

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**10315** *Sala Primera. Sentencia 69/2007, de 16 de abril de 2007. Recurso de amparo 7084-2002. Promovido por doña María Luisa Muñoz Díaz frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en grado de suplicación, desestimó su demanda contra el Instituto Nacional de Seguridad Social sobre prestación de viudedad.*

*Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de raza o condición social: denegación de pensión de viudedad a mujer casada con el causante conforme a los usos y costumbre gitanos en 1971 (STC 184/1990). Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7084-2002, interpuesto por doña María Luisa Muñoz Díaz, representada por el Procurador de los Tribunales don Eusebio Ruiz Esteban y bajo la asistencia del Letrado don Sebastián Sánchez Lorente, contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2002, por la que se estima el recurso de suplicación núm. 4445-2002 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento núm. 25-2002, sobre derecho al percibo de prestación de viudedad. Ha comparecido el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 12 de diciembre de 2002, el Procurador de los Tribunales don Eusebio Ruiz Esteban, en nombre y representación de doña María Luisa Muñoz Díaz y bajo la asistencia del Letrado don Sebastián Sánchez Lorente, interpuso demanda de amparo contra la resolución judicial citada en el encabezamiento.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La recurrente solicitó prestación por viudedad el 16 de marzo de 2001, que fue denegada por Resolución de

la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de Seguridad Social de 20 de marzo de 2001, por no ser o haber sido cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de la Directora Provincial de Madrid del Instituto Nacional de Seguridad Social de 9 de mayo de 2001, argumentando que no existe precepto legal que considere viudo/a a la persona que estuviese conviviendo con el causante y que, conforme a las SSTC 184/1990 y 66/1994, no pugna con el art. 14 CE la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social.

b) La recurrente interpuso demanda en solicitud de prestación de viudedad, alegando que en la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido, en calidad de esposa, sin que tal dato constituyera error material, dado que se trata de su esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. A esos efectos se destacaba, invocando los arts. 9.2, 14 y 39.1 CE, que los requisitos necesarios para la existencia de forma matrimonial se cumplen en el matrimonio gitano, que está caracterizado por un acto formal, deber de fidelidad, comportamiento conyugal exigible, *affectio*, heterosexualidad y comunidad de vida, no siendo inscribible en el Registro Civil por una defectuosa exégesis jurídica. Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, dictada en el procedimiento núm. 113-2002, se estimaron las pretensiones de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando que «el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los arts. 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil» (FJ 11) y concluyendo que «[e]l INSS deniega a la actora la prestación de viudedad con el único impedimento de no considerar matrimonio el celebrado en su día por el causante y su viuda lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al art. 14 CE» (FJ 14).

c) El Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron recurso de suplicación, que fue tramitado con el núm. 4445-2002 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que fue estimado por Sentencia de 7 de noviembre de 2002. En dicha resolución, en su fundamento jurídico tercero se señala en referencia a que se suprimiera del hecho séptimo la expresión o condición de esposa de la demandante, asociada al contenido de la cartilla de la Seguridad Social, que «figurando al folio 62 de los autos fotocopia de la cartilla en cuestión y junto al nombre de aquella en la

casilla 'parentesco', una letra retocada que la sentencia interpreta como 'esposa' (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de los que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con el que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente». Igualmente, en el fundamento jurídico quinto, se argumenta que no existe discriminación alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el matrimonio celebrado conforme a ese rito no tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español. Respecto de lo primero se afirma que no constituye «discriminación alguna la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso de su legítima soberanía y a través de sus representantes» y que «ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquélla que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados». Respecto de lo segundo se señala que cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales «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 celebrados en España».

3. La recurrente aduce en su demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social (art. 14 CE). En primer lugar destaca que se la ha discriminado al equiparar su situación jurídica a la de una pareja de hecho, a pesar de estar casada por el rito gitano, reconocerse casada, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación. Así, se afirma que, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha establecido que una determinada diferenciación de tratamiento entre cónyuge y las personas que mantienen una convivencia estable de hecho pueda lesionar en determinadas circunstancias el principio de igualdad y ser discriminatoria, el matrimonio gitano si bien puede ser considerado algo menos que un matrimonio civil, debe también ser considerado como algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello. En segundo lugar, también se señala, con fundamento en la STC 180/2001, de 17 de septiembre, que, habiendo contraído matrimonio por el rito gitano en noviembre de 1971, no fue entonces libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito gitano, por lo que debería haber accedido a la prestación de viudedad conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 10, regla 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Por último, se alega la existencia de discriminación por no haberse hecho aplicación analógica a la de los matrimonios nulos que hubiera permitido acceder a la prestación de viudedad.

4. La Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 7 de marzo de 2003, dirigió comunicación a los órganos judiciales competentes para la remisión de copia testimoniada de las actuaciones. Una vez recibidas, la Sección Segunda de este Tribunal acordó, por providencia de 25 de abril de 2003, admitir a trámite la demanda de amparo y dirigir comunicación al Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid para el emplazamiento a quienes hubieran sido parte en este procedimiento para comparecer en el mismo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 16 de junio de 2003, tuvo por personado al Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, a tenor del art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

6. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en escrito registrado el 8 de julio de 2003, solicitó la denegación del amparo, al considerar, por un lado, que la resolución impugnada es conforme con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prestación de viudedad en casos de convivencia *more uxorio* y, por otro, que ninguna discriminación se ha producido por no reconocer validez al matrimonio celebrado por el rito gitano, en tanto que su ineficacia se deriva del incumplimiento de la forma legal de celebración y no de la raza de los contratante, ni tampoco por no haberse equiparado su tratamiento a los matrimonios nulos, en tanto que no es un término idóneo de comparación.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 15 de julio de 2003, interesó la denegación del amparo. Destaca, en primer lugar, que la denegación de la prestación de viudedad en modo alguno trae causa en el origen social o pertenencia étnica de la recurrente sino en la constatación de un hecho negativo como es la inexistencia de un vínculo matrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico, por lo que no se está ante un supuesto trato diferenciado entre individuos por razón de pertenencia a la etnia gitana, sino entre individuos que con total abstracción de su origen aceptan o rechazan voluntariamente las normas de Derecho privado o semiprivado del Estado. Y, en segundo lugar, se señala que no se aporta un elemento de comparación válido, ya que la unión de los demandantes no constituye un matrimonio conforme a la legislación vigente, existiendo razones justificadas que impiden su asimilación. En cualquier caso, la recurrente contó con la efectiva oportunidad de celebrar matrimonio durante el tiempo de su convivencia. De todo ello se concluye que, al no tratarse de supuesto de hechos iguales, la aplicación de un régimen jurídico diverso no puede considerarse lesiva del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

8. La recurrente no presentó alegaciones.

9. Por providencia de 11 de enero de 2007 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de la fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La recurrente, bajo la invocación del derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminada por razones étnicas y de origen social (art. 14 CE), alega que la resolución judicial impugnada por la que, revocando la de instancia, se le deniega la prestación de viudedad por no concurrir el presupuesto de la relación matrimonial con el causante la ha discriminado étnica y socialmente al equiparar su situación jurídica con la de una pareja de hecho que conviviera *more uxorio* y no con una relación matri-

monial, a pesar de que está casada por el rito gitano, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación. También argumenta que se daría ese trato discriminatorio bien porque habiendo contraído matrimonio conforme a los usos y costumbre gitanos en noviembre de 1971, no fue entonces libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial conforme a las costumbres gitanas, bien porque no se ha hecho una aplicación analógica de dicha situación a la de los matrimonios nulos.

2. Antes de entrar a un análisis de fondo, es preciso destacar, como ha sido expuesto con mayor amplitud en los antecedentes, que en la vía judicial previa la recurrente interpuso demanda en solicitud de prestación de viudedad exclusivamente con fundamento en el art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) –existencia de vínculo matrimonial con el causante–, con el argumento de que la interdicción de un trato discriminatorio por razones étnicas consagrado en el art. 14 CE imponía equiparar el tratamiento de los efectos civiles de las uniones celebradas conforme al rito gitano con el matrimonio. En ningún caso se hizo mención ni referencia alguna, directa o subsidiaria, a un eventual reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación basado en la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha de fallecimiento del causante, según lo establecido en la regla 2 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ni tampoco a la posibilidad de aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos. Del mismo modo, en la impugnación del recurso de suplicación tampoco la recurrente hizo mención a dichos aspectos. Por ello, el objeto de este amparo debe quedar limitado al análisis de la vulneración aducida del art. 14 CE en relación con el primer aspecto destacado por la recurrente en su demanda, esto es, con el alegado trato discriminatorio que supondría equiparar su situación jurídica con la convivencia *more uxorio* para denegar la prestación de viudedad. Sin embargo, este Tribunal no puede pronunciarse sobre la eventual concurrencia de un trato discriminatorio derivado de las otras circunstancias alegadas en el amparo, toda vez que, al ser cuestiones que no han sido objeto de planteamiento en la vía judicial previa, lo impiden razones de subsidiariedad de esta jurisdicción de amparo, que están en el origen del óbice procesal de la falta de invocación en la vía judicial previa [art. 44.1 c) LOTC] que, como ha reiterado este Tribunal, exige una correcta delimitación fáctica y jurídica que posibilite al órgano judicial la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que, posteriormente, se alega en el recurso de amparo (por todas, STC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 2).

Igualmente, con carácter previo, también debe descartarse que exista identidad alguna entre el objeto del presente recurso de amparo y el de la STC 199/2004, de 15 de noviembre. En efecto, teniendo presente que este Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que, conforme establece el art. 44.1 b) LOTC, debe partirse de los hechos que han dado lugar al proceso (por todas, STC 10/2007, de 15 de enero, FJ 3), cabe constatar que en el supuesto planteado en la STC 199/2004 en la vía judicial se partió en todo momento, según la propia Sentencia, de la existencia de un «matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 6), fundamentándose la denegación de la prestación en el incumplimiento del requisito de inscripción registral. En el presente caso, por el contrario, como ha sido destacado en los antecedentes, la Sentencia de suplicación fundamentó la denegación de la prestación en que no existe un vínculo matrimonial

reconocido legalmente, al carecer de dicha consideración las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana, concretando, en relación con la cuestión fáctica suscitada sobre el eventual valor a otorgar al hecho de que se señalara a la recurrente como esposa en la cartilla de la Seguridad Social del causante, que «en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de los que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con el que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente». Por tanto, descartada la identidad de supuestos no resulta aplicable al presente caso la doctrina establecida en la citada STC 199/2004.

3. Teniendo en cuenta la delimitación expuesta, y entrando ya al fondo del análisis de la cuestión suscitada, es de destacar, en primer lugar y en relación con el derecho a no ser discriminado, que el Pleno de este Tribunal ha reiterado que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé (por todas, STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica, criterio «sospechoso» respecto del que este Tribunal ha afirmado tajantemente su carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al art. 14 de la Constitución española como al art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Igualmente, se ha destacado que la prohibición del art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7).

Más en concreto, y por lo que se refiere a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, el Pleno de este Tribunal ha reiterado en una serie de resoluciones (SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero, ó 77/1991, de 11 de abril), que tienen su origen en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, 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 superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido (FFJJ 3 y 4). 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 ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 CE, ya que la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a otras uniones, según este Tribunal ha venido señalando (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, de 14 de febrero, y 77/1991, de 11 de abril, FJ 3, en todas ellas).

4. En atención a esta jurisprudencia, partiendo de la base, por un lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia y, por otro, de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente. En efecto, en primer lugar, debe descartarse la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales, ya que, por las razones antes resumidas y ampliamente expuestas en la citada STC 184/1990 y en las restantes resoluciones que a ella se remiten, 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, la pretensión de la recurrente de que, a pesar de reconocer que no concurre en las uniones celebradas conforme a los usos y ritos gitanos la existencia de un vínculo matrimonial reconocido legalmente, resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del art. 14 CE basada en lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto 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 (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2). Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE.

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.

Tampoco pueda asumirse la argumentación desarrollada en la demanda de amparo en relación con la diversa normativa internacional relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico y, singularmente, la relacionada con la etnia gitana, ya que, ha de insistirse en ello, el Ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial sino que, incluso en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco de la gitana.

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. Siendo evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, ello impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas. Al margen de ello, además, no puede apreciarse tampoco una forma indirecta de discriminación de la etnia gitana a partir de la concurrencia de una concreta confesión religiosa identificada como mayoritaria o culturalmente predominante en dicha etnia, cuya forma de celebración matrimonial no cuente con reconocimiento legal.

5. 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.

Por tanto, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por doña María Luisa Muñoz Díaz.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de abril de dos mil siete. María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio. Roberto García-Calvo y Montiel.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada el 16 de abril de 2007, en el recurso de amparo núm. 7084-2002 interpuesto por doña María Luisa Muñoz Díaz*

1. Doña María Luisa Muñoz Díaz es de nacionalidad española, pero pertenece a la etnia gitana. Reclama pensión de viudedad de su causante, don Mariano Dual Jiménez, con quien se casó en territorio español por el rito ancestral de los gitanos en noviembre de 1971. Don Mariano era albañil y trabajó por cuenta ajena hasta su fallecimiento el 24 de diciembre de 2000. Cotizó a la Seguridad Social durante diecinueve años, tres meses y ocho días, por lo que a doña María Luisa le corresponderían 903,29 euros mensuales de pensión, que se le reconocieron por la Sentencia, luego revocada, del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid. Doña María Luisa y don Mariano eran titulares de un libro de familia, expedido el 11 de agosto de 1983, en el que consta el nacimiento de cada uno de los seis hijos que tuvieron en los casi treinta años que duró su relación conyugal; en octubre de 1986 les fue expedido el título de familia numerosa núm. 28/2220/8 de la categoría primera. Don Mariano tenía cartilla de beneficiario de la Seguridad Social núm. 28/2098958/66, en la que –con independencia del detalle desagradable en que se detiene el antecedente de hecho 2 c) de la Sentencia de la mayoría– figura indubitadamente como beneficiaria tanto doña María Luisa como los seis hijos de ambos.

2. Una comparación de estos hechos probados con los que resultan de la reciente Sentencia de nuestra Sala Segunda de 15 de noviembre de 2004 (STC 199/2004) me lleva a la conclusión de que era obligado el otorgamiento de la pensión que reclama doña María Luisa.

En efecto, la STC 199/2004 declaró vulnerado el derecho a la igualdad del viudo de una funcionaria, tras acreditar la existencia de una relación conyugal con ella [antecedente de hecho 2 d) de la STC 199/2004] aunque no su matrimonio que, entre otros extremos que diré, no figuraba inscrito en el Registro Civil.

Tampoco figura inscrito en el Registro Civil el matrimonio gitano de doña María Luisa, por la consideración del mismo como un simple hecho por nuestra legislación estatal. En el caso de la STC 199/2004 fueron los propios contrayentes quienes se negaron expresamente a que se practicara la inscripción registral de su unión conyugal. Los fundamentos de hecho de aquel caso, conforme a lo que entendió la Administración, expresó la Sentencia de la Audiencia Nacional y se precisa en los atinados razonamientos (FFJJ 4 y 5) del Voto particular a la STC 199/2004 de la Magistrada doña Elisa Pérez Vera ponen en duda que el denominado «matrimonio en la fe», invocado por el viudo de la funcionaria tuviera otra consecuencia que la de

ser una «pareja de hecho», en contra de lo que afirma la propia STC 199/2004 y recoge, en el presente caso, la Sentencia mayoritaria en el fundamento jurídico 2 *in fine*.

Pues bien, el caso del viudo de funcionaria con matrimonio no inscrito coincide así a mi entender en forma decisiva, con el de doña María Luisa en que se reclamaba en ambos pensión de viudedad por dos recurrentes que no tenían lo que afirmaban ser su matrimonio debidamente inscrito en el Registro Civil. El viudo de funcionaria con unión conyugal controvertida y no inscrita obtuvo nuestro amparo, y consiguió su pensión en la STC 199/2004, mientras que la viuda gitana que no ha visto inscrito en el Registro Civil el matrimonio conforme a las costumbres ancestrales de su pueblo ha visto rechazado el reconocimiento de su pensión de viudedad en la Sentencia de la que discrepo.

3. Por otra parte, la integración y el reconocimiento de derechos de las minorías es una de las prioridades del Consejo de Europa. España es parte en el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (BOE de 23 de enero de 1998). En toda sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo se debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, con el único límite –obligado– del «orden público constitucional». Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal no se ha ocupado hasta ahora de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad caracterizada, o cuándo la no consideración como válidos o susceptibles de protección constitucional de los actos realizados por personas pertenecientes a minorías que reclaman respeto por su tradición cultural debe entenderse discriminatoria. Este Tribunal se ha limitado a afirmar que, desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de grupos humanos sin personalidad jurídica, pero con una neta y consistente personalidad constituida por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 3), el carácter odioso de la discriminación racial (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 2) o la discriminación racial contra el pueblo gitano como perversión jurídica (STC 126/1986, de 22 de octubre, FJ 1). En la STC 214/1991, de 11 de noviembre, rechazamos rotundamente que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20 CE) puedan cobijarse manifestaciones, expresiones o compañías de carácter racista o xenófobo y que tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo encuentra su motivación en la pertenencia de éste a un determinado grupo racial, étnico, o religioso (FJ 8 y fallo).

La situación que se ha planteado en este recurso de amparo muestra, y además por primera vez en nuestra jurisprudencia, que la protección de las minorías tiene una envergadura constitucional mucho más rica y compleja que la que resulta de estas escuetas declaraciones o de la respuesta que ha recibido doña María Luisa en este recurso de amparo. No hubiera sido necesario que doña María Luisa se viera obligada a recurrir a instancias supranacionales para obtener la protección que reclama. En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural.

La Directiva 2000/43, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico –que consideró aplicable a favor de doña María Luisa la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid–afecta a la protección social de las personas, incluida en forma precisa la Seguridad Social y la asistencia sanitaria (art. 3.1.e). Conforme a dicha Directiva es necesario reconocer que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular respecto a otras personas (art. 2.1.b).

Los gitanos españoles constituyen un grupo étnico formado por más de medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años. El legislador español se refería ya a la familia gitana como un mero hecho en la Pragmática de Medina del Campo del año 1499 (Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación), bastantes siglos antes de que apareciese en nuestro ordenamiento jurídico «la forma de acceso civil al vínculo matrimonial» «de escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial», a que les remite el fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la mayoría.

No basta, en mi opinión, la «escrupulosa neutralidad» de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, como doña María Luisa, pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación –dice– de una pareja de hecho o de una convivencia *more uxorio*. Es deseable que la intervención del legislador respecto de estas parejas pueda cubrir en un futuro próximo la situación de la recurrente, pero su queja era, y es, muy distinta: La de obtener protección y respeto para su identidad cultural, sin que existan en el caso problemas de consentimiento, dignidad femenina o prueba que pudieran ser cuestionados desde la perspectiva de lo que he denominado orden público constitucional. Creo que se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art. 14 CE), en cuanto dicha prohibición protege la situación de la minoría gitana, si se trae a colación el art. 14 en relación con el art. 12 CEDH, como resulta obligado por el juego del art. 10.2 CE (Cfr., aun con fallo desestimatorio, la STEDH *Buckley v. United Kingdom*, de 25 de septiembre de 1996, y su consideración de la aplicabilidad de los arts. 8 y 14 CEDH a la etnia gitana).

La Sentencia de la mayoría concluye sugiriendo una intervención del legislador para que las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos pudieran tener efectos civiles matrimoniales (FJ 4 *in fine*). En mi opinión la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para que otorgásemos el amparo que reclamaba en este caso doña María Luisa. 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 (STJCE *Becker*, asunto 8/81, § 24).

Por todo ello procedía, en justicia, el otorgamiento de este recurso de amparo. Expreso mi más profundo disenso mediante este Voto particular.

En Madrid, a dieciséis de abril de dos mil siete.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Firmado y rubricado.

**10316** *Sala Primera. Sentencia 70/2007, de 16 de abril de 2007. Recursos de amparo 1404-2003 y 7314-2004 (acumulados). Promovidos por don José Ramón Prado Bugallo respecto a Sentencia y Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que resolvieron recurso de casación e incidente de nulidad de actuaciones en recurso de revisión de causa penal por delitos contra la salud pública y otros (STC 236/1999). Alegada y supuesta vulneración de los derechos al juez legal, a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia: recurso de revisión penal denegado tras Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras valorar las pruebas lícitas independientes válidamente.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 1404-2003 y 7314-2004, promovidos por don José Ramón Prado Bugallo, en el primero representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Alfaro Rodríguez y en el segundo representado por el Procurador de los Tribunales don Raúl Martínez Ostenero, y asistido en ambos por el Abogado don Luis Fernando Martínez Ruiz. El primer recurso se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1889/1994, de 31 de octubre, parcialmente desestimatoria del recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 1993, condenatoria por delitos de tráfico de drogas y de falsedad en documento de identidad; el segundo recurso se dirige contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de 29 de abril de 2004 que acordaba no autorizar la interposición del recurso de revisión contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1889/1994, de 31 de octubre. Han comparecido el Ayuntamiento de Madrid, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo; la Xunta de Galicia, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por el Letrado don Santiago Valencia Villa, y el Ayuntamiento de Vigo representado también por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por el Letrado don Juan Ignacio Fernández de la Latorre Moreno. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 11 de marzo de 2003, el Procurador de los Tribunales don Luis Alfaro Rodríguez interpone recurso de amparo (núm. 1404-2003) en nombre de don José Ramón Prado Bugallo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1889/1994, de 31 de octubre, parcialmente desestimatoria del recurso de casación contra la