento de la condición de cónyuge.

63. Para el TEDH, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como esposa de M. D. y de formar junto a él una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento de M. D. es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconociera una pensión de viudedad.

64. En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la condición de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo por las autoridades de esta condición. Esta negativa, además, ha omitido tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para valorar su buena fe. A este respecto, el TEDH recuerda que, conforme al Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales (párrafos 33 y 34 anteriores), los Estados parte a dicho Convenio están obligados a tener debida cuenta, de las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales.

65. El TEDH considera que el rechazo al reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato respecto 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 Ley General de la Seguridad Social (LGSS), o la situación examinada en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, de 15 de noviembre de 2004 – párrafos 29 y 32 anteriores –, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico). El TEDH considera acreditado 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.

66. Ciertamente, el artículo 174 de la LGSS vigente en el momento de los hechos, sólo reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad en relación al Convenio. El TEDH observa, a este respecto, que la Ley 40/2007 introdujo en la LGSS la posibilidad de que se conceda una prestación de viudedad en caso de uniones de hecho (párrafo 30 anterior).

67. El TEDH constata que, en su Sentencia dictada el 30 de mayo de 2002, el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid interpretó la legislación aplicable a 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 prevén el caso concreto sino otro, análogo, con el que una similitud de objeto puede ser percibida. Por consiguiente, interpretó la legislación aplicable con arreglo a los criterios expuestos por el TEDH en la anteriormente citada Sentencia *Buckley*.

68. Esta Sentencia fue, sin embargo, revocada por la Sentencia en apelación de 7 de noviembre de 2002. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró, efectivamente, (párrafo 15 anterior) que “el principio de igualdad y no discriminación descansa en la idea de que situaciones legales iguales deben ser objeto del mismo trato” y “que un trato igual aplicado a situaciones diferentes constituye una injusticia”. El TEDH señala que la jurisdicción de apelación no ha extraído ninguna conclusión sobre las especificidades de la minoría gitana, a pesar de que ese Tribunal hubiera reconocido que el matrimonio gitano tiene “su relevancia y reconocimiento social en su propio ámbito” y que no se cuestionaba la moralidad o la conformidad de este rito con el orden público. Para el Tribunal Superior de Justicia está claro que esta situación “no excluye ni sustituye actualmente la normativa general vigente y aplicable al efecto”.

69. A la luz de cuanto antecede y habida cuenta de las circunstancias específicas del presente caso, el TEDH considera desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad.

70. Por último, el TEDH no puede aceptar la tesis del Gobierno según la cual le habría bastado a la demandante contraer matrimonio civil para obtener la pensión que reclama. De hecho, la prohibición de discriminación consagrada por el artículo 14 del Convenio sólo adquiere sentido si, en cada caso concreto, se toma en cuenta la situación personal del demandante en relación con los criterios enumerados en esta disposición, tal cual. Un enfoque contrario, consistente en desestimar la demanda porque la interesada podría haberse librado de la

discriminación modificando uno de los elementos litigiosos – por ejemplo, contrayendo matrimonio civil– vaciaría de contenido el artículo 14.

71. En consecuencia, el TEDH concluye que ha habido, en este caso, violación del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1.

II. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO, PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 12

72. La demandante se queja de que el no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano –el único que tiene efectos *erga omnes* en el seno de su propia comunidad– cuando esta comunidad lleva implantada en España desde hace, al menos, quinientos años, vulnera su derecho al matrimonio. Invoca el artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 12, que están así redactados:

Artículo 14

“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 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 refuta esta tesis. Sostiene que nada impedía a la demandante contraer matrimonio civil y considera que los artículos 12 y 14 del Convenio no pueden ser interpretados en el sentido de obligar a tratar en igualdad de condiciones, por un lado los matrimonios que respetan las formalidades legales, y por otro, cualquier otra unión en que dichas formalidades no se respetan. Se refiere al margen de apreciación de que disponen los Estados para determinar el ejercicio de los derechos previstos por el artículo 12 del Convenio.

74. Para el Gobierno, el derecho a contraer matrimonio se ha respetado plenamente en este caso, en las mismas condiciones que para cualquier otro ciudadano. No ha de señalarse ninguna discriminación. La demandante decidió voluntariamente no formalizar su matrimonio con arreglo a las formas legales establecidas. Por tanto, no se puede recriminar al Estado español no atribuir los mismos efectos civiles a esta unión que a los matrimonios que sí han respetado dichas previsiones legales. No se puede interpretar que los artículos 12 y 14 del Convenio obligan al Estado a aceptar una forma concreta de prestación de consentimiento para contraer matrimonio por el mero hecho del arraigo social o de las tradiciones de una comunidad. No es por tanto contrario al artículo 12 del Convenio, el hecho de que el Estado imponga unas determinadas formalidades para la prestación de tal consentimiento.

75. La demandante alega que en 1971, cuando contrajo matrimonio con M. D. por el rito gitano, en España existía únicamente el matrimonio religioso, pudiendo contraer matrimonio civil sólo en caso de apostasía. Ella se casó por el rito gitano porque es el único rito reconocido por su comunidad y que de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otro modo. En consecuencia, la demandante se rebela contra el hecho de haber sido privada de sus derechos

sociales bajo el pretexto de no estar casada con M. D., y rechaza ser considerada como su pareja de hecho.

76. Para la demandante, el no reconocimiento en Derecho español del rito gitano como forma de consentimiento matrimonial, mientras que algunos ritos religiosos sí constituyen unas formas válidas de expresión del consentimiento, se contempla, *per se*, como una violación de los derechos invocados. La demandante apunta que el matrimonio gitano existe desde hace más de 500 años en la historia española; se trata de una forma de consentimiento matrimonial ni civil ni religioso, pero firmemente anclado en la cultura de su comunidad, reconocido y beneficiario de efectos *erga omnes* en el seno de ésta, por el efecto sancionador de la fuerza de la costumbre. La legislación española no tiene en cuenta las especificidades de la minoría gitana puesto que le obliga a someterse a una forma de expresión del consentimiento matrimonial que los miembros de esta comunidad no reconocen.

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

78. El TEDH recuerda que el artículo 12 garantiza el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, de casarse y fundar una familia (*F. c. Suiza*, 18 de diciembre de 1987, serie A nº 128, § 32, y *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], nº 28957/95, § 98, CEDH 2002-VI). El ejercicio del derecho a casarse conlleva consecuencias sociales, personales y jurídicas. Se rige por las Leyes nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones que se derivan no pueden restringir o reducir el derecho de manera o hasta el extremo de que se vulnere su contenido substancial (*I. c. Reino Unido* [GC], nº 25680/94, § 79, 11 de julio de 2002).

79. El TEDH observa que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no implica discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante un Alcalde, un Juez u otro funcionario designado al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se exige ninguna declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro.

80. Es cierto que algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en el Derecho español, pero estas formas religiosas (católica, protestante, musulmana e israelita) están reconocidas en virtud de acuerdos anteriores de estas confesiones con el Estado y producen, por tanto, los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no están reconocidas. Sin embargo, el TEDH constata que se trata de una diferencia resultante de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana. Pero esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esta comunidad, y responde a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación.

81. Por tanto, el TEDH considera que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14. Por consiguiente, esta queja carece manifiestamente de fundamento y debe, pues, ser desestimada en aplicación de los artículos 35 § 3 y 35 § 4 del Convenio.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

82. Según los 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 reclamó inicialmente 60.959,09 euros en concepto del perjuicio material que habría padecido. En la vista del 26 de mayo de 2009, indicó que percibía una pensión de viudedad desde el 1 de enero de 2007, por aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en tanto que pareja de hecho de M. D. (párrafo 21 anterior). Por consiguiente, ha reducido sus pretensiones por daño material a 53.319,88 euros. Asimismo, reclama 30.479,54 EUR en concepto de daño moral.

84. El Gobierno se opone a esta tesis.

85. El TEDH recuerda, a continuación, que el principio que subyace en la concesión de una satisfacción equitativa está bien asentado: en la mayor medida posible, hay que situar a la interesada en una situación comparable a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido la violación del Convenio (ver, *mutatis mutandis*, *Kingsley c. Reino Unido* [GC], nº 35605/97, § 40 CEDH 2002-IV). Por otra parte, una condición *sine qua non* para la concesión de una reparación de un perjuicio material es la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio alegado y la violación constatada (*Nikolova c. Bulgaria* [GC], nº 31195/96, § 73, CEDH 1999-II), y lo mismo ocurre con el daño moral (*Kadiķis c. Letonia* (nº 2), nº 62393/00, § 67, 4 de mayo de 2006).

86. Sin entrar a especular sobre la cuantía exacta de la pensión a la que hubiera podido pretender la demandante si no se hubiera declarado la violación del artículo 14, el TEDH debe tener en cuenta el hecho de que ha sufrido un perjuicio moral y material real. Resolviendo en equidad, como lo exige el artículo 41 del Convenio, y teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del asunto, le concede 70.000 euros, en concepto de indemnización por el conjunto de todos los daños y perjuicios causados (ver, *mutatis mutandis*, *Koua Poirrez c. Francia*, nº 40892/98 antedicha, § 70, CEDH 2003-X).

A. Costas y gastos

87. La demandante solicita 3.480 euros en concepto de las costas y gastos incurridos ante el Tribunal Constitucional y 3.382,56 euros por los correspondientes al procedimiento ante el TEDH. Presenta los justificantes de estas cantidades.

88. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, un demandante sólo puede obtener el resarcimiento de sus gastos y costas en la medida en que se encuentren fehacientemente justificados, sean necesarios y, del carácter razonable de su importe. En el presente caso, y habida cuenta de los documentos en su poder y de los criterios antedichos, el TEDH estima razonable la cantidad de 6.862,56 euros reclamada en concepto de costas y gastos en el marco del procedimiento nacional y ante el TEDH, importe del que se debe deducir los 1.450 euros ya abonados por el Consejo de Europa en concepto de asistencia jurídica. Le concede por tanto a la demandante 5.412,56 euros.

C. Intereses por mora

89. El TEDH juzga conveniente imponer el mismo tipo de interés por mora que el tipo de interés de la facilidad marginal de crédito aplicado por el Banco Central Europeo, más tres puntos porcentuales.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TEDH, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara*, por unanimidad, admisible la queja respecto del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1;
2. *Declara*, por mayoría, inadmisibile la queja respecto del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 12;
3. *Falla*, por seis votos contra uno,
 - a) que el Estado demandado debe abonar al demandante, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia haya adquirido carácter de firmeza las siguientes cantidades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 § 2 del Convenio:
 - i) 70.000 euros (setenta mil euros) que se incrementarán con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a la demandante por todos los perjuicios, en su conjunto, padecidos;
 - ii) 5.41256 euros (cinco mil cuatrocientos doce euros con 56 céntimos), que se incrementarán con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a la demandante, por gastos y costas;
 - b) que una vez transcurrido este plazo, y hasta su liquidación, estas cantidades devengarán intereses a un tipo porcentual igual al tipo de interés marginal aplicado a sus préstamos por el Banco Central Europeo aumentado en tres puntos porcentuales.
5. *Rechaza*, por unanimidad, la demanda de satisfacción equitativa por lo demás.

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

Santiago Quesada
Secretario

Josep Casadevall
Presidente

Se adjunta a la presente Sentencia, de conformidad con los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del Reglamento de Procedimiento, el voto particular formulado por el Juez Myjer.

J.C.M.
S.Q.

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DEL JUEZ MYJER

(Traducción)

“María Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos» titulaba el *Nevipens Romani* (ejemplar del 1-15 juin 2009). El subtítulo decía así: “Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos”.

Estoy, muy sinceramente, a favor de la igualdad de los gitanos, causa apoyada por el Consejo de Europa desde hace muchos años. Puedo totalmente comprender que los gitanos quieran que un matrimonio contraído por dos personas de etnia gitana de acuerdo con las tradiciones y rito gitanos se reconozca como un matrimonio legalmente válido ante las autoridades civiles. Dicho esto, considero que no corresponde al TEDH convertir tal deseo en una obligación derivada del Convenio .

El Convenio, en su Título 1, enumera los derechos fundamentales que los Estados contratantes están obligados a garantizar a cualquier persona bajo su jurisdicción. El TEDH tiene como misión “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes” (artículo 19). Con este fin, se le reconoce una competencia que se “extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos” (artículo 32). Por ello, debe limitarse, en la medida de lo posible, a examinar los problemas derivados del caso concreto recurrido (ver, entre otros muchos ejemplos, *Deweer contra Bélgica*, 27 de febrero de 1980, § 40, serie A n° 35; *Minelli contra Suiza*, 25 de marzo de 1983, § 35, serie A n° 62). Su tarea no consiste en examinar, *in abstracto*, el texto de legislación interna impugnado en relación al Convenio (ver, entre otras muchas, *F. contra Suiza*, 18 de diciembre de 1987, § 31, serie A n° 128).

Cierto es que el Convenio es un instrumento vivo y el TEDH ha tenido ocasión de extender el alcance de los derechos que garantiza más allá del significado inicial a la luz de las evoluciones sociales que no habían sido previstas cuando aquel fue elaborado (ver, por ejemplo, *Marckx contra Bélgica*, 13 de junio de 1979, § 41, serie A n° 31; y *Opuz contra Turquía*, n° 33401/02, § 164, CEDH 2009). De esta manera, el TEDH ha reconocido que la dignidad y la libertad humanas son la propia esencia del Convenio (*Christine Goodwin contra Reino Unido* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI), pero, sin embargo, ha ponderado el interés general y el de la persona afectada (ibídem, § 93).

Sin embargo, no entra en las competencias del TEDH crear derechos no previstos en el Convenio, por muy útiles o deseables que sean. Si el TEDH interpretara así el Convenio, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados Contratantes, comprometiendo de este modo el sistema único de protección de derechos humanos a nivel internacional del que ha sido pieza maestra hasta ahora.

El artículo 12, que garantiza “el derecho a casarse” deja claramente las modalidades del ejercicio de este derecho a las autoridades nacionales (“según las Leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”). Como lo declaró el TEDH en la Sentencia *F. contra Suiza* (anteriormente citada § 32):

“Mediante el artículo 12 se asegura el derecho fundamental de un hombre o una mujer a casarse y a fundar una familia. El ejercicio de este derecho conlleva consecuencias de orden personal, social y jurídico. Está “sometido a las Leyes nacionales de las Partes Contratantes”, pero “las limitaciones resultantes de estas Leyes no deben (...) restringir o reducir” el derecho en cuestión “de manera o hasta el extremo de que se atente a su contenido esencial”.

En todos los Estados Miembros del Consejo de Europa, estas “limitaciones” aparecen como condiciones que se encuentran en normas ya sean de tipo procesal como sustantivas. Las primeras tratan principalmente sobre la publicidad y la celebración del matrimonio; las segundas se refieren principalmente a la capacidad, el consentimiento y a ciertos impedimentos”.

Por lo que yo sé, todos los Estados contratantes atribuyen consecuencias jurídicas a un matrimonio legal. Estas consecuencias jurídicas son diversas por naturaleza; pueden tratar, por ejemplo, de la mutua obligación de sustento –en ciertos casos incluso tras el fin del matrimonio-, de los derechos a pensión o seguridad social del cónyuge sobreviviente en caso de fallecimiento del otro, o a derechos en materia de sucesión. Estas consecuencias son, igualmente, susceptibles de afectar a terceros, que pueden tener derecho a embargar los bienes gananciales para garantizar el pago de las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges. Algunas Partes Contratantes prevén el registro de uniones y atribuyen a las uniones registradas todas o parte de las consecuencias jurídicas de un matrimonio.

El TEDH ha tardado en intervenir en el ejercicio por las Partes Contratantes de sus prerrogativas en la materia; hasta aquí, su intervención se ha limitado a casos en los que la legislación nacional impedía a un hombre y una mujer casarse (*F. contra Suiza*, anteriormente citada; *B. y L. contra Reino Unido*, nº 36536/02, 13 de septiembre de 2005). El presente caso es diferente.

Señalo, como la mayoría (apartado 80 de la Sentencia), que “el matrimonio civil está abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esta comunidad”. La demandante, por tanto, no ha sido víctima de una “diferencia de trato” derivada del artículo 14 del Convenio. De forma más general, a falta de cualquier diferencia de trato, recuso la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus Leyes sobre el matrimonio al deseo de individuos o grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso en que estos individuos o grupos, como ocurre con los gitanos en España, constituyan una parte importante de la población. Suscribo, por tanto, la conclusión de la mayoría que declara inadmisibles la queja con respecto al artículo 14 puesto en relación con el artículo 12.

Por el contrario, me distancio de la mayoría al considerar que no se ha producido violación del artículo 14 puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1. Incluso si los miembros de la mayoría declaran haber llegado a esta conclusión basándose exclusivamente en las circunstancias particulares de este asunto, tengo la (incómoda) impresión de que han querido llamar la atención de las autoridades españolas sobre lo que perciben como un rechazo a adoptar una legislación que reflejara, de manera adecuada, la concreta situación de la etnia gitana. En mi opinión, este punto de vista se desprende del apartado 61 de la Sentencia, en el que la mayoría declara que “aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas”. Me pregunto si semejante declaración puede basarse, realmente, en la jurisprudencia citada en los apartados 60 y 61 de la sentencia,

que – como se reconoce en la propia resolución– se desarrolló en un contexto fáctico y jurídico diferente, en concreto el de la ordenación del territorio.

No resulta en mayor medida evidente, que tal razonamiento sea válido en el marco de la aplicación de una legislación relativa a la seguridad social que concede prestaciones a sus beneficiarios. En mi opinión, sería más lógico hacer el paralelismo con el asunto *Goudswaard-van der Lans contra Países Bajos* (dec.), nº 75255/01, CEDH 2005-XI), que enuncia que:

“(…) si el Convenio y sus Protocolos obliga a las Partes Contratantes a respetar las elecciones individuales en cuanto al estilo de vida, en la medida en que no autoriza explícitamente restricciones, no les impone la obligación positiva de sostener las elecciones individuales de estilo de vida a partir de los fondos que les son encomendados en su condición de contables de los fondos públicos.”

La situación en este caso se diferencia de la de una pareja no casada que tiene hijos y funda una familia. El TEDH reconoce, desde hace tiempo, que los hijos nacidos fuera del matrimonio no podrán ser tratados de manera diferente –ni en el plano patrimonial ni en otras cuestiones relativas a la familia– a los hijos que son fruto de parejas casadas (principio enunciado en la Sentencia *Marckx*, anteriormente citada; comparar también, entre otras, con *Kroon y otros contra Países Bajos*, 27 de octubre de 1994, § 30, serie A nº 297-C). A mi juicio, este principio tiene como corolario que, si las autoridades españolas hubieran rechazado reconocer a la demandante la condición de madre de familia numerosa así como concederle las prestaciones correspondientes, o inscribir a los hijos en el libro de familia, sin duda se les habría declarado culpables de discriminación con respecto a la demandante y su familia. Sin embargo, como se subraya en la Sentencia *Marckx* (§ 67 anterior), este razonamiento no podría ser invertido:

“También se infringiría el artículo 12 en tanto que la legislación no concede a los padres “naturales” los mismos derechos que a los esposos. Parece que los demandantes interpretan esto como una exigencia de que todas las consecuencias jurídicas ligadas al matrimonio valgan igualmente en situaciones comparables en ciertos aspectos a éste. El TEDH no puede suscribir tal opinión; considera, junto con la Comisión, que el problema, del que se trata, queda fuera del marco del artículo 12”.

Podemos preguntarnos si la demandante podía, razonablemente, no ser consciente de la precaria situación jurídica de su matrimonio gitano. No estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido llevar, legítimamente, a la demandante a suponer que su matrimonio era válido con respecto a la legislación española. Estoy dispuesto a creer que ignoraba absolutamente todo del contexto jurídico cuando se casó, a los quince años, según el rito gitano. Sin embargo, considero abusivo hacer responsable de su ignorancia al Estado demandado. Y aun mas abusivo reprochar a las autoridades españolas una falta, en razón de la igualdad de trato dado a la demandante y su familia en relación con las familias que se han fundado en base a la institución del matrimonio.

Por las observaciones escritas y el alegato oral de la tercera parte, la Unión Romaní, me ha dado la impresión de que se había hecho del caso de la demandante un asunto de principio en aras de conseguir una antigua reivindicación, a saber, el reconocimiento de la legalidad del matrimonio gitano. Esto es lo que también se desprende de los titulares de los periódicos que he citado anteriormente. Al parecer, actualmente, hay muchos gitanos españoles que se casan dos veces, una de acuerdo con el derecho español y otra según la tradición gitana. Esta situación en algo difiere de lo que ocurre en otros países, incluido el mío (Países Bajos), en los que un matrimonio legal se celebra ante una autoridad pública, al que le sigue, si las partes así lo desean, una ceremonia religiosa.

A este respecto, dudo que exista una base fáctica o legal con respecto a lo que se afirma en el apartado 57 de esta sentencia: ¿se puede realmente decir que “no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano”? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que la tenía. Además, el Convenio (y concretamente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, se trata aquí de un *obiter dictum* por lo menos audaz.

Señalo, con satisfacción, que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, se concedió a la demandante una prestación de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D. (apartado 21 de la Sentencia). De este modo, se encontró una solución adecuada en el nivel apropiado, es decir, a nivel nacional.