

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2820 *Sala Segunda. Sentencia 1/2021, de 25 de enero de 2021. Recurso de amparo 1343-2018. Promovido por doña Joaquina Cortés Cortés en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó su demanda de reconocimiento de pensión de viudedad. Supuesta discriminación por razón de raza: denegación de la pensión de viudedad consecuencia de la inexistencia de unión matrimonial reconocida por el ordenamiento español (STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2021:1

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta, y los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1343-2018, promovido a instancia de doña Joaquina Cortés Cortés, representada por el procurador de los tribunales don Antonio Luis Roncero Contreras y asistida por el letrado don Juan Pablo Mola García Galán, contra la sentencia núm. 58/2018, de fecha 25 de enero, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2401-2016, que revocó la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de abril de 2016, en recurso de suplicación núm. 2843-2015, a su vez revocatoria de la de 13 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén en autos núm. 679-2014, en materia de seguridad social. Ha comparecido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado por la letrada de la administración de la Seguridad Social. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías.

I. Antecedentes

1. En fecha 13 de marzo de 2018 tuvo entrada en este tribunal la demanda de amparo presentada por el procurador de los tribunales don Antonio Luis Roncero Contreras, en nombre y representación de doña Joaquina Cortés Cortés, contra la sentencia núm. 58/2018, de fecha 25 de enero de 2018, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2401-2016, por posible vulneración del art. 14 CE.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, en esencia, los siguientes:

a) Con fecha de 14 de noviembre de 2014, la demandante de amparo interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS),

solicitando el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad, que el INSS le había denegado tras el fallecimiento de la persona que con ella convivía.

b) El Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén dictó sentencia desestimatoria el 13 de octubre de 2015. Considera probado que: (i) por resolución del INSS de 12 de septiembre de 2014, se deniega la pensión de viudedad pretendida por la recurrente en amparo, por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo a lo dispuesto por el art.174.3 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS); (ii) el día 18 de mayo de 1994, la recurrente celebró con el fallecido matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos y convivió con él al menos durante los quince años anteriores al fallecimiento; (iii) no consta inscripción de la unión como pareja de hecho; (iv) fruto de su unión nacieron cinco hijos, apareciendo los padres en las respectivas inscripciones de nacimiento como solteros. Así, en uno de los casos, figuraba como observación en la inscripción del nacimiento que los padres lo reconocían «como hijo natural declarando formalmente y bajo su responsabilidad que al tiempo de la concepción del mismo tenían capacidad legal para contraer matrimonio con dispensa o sin ella». En otra de las inscripciones se indicaba que el matrimonio de los padres no existía y que la hija inscrita era «hija extramatrimonial»; y, finalmente, en la inscripción de otra de las hijas se señalaba que el matrimonio no existía, pero que los padres declarantes «reconocen en este acto a la inscrita como hija suya»; (v) del mismo modo, en el libro de familia en el que la recurrente y el fallecido contaban figuraban como «solteros».

Para alcanzar este fallo, la resolución se apoya en la sentencia de 8 de diciembre de 2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Muñoz Díaz c. España*, en la que se analiza la posible discriminación por la denegación del derecho a percibir pensión de viudedad basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana.

Destaca el juzgador que en aquella sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue decisivo que la convicción de la demandante de su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado se viera reforzada por la actitud de las autoridades públicas, generándose una expectativa legítima a ser considerada como esposa del fallecido, por lo que la denegación del reconocimiento de la condición de cónyuge, al objeto de obtener una pensión de viudedad, se contradecía con la aceptación y declaración previas de dicha condición por parte de la administración. Para el órgano judicial, en aquel caso, la negativa al reconocimiento del derecho de aquella demandante a percibir una pensión de viudedad, constituía una diferencia de trato en relación con el ofrecido por la ley u otorgado por la jurisprudencia en otras situaciones equivalentes en cuanto al parámetro de la buena fe, como aquellos en los que existe un convencimiento de la existencia de un matrimonio nulo o como el de la situación examinada en la STC 199/2004, de 15 noviembre, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico.

A tenor de esa doctrina, concluye el órgano judicial que en esta ocasión no puede apreciarse buena fe, «en cuanto a la validez y eficacia del matrimonio que esta contrajo por el rito gitano, pues las autoridades españolas nunca reconocieron ni la validez, ni la apariencia de validez de ese matrimonio, pues en la documental aportada, tanto la actora como el padre de sus hijos aparecen como solteros y todos los hijos como nacidos fuera del matrimonio; así consta en el hecho probado sexto. Su situación, por tanto, es muy diferente a la que fue analizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Muñoz Díaz c. España*».

Por lo demás, en relación con la pretensión subsidiaria de la pensión por su acreditada convivencia *more uxorio* con el causante, la sentencia razona que, en el caso de las parejas de hecho, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, para causar derecho a percibir la pensión de viudedad es requisito constitutivo la inscripción de la pareja en la forma establecida en el art. 174.3 LGSS, requisito que no fue satisfecho por la demandante. Entiende el juzgador que, si bien la aspiración de esa norma es la de adaptar la legislación sobre Seguridad Social a las nuevas realidades familiares, ello no significa que se extienda la pensión de viudedad de forma incondicionada, ni que

establezca un régimen de reconocimiento análogo al correspondiente a los supuestos de matrimonio. Antes bien, del texto legal se infiere sin dificultad que el legislador distingue claramente dos situaciones. A saber: de un lado, las uniones de hecho objeto de protección y, de otro, las características de la convivencia requerida para lucrarla. Dos requisitos que tienen carácter dispar, cumplen funciones diversas y operan en distintos planos jurídicos (ámbito subjetivo de la protección, por un lado, y requisitos de acceso a la prestación, por otro), de suerte que cabe distinguir entre la prueba de la convivencia – que ha de ser estable, ininterrumpida y con duración no inferior a cinco años– y la prueba de la existencia de una unión que pueda considerarse pareja de hecho a los exclusivos efectos del reconocimiento de la pensión, sin que en esto último baste acreditar aquella convivencia, porque se exige también que la pareja haya accedido a los registros públicos indicados en la norma o se haya constituido mediante documento público, lo que en esta ocasión, termina la sentencia, no se cumple. Por todo ello, se desestima la demanda.

c) Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) dictó sentencia con fecha de 20 de abril de 2016, revocando la de instancia y reconociendo el derecho de la demandante de amparo a la pensión de viudedad.

Para la Sala, aunque en el libro de familia figuren como solteros la actora y el causante, tal dato no resulta suficiente para desvirtuar su buena fe respecto a la validez y eficacia de su matrimonio contraído bajo el rito gitano, ya que en la inscripción de nacimiento de los hijos, el progenitor que la solicitaba realizó su reconocimiento de filiación como hijos naturales, al no estar inscrito previamente el matrimonio civil o canónico, efectuando la inscripción un funcionario encargado del registro y existiendo libro de familia, lo que evidenciaría una clara intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como una unión. Una pareja que, por lo demás, convivió como matrimonio al menos durante los últimos quince años y que celebró su unión conyugal en el seno de una realidad social y cultural muy distinta a la actual, cuando la actora no contaba siquiera con la edad de quince años, teniendo, además, cinco hijos en común.

A la vista de todo ello, el órgano judicial entiende que no es posible apreciar que dolosamente se fingieran como matrimonio en su entorno familiar y social durante tanto tiempo con la finalidad de tener derecho en el futuro a cobrar una pensión, por lo que denegarla supondría una discriminación por razones étnicas y culturales. En consecuencia, estima el recurso y revoca la resolución de instancia, declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad en la cuantía legal y desde la fecha reglamentaria.

d) El INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con fecha de 25 de enero de 2018, dictó sentencia anulando la resolución recurrida y, consiguientemente, desestimando la demanda.

Subraya el Tribunal Supremo que la norma de cuya interpretación se trata, el art. 174.3 LGSS, no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa no obsta que los términos en que se expresa muestren la voluntad del legislador de establecer una prueba tasada sobre la constitución de la pareja estable, dotándola de la fehaciencia que ofrece la inscripción en el registro específico o el otorgamiento de escritura pública. Advierte que, frente a los cauces legales previstos, el libro de familia es un documento público que acredita el matrimonio y la filiación (matrimonial, no matrimonial o adoptiva), pero no la existencia de pareja de hecho. Y, siendo así, y no habiéndose cumplido en el caso de autos los requisitos legales, no cabe alcanzar conclusión distinta a la de la instancia, así como tampoco con base en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, pues contempla un supuesto anterior a la promulgación de la Ley 40/2007, que además tuvo como presupuesto la buena fe de la demandante y su legítima confianza en los plenos efectos del «matrimonio gitano», especialmente por el reconocimiento de la unión conyugal que

hizo la administración en determinados documentos oficiales, lo que, sin embargo, no acontece en el supuesto enjuiciado.

Por tanto, partiendo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no atribuyó eficacia jurídica alguna al «matrimonio gitano», sino a la expectativa generada y a la comprensible buena fe que se advertía, que era en definitiva lo que justificaba otorgar el mismo trato favorable dado por el ordenamiento jurídico a supuestos similares, en el presente caso debe aplicarse la doctrina contenida en la STC 69/2007, de 16 de abril, según la cual el art. 14 CE no alcanza a dar cobertura a la llamada discriminación por indiferenciación, al no consagrar ese derecho fundamental un derecho subjetivo al trato normativo desigual.

En definitiva, para la Sala, la pertenencia a una minoría étnica, según aquella sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no sería lo decisivo en la aplicación o interpretación de la norma, sino la concurrencia o no de buena fe. Y el supuesto enjuiciado resulta bien diverso al de aquel pronunciamiento, aunque medien coincidencia en el colectivo afectado e identidad en la prestación solicitada, «pues lo aducido no es –ni podría serlo– buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial –Libro de Familia e inscripciones de nacimiento– se hace constar expresamente su cualidad de solteros e hijos extramatrimoniales. Es más, tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título que en el supuesto enjuiciado por el Tribunal Europeo, siendo así que en aquel caso se invocaba –no podía ser de otra manera, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007– la existencia de matrimonio, y en el proceso ahora enjuiciado el título que se invoca es el de pareja de hecho».

Y añade a renglón seguido que: (i) la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no justifica hacer una equiparación a la inscripción registral o documentación pública de la pareja de hecho, de naturaleza constitutiva; (ii) la regulación contenida en el art. 174.3 LGSS de 1994 es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica; (iii) el art. 14 CE no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual; (iv) admitir la solución pretendida por la demandante comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas, tan respetables como las culturales, no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita y a los que, no infrecuentemente, les ha sido también denegada la prestación de viudedad; (v) la vulnerabilidad de las múltiples minorías étnicas y culturales existentes no puede conllevar excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico/cultural so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad normativa, como evidencia la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Muñoz Díaz c. España*.

Por todo ello, el Tribunal Supremo revoca la sentencia recurrida y desestima la demanda formulada.

Conviene resaltar que esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante, en el que las magistradas que lo emiten subrayan la ausencia de analogía entre el supuesto sometido a la valoración del Tribunal Supremo y el resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Muñoz Díaz c. España*. Así, en primer lugar, destacan que en este último supuesto se partía del reconocimiento por las autoridades españolas de la relación existente entre la demandante y el fallecido y, sin embargo, en el caso de doña Joaquina Cortés ello no ha sucedido. Por consiguiente, el asunto se ciñe a resolver la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho de quien ha estado unida al causante en virtud de un rito matrimonial gitano y a la interpretación que debe hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso. Es más, dado que en este caso no se suscita duda sobre la concurrencia del requisito de la convivencia, hay que ceñir el problema al análisis de la falta de inscripción de la pareja en alguno de los registros establecidos al efecto o a la constancia de su constitución en documento público. Y es en este punto donde, en opinión de las magistradas discrepantes, conviene preguntarse si, pese a la neutralidad de la regla del art. 174.3 LGSS, el colectivo de raza

gitana puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones, de suerte que pueda identificarse una discriminación indirecta. Concluyen que exigirles su acreditación como pareja en la forma legalmente admitida, es una medida redundante e innecesaria, porque la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia, superando el test de satisfacción de la finalidad buscada por la norma.

En definitiva, según se expone en el voto particular, aunque no cabe inaplicar la norma al colectivo gitano, una interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas, sí permite flexibilizar su interpretación cuando se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

3. El recurso de amparo se dirige contra la sentencia indicada en el encabezamiento de esta resolución, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por entender que vulnera el derecho a no sufrir discriminación racial/étnica (art. 14 CE).

La actora, partiendo de la reiteradamente citada STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*, defiende que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, pues ambos miembros del matrimonio, contraído por el rito gitano, actuaron con buena fe y con la creencia de la plena validez de su matrimonio así contraído. Denegarle la pensión de viudedad, a pesar de la convicción de la recurrente en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, supone sustraerle un derecho que, sin embargo, ha sido tutelado por este tribunal en situaciones equiparables (así por ejemplo, en la STC 199/2004, de 15 de noviembre).

Subsidiariamente, prosigue, si no se estimase concurrente el derecho de percepción de la pensión con base en el matrimonio de referencia, existiría en todo caso el mismo derecho al haberse acreditado una convivencia *more uxorio* con el fallecido, consolidada a lo largo de los años, de forma pública, creándose así, en suma, una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar y por un periodo superior a los diez años, tal como consta reflejado en documentos obrantes en las actuaciones.

Por ello, respecto a esta pretensión subsidiaria, subraya la recurrente que, como se dijera en el voto particular formulado a la sentencia recurrida, se ha incurrido en una discriminación de carácter indirecto. Esto es, que la neutralidad de la regla legal sobre la constitución de parejas de hecho, como presupuesto del acceso a la pensión, puede afectar particularmente al colectivo gitano, debido a las particulares características de sus tradiciones. Incide en que no debe olvidarse que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, como resultado de su historia turbulenta y de su constante desarraigo, los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, y que, por lo tanto, necesitan de una protección especial, prestando singular atención a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente, como en las decisiones de los casos concretos (SSTEDH de 27 mayo 2004, asunto *Connors c. Reino Unido*, y de 9 enero 2013, asunto *Horváth y Kiss c. Hungría*).

Con cita del voto particular emitido en la sentencia del Tribunal Supremo al que ya se ha hecho referencia, subraya que, dado el fuerte arraigo de sus tradiciones y la sólida estructura de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, no debe hacerse caso omiso al hecho de que, a partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante, es obvio que los convivientes gitanos mantienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como la de cualquier otro matrimonio, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito. De este modo, la buena fe, considerada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 8 de diciembre de 2009, debería ser también ahora apreciada, sin exigir que la existencia de la pareja de hecho se acredite mediante su inscripción en el registro pertinente. Ese elemento resultaría, a su juicio, redundante e innecesario, en la medida

en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada «ley gitana» les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada.

En suma, la demandante de amparo concluye en los mismos términos que el voto particular de la sentencia impugnada. Esto es, que, mientras que la regla del art. 174.3 LGSS tiende a constatar la verdadera existencia de la pareja de hecho, la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece garantías de que esa situación de pareja existe, en tanto que perdura la convivencia entre sus dos componentes, superándose con ello el test necesario de satisfacción de la finalidad a la que se orienta aquella norma que regula la formalización de las uniones de hecho. Cuando menos, afirma, debería ser así estimado en los casos en que, como el de autos, se dan las circunstancias que permiten acreditar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible vocación de pareja unida maritalmente.

En virtud de todo ello, solicita la declaración de nulidad de la sentencia de 25 de enero de 2018, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al haber vulnerado el art. 14 CE, declarando, en consecuencia, su derecho a percibir la prestación por viudedad que le ha sido denegada.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal, de 14 de enero de 2019, se acordó admitir a trámite el recurso, apreciando que existe especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) porque puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]. Asimismo, se acordó recabar certificación o fotocopia adverada de las correspondientes actuaciones al Tribunal Supremo, al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) y al Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén, solicitando de este último que emplazara a los que fueron parte en el procedimiento del que trae origen este recurso, salvo a la parte recurrente de amparo.

5. Por escrito que tuvo entrada el día 5 de febrero de 2019 en el registro general de este tribunal, se personó en el recurso de amparo la letrada de la administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, solicitando que se le tuviera por parte en el proceso constitucional y que se entendieran con ella las sucesivas diligencias.

6. Cumplido lo ordenado en la providencia mencionada, en fecha 20 de febrero de 2019 se dictó diligencia de ordenación acordando tener por personada y parte en el procedimiento a la representación del INSS y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que dentro de él pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. Con fecha 22 de marzo de 2019, la letrada de la administración de la Seguridad Social, en representación del INSS, presentó sus alegaciones, defendiendo que el recurso no podía prosperar.

Después de hacer referencia a la normativa rectora en materia de pensión de viudedad y a los argumentos que sostuvo el INSS en el proceso o las propias resoluciones judiciales en su fundamentación jurídica, aduce que: (i) los criterios del Tribunal Supremo en orden al deber de cumplimiento del requisito de inscripción de la pareja de hecho en el correspondiente registro han sido ratificados por el Tribunal Constitucional en varias sentencias (cita las SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo), no resultando contraria al art. 14 CE la exigencia que prescriben, pues no carece de una finalidad constitucionalmente legítima en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo identificar así una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de

la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social; (ii) la regulación contenida en el art. 174.3 LGSS-1994 resulta neutral desde la perspectiva racial; (iii) según la doctrina constitucional, el art. 14 CE no integra la prohibición de discriminación por indiferenciación, al no consagrar un derecho a la desigualdad de trato; (iv) como señala el Tribunal Supremo en la sentencia recurrida, admitir la solución pretendida por la demandante de amparo comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas, no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita; (v) incluso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se advierte que la ponderación de los intereses en juego no prevalece ni merece primacía sobre la aplicación de la norma, ya que de otro modo se comprometería gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la ley, lo que sería contrario al art. 9.1 CE; (vi) nada ha impedido a la Sra. Cortés cumplir con los requisitos legalmente establecidos para acceder a la prestación solicitada, pues no existe en ellos vulneración de los principios de igualdad, libertad de pensamiento o de expresión, sino todo lo contrario, al garantizarse a su través, precisamente, el principio de legalidad y a un trato igual a todos los destinatarios de la norma; (vii) la sentencia recurrida se ajusta plenamente a todos los principios enunciados, más aún si se atiende a que la STEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España* no coincide en sus presupuestos con lo que se controvierte en el caso de autos, al no apreciarse esta vez la convicción de buena fe en relación con la validez del matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos (lo acreditaría el hecho probado que describe que en el propio libro de familia, del que eran titulares el causante y la actora, estos figuraban como solteros, y que así lo reconocían en las inscripciones del nacimiento de diversos hijos, sin que ese documento, por lo demás y como es sabido, tenga valor de atribución o reconocimiento de la existencia de una pareja de hecho formalizada).

A tenor de esas bases, concluye el escrito, no se producen las vulneraciones denunciadas del art. 14 CE.

8. El día 22 de marzo de 2019 evacuó el trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la desestimación de la demanda de amparo.

Sostiene, como hiciera también la letrada de la administración de la Seguridad Social, que no se produjo la alegada discriminación por razón de etnia o raza. España, recuerda, considera matrimonio válido el celebrado según las normas del Código civil, que son aplicables a cualquier persona. La legislación española, añade después, no reconoce al llamado matrimonio gitano validez como tal matrimonio, según resulta de los arts. 49 al 52 del código civil, y no existe tampoco un concordato o convenio con los representantes del pueblo gitano equivalente a los celebrados con los representantes de las confesiones religiosas a cuyas ceremonias matrimoniales se les otorga la cualidad de forma válida de prestar el consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

Tras realizar un recorrido normativo y jurisprudencial, afirma que la doctrina constitucional española se ha pronunciado en la STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3 y 4 (e indirectamente en la STC 194/2014, de 1 de diciembre), considerando que no existe discriminación por el hecho de no conceder validez al matrimonio gitano, siendo que la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispuso, en la misma STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*, más allá de los efectos que atribuyó a la buena fe de la demandante en la solución del caso, que el no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano no supone una discriminación del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación en el goce de derechos y libertades) en relación con el art. 12 del mismo (derecho a casarse y formar una familia), pues afirmó que el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) garantiza el derecho fundamental de casarse y fundar una familia, pero que el ejercicio de tal derecho se rige por las leyes nacionales de los Estados contratantes, sin que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante constituya, entonces, una discriminación prohibida por el art.14 CEDH. Por tanto, a su juicio, esa queja, relativa al matrimonio y su validez a los efectos de la pensión de jubilación, carecería manifiestamente de fundamento.

Tampoco advierte lesión alguna en relación con la denuncia subsidiaria que formula la demanda, esto es, descarta que suponga discriminación que no se reconozca la prestación de Seguridad Social solicitada con base en la convivencia *more uxorio*. Y es que, recuerda, la doctrina constitucional española considera que la inscripción en el registro de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de la situación jurídica de pareja de hecho, al que en este caso no se dio satisfacción (cita las SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo). En definitiva, todos los españoles que quieran que su unión de tipo marital tenga el reconocimiento de la administración pública a los efectos de tener derecho a la pensión de viudedad y no estén dispuestos a celebrar un matrimonio civil, o a prestar su consentimiento matrimonial en una de las formas religiosas reconocidas por el Estado, deben inscribirse en un registro de parejas de hecho o constituir formalmente su relación de pareja mediante documento público. Un requisito que estima neutral, pues se exige a todas las uniones de tipo marital que quieran constituirse como pareja de hecho a dichos efectos, sean gitanas o no, y cuya dificultad de cumplimiento en caso de pertenencia a la etnia gitana se podría considerar equivalente a la de la inscripción del nacimiento de los hijos comunes en el registro civil, cosa esta última que, sin embargo, sí hicieron los padres.

Añade que a la vista del motivo por el que se ha apreciado la especial trascendencia constitucional, tal vez quepa decir que, como interpretación jurisprudencial que es, la doctrina constitucional respecto a naturaleza del requisito de formalización podría modificarse atendiendo a la peculiaridad del pueblo gitano. Subraya en ese sentido que, de producirse ese cambio de criterio, habida cuenta de que el rito gitano matrimonial tradicional incluye una prueba de virginidad que se realiza a la novia, lo que a su parecer resultaría un supuesto claro de discriminación por razón de sexo, sería necesario evitar un resultado en el que se pudiera hacer distinción entre una pareja de hecho gitana que se haya casado por el rito gitano y otra pareja de hecho gitana que tenga los mismos valores de su cultura en cuanto a la importancia de los lazos familiares, y demás vinculados a la relación matrimonial, pero que no estuviera dispuesta a aceptar la prueba de virginidad, no celebrase por consiguiente el rito gitano y viviese maritalmente pero sin celebrar una boda gitana. En otro caso, a la primera pareja, que habría celebrado un rito contrario a la igualdad entre hombres y mujeres, se les premiaría concediéndoles las prestaciones contempladas para las parejas de hecho sin necesidad de ir al registro correspondiente o al notario, mientras que a la segunda pareja que pertenece a la misma minoría discriminada (y seguramente lo estará en mayor medida pues lo sufrirá incluso dentro de su comunidad) se le obligaría a efectuar esa inscripción. No evitar ese resultado podría desestimular que las mujeres gitanas se aproximen al estándar de igualdad con los hombres que constitucionalmente se establece para todas las mujeres, al proscribir nuestra Constitución la discriminación por razón de sexo.

Finalmente, en lo relativo a la aplicación al caso de la doctrina de la STEDH del asunto *Muñoz Díaz c. España*, subraya que esta resolución no estableció la existencia de una discriminación por no haberse dado validez al matrimonio gitano, ni tampoco por no haberse reconocido la condición de unión de hecho en aquel supuesto, sino porque no se tuvo en cuenta la buena fe de la demandante. En el presente caso habría a su parecer, sin embargo, una diferencia decisiva y relevante, pues la buena fe no va referida en aquel pronunciamiento solo a la existencia y realidad del matrimonio gitano sino, antes bien, a la validez o eficacia del mismo frente a las autoridades del Estado. Y estas, en aquella ocasión, crearon con su actuación una expectativa razonable de obtener las mismas prestaciones que un matrimonio civil o religioso válidamente celebrado, lo que es bien distinto a lo acontecido en el caso ahora enjuiciado en el que la recurrente fue calificada como «soltera», su matrimonio como «no existente» y sus hijos como «naturales o extramatrimoniales». Por consiguiente, concluye, a diferencia de lo que se apreciara en aquella Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se puede considerar que el Estado haya creado en la demandante una expectativa razonable de tener derecho a la pensión de viudedad, ni que haya tampoco incurrido en

un abuso o una diferencia de trato injustificada al proceder a la denegación de la misma. Una argumentación prácticamente idéntica, estimando que no concurre la buena fe, se contiene en la STC 194/2014, de 1 de diciembre, respecto de un matrimonio islámico no inscrito.

Con base en todo lo expuesto, solicita en su escrito la desestimación del recurso de amparo.

9. La recurrente en amparo no formuló alegaciones, según deja constancia la diligencia de la Secretaría de Justicia de este tribunal, de 28 de marzo de 2019.

10. Por providencia de 21 de enero de 2021, se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso de amparo la sentencia núm. 58/2018, de fecha 25 de enero, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2401-2016, que revocó la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 20 de abril de 2016, recurso de suplicación núm. 2843-2015, a su vez revocatoria de la de 13 de octubre de 2015 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén en autos núm. 679-2014, en materia de pensión de viudedad.

A juicio de la recurrente, aquella sentencia habría vulnerado el art. 14 CE, toda vez que, de acuerdo con el derecho a no sufrir discriminación racial/étnica, amparado por ese precepto constitucional, partiendo de la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España* y del criterio de buena fe en ella acogido, también concurrente en el presente, debería habersele concedido la pensión de viudedad solicitada. En tal sentido declara que tenía la convicción de que tenía la condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado civil, en atención al propio actuar de la administración, no siendo su situación, por lo demás, diferente a otros casos en los que este tribunal ha considerado que existía tal derecho. Asimismo, de modo subsidiario, entiende que debería haber obtenido ese reconocimiento a la pensión por su convivencia *more uxorio*, a fin de evitar una discriminación indirecta por la aplicación neutra de una norma sobre la formalización de parejas de hecho que podría objetivamente perjudicar al colectivo gitano (art. 14 CE). Advierte que se trata de una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable que precisa de una protección especial, por lo que debería reconocerse su derecho a la pensión, toda vez que el vínculo con el fallecido se desarrolló en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados y creándose una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar y por un periodo superior a diez años, tal y como consta reflejado en las actuaciones.

Por su parte, el Ministerio Fiscal y el INSS interesan la desestimación del recurso. Consideran, en síntesis, que los criterios aplicados por el Tribunal Supremo en orden al requisito del matrimonio o de la formalización de la pareja de hecho no lesionan el art. 14 CE. La regulación contenida en el art. 174.3 LGSS de 1994 resulta neutral desde la perspectiva racial, al margen de que no existe un derecho a la desigualdad de trato y, en fin, que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de reiterada cita, no es trasladable al caso de autos. Añade el fiscal, que existen razones de seguridad jurídica para que, en caso de alterarse la jurisprudencia existente en este Tribunal Constitucional sobre la materia controvertida, se evite un resultado en el que se pudiera hacer distinción entre una pareja de hecho gitana que se haya casado por el rito gitano y otra pareja de hecho gitana que tenga los mismos valores de su cultura en cuanto a la importancia de los lazos familiares, y demás vinculados a la relación matrimonial, pero que no estuviera

dispuesta a aceptar partes del ritual matrimonial gitano que pueden suponer una contravención de derechos fundamentales y que, por ello, no lo celebre, pues podría hacerse de peor condición a esta última si la primera obtuviese el reconocimiento de la pensión de viudedad sin cumplir los requisitos legalmente establecidos y a la segunda se le obligase a darles plena satisfacción.

2. Los precedentes: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Muñoz Díaz c. España*.

Antes de entrar en el análisis de fondo, hemos de efectuar una serie de consideraciones respecto a las referencias jurisprudenciales de las que debe partirse:

(i) La reiterada invocación que tanto las partes, como las resoluciones judiciales que se han dictado en este procedimiento, hacen de la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*, obliga a examinarla, a fin y efecto de comprobar si se trata de casos iguales o, por el contrario el asunto *Muñoz Díaz c. España* difiere del presente caso.

En el asunto *Muñoz Díaz c. España*, la demandante era de etnia gitana, de nacionalidad española. Se opuso a la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que convivía, también gitano de nacionalidad española. Dicha denegación estuvo motivada en el hecho de que no estuvieran formalmente casados según la legislación española. No se planteaba en aquel caso, por lógicos motivos de secuencia normativa, la aplicabilidad al caso de la regulación hoy existente sobre la constitución y derechos de seguridad social asociados en favor de las parejas de hecho. Ya que la legislación vigente en el momento de producirse la muerte del compañero de la señora Muñoz Díaz exigía vínculo matrimonial.

Para una correcta comparación entre ambos casos, en el asunto *Muñoz Díaz c. España* la entonces demandante y su compañero, ambos de etnia gitana, se casaron según los rituales propios de su comunidad; tuvieron seis hijos, que fueron inscritos en el correspondiente libro de familia. Se le reconoció, asimismo, la condición de familia numerosa de primera categoría, para lo que en aquel momento se requería la condición de cónyuges; vivieron juntos desde la fecha de su matrimonio hasta el fallecimiento del varón, quien estaba afiliado a la Seguridad Social, 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.

A la vista de ello, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que las autoridades nacionales no negaban que la demandante estuviera convencida de buena fe de la realidad de su matrimonio y más cuando le entregaron diversos documentos oficiales que declaraban su condición de esposa del fallecido, ni podía desatenderse como relevante la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la pertenencia a dicha minoría no eximía del deber de respetar las leyes reguladoras del matrimonio, si bien puso de manifiesto la vulnerabilidad de la etnia gitana, entendiendo que por el hecho de constituir una minoría, las autoridades deben mostrar una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, lo anterior se concretó exclusivamente *ad casum*, respecto a la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal convicción fue indiscutiblemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la condición de esposa, especialmente, el documento de afiliación al sistema de Seguridad Social, con lo que creó una apariencia que produjo la buena fe de la demandante respecto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de ese estado por las autoridades, lo que justifica que la interesada tuviera la legítima expectativa de ser considerada esposa del fallecido, de formar junto a él «una pareja casada reconocida», de modo que debía reconocérsele su condición de cónyuge al objeto de obtener una pensión de viudedad. En resumen, las

autoridades públicas le indujeron, a través de los actos que se han detallado antes, a creer de buena fe que su matrimonio era válido y, por tanto, que tendría derecho a acreditar la pensión de viudedad como cónyuge a la muerte de su compañero, único supuesto que según la legislación vigente en aquel momento, permitía lucrar la pensión de viudedad.

En definitiva, como la propia sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos subraya al acoger la queja relativa al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1, fueron las circunstancias específicas del caso las que permitieron la apreciación de desproporción en el trato que la sentencia declaraba. La buena fe de la demandante constituyó, por tanto, el fundamento, la *ratio decidendi* del pronunciamiento. Tanto es así que, por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza la queja relativa a la vulneración del art. 14 CEDH en relación con el art. 12 CEDH, y entiende que el hecho de que las uniones gitanas no produzcan efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación prohibida.

(ii) Como dice la STC 69/2007, de 16 de abril, no puede atraerse a esta tipología de casos, la solución de la STC 199/2004, de 15 de noviembre, puesto que, a diferencia de lo que ahora acontece, en la vía judicial se partió allí, en todo momento, de la apariencia de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. En el presente caso, por el contrario, como ha sido destacado en los antecedentes, la denegación de la prestación viene dada por la inexistencia de un vínculo matrimonial válido en Derecho y por la falta de formalización de una pareja de hecho de acuerdo con lo prescrito en la ley, al carecer las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana de la consideración de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico y no haberse constituido tampoco la unión convivencial conforme exige la normativa vigente para acceder a la prestación solicitada. Por tanto, hay que descartar la identidad de supuestos, y, en consecuencia, no resulta aplicable al presente caso la doctrina de la STC 199/2004, de 15 de noviembre, como tampoco, ya se ha visto, la de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciada en el asunto *Muñoz Díaz c. España*.

3. Derecho a no ser discriminado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y entrando en el 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 de manera consolidada y constante 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 (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; como antes en las SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 69/2007, de 16 de abril, FJ 3, entre otras).

Desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, este tribunal ha declarado que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal equivalente, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad es, en suma, las desigualdades artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de la

distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de modo que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido. A continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), sino que representa una explícita prohibición de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2, y 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2).

No obstante, este tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7, y 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6).

4. Aplicación de la anterior doctrina.

De acuerdo con los anteriores criterios, debe considerarse que un perjuicio que pudiera quedar asociado a la pertenencia a una etnia como la gitana, constitutiva de una minoría que precisa una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, podría encuadrarse en la prohibición de discriminación contenida en el segundo inciso del art. 14 CE. Es prueba de ello, la propia STC 69/2007, de 16 de abril.

Por lo que se refiere a la concurrencia de un matrimonio válido como presupuesto legal para acceder a la prestación de viudedad, el Pleno de este tribunal ha reiterado en diversas resoluciones que tienen su origen en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia matrimonial, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. A esos efectos, se debe recordar 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 este se viera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido.

En cualquier caso, este tribunal ha hecho especial hincapié en que el art. 14 CE no impide al legislador extender la prestación de viudedad a otras uniones diferentes, ni encuentra obstáculos en los arts. 32 y 39 CE, ya que la opción de requerir la existencia de un previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible. (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), como ha ocurrido tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

La jurisprudencia constitucional ha interpretado el art. 32 CE otorgándole un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la Constitución española, es una institución garantizada y, simultáneamente, un derecho constitucional (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3), correspondiendo el desarrollo de su régimen jurídico al legislador que en cualquier caso debe respetar su contenido esencial, por mandato constitucional ex art. 32.2 CE (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 7).

Respecto a la segunda vertiente, el derecho a contraer matrimonio, o a no contraerlo, «se limita a asegurar la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no a asegurar a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro», añadiendo que «pese a la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la libertad positiva y negativa no (tiene) por qué ser homogéneo, y que el legislador ordinario (puede) atribuir [...] consecuencias a una y a otra manifestación», de manera «que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar o a la existencia de una alternativa de acción».

Por tanto, este tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, señalando que la convivencia *more uxorio*, «ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento» (ATC 204/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 3). Por ello, el legislador puede diferenciar respecto de las consecuencias que se derivan de la opción, por uno u otro régimen (por todas, STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 2).

En atención a ello, partiendo de que era constitucionalmente posible limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial, también en la STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4 que debían entenderse como tales exclusivamente las formas matrimoniales legalmente reconocidas. Y con base en ello, como quiera 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 con efectos de validez civil, no será posible afirmar, que suponga una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos el hecho de que no se reconozca dicha prestación si no consta vínculo matrimonial con el causante en alguna de las formas reconocidas legalmente.

No hay, por consiguiente, motivo para cambiar nuestro criterio en lo relativo al cauce matrimonial como modo de acceso a la pensión de viudedad, ya que por las razones antes resumidas y ampliamente expuestas desde 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 que haya en la norma una asociación entre el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social y la concurrencia de un vínculo matrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico, no siéndolo el matrimonio gitano.

5. Discriminación por motivos raciales o étnicos.

En segundo término, en relación con la pretensión subsidiaria de la demanda, debe afirmarse que tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo

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 las uniones de hecho debidamente formalizadas, pues es doctrina de este tribunal que la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica (SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo).

En efecto, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, dio una nueva redacción al art. 174 LGSS. En su apartado tercero estableció los requisitos que deben cumplir las parejas de hecho para tener acceso a la pensión de viudedad. Así, además de las exigencias de alta, cotización y situación de dependencia económica, estableció dos requisitos simultáneos para que el miembro superviviente de la pareja de hecho pudiera obtener la pensión de viudedad: (i) de un lado, la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años (a acreditar mediante el correspondiente certificado de empadronamiento); y (ii) de otro, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo como requisito, con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento, la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia) o su constitución en documento público.

Como ha señalado el Tribunal Supremo y recuerdan las partes personadas en este proceso constitucional, la solución por la que optó el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, la existencia de la pareja de hecho, sino que el nuevo art. 174.3 LGSS estableció dos exigencias diferentes: la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, *ad solemnitatem*, es decir, la verificación de que la pareja se había constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal» con dos años de antelación al hecho causante. De este modo, la pensión de viudedad que la norma vino a recoger no era en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas además al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que hubieran formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplieran el aludido requisito de convivencia.

La STC 40/2014, de 11 de marzo, regula los requisitos de acceso de las parejas de hecho a una prestación contributiva de la Seguridad Social, que deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente.

En la STC 45/2014, de 7 de abril, por su parte, se destaca que no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. Quiere ello decir que, a los efectos de la ley, no son parejas estables amparadas por su regulación las que no reúnan esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado «que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional». En efecto, al igual que reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, añadíamos que el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, por lo que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

En consecuencia, el apartado cuarto del art. 174.3 LGSS, en su inciso «[l]a existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o

ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», no vulnera el art. 14 CE. Y la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con la antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, porque busca atender a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de seguridad social.

Por todo ello, no resulta contraria al art. 14 CE la interpretación realizada en el proceso, de suerte que la pretensión de la demandante de que su unión no formalizada reciba el mismo trato que el otorgado a la relación de convivencia no matrimonial debidamente constituida no puede prosperar, no siendo contraria la diferencia de trato a la prohibición de discriminación.

Por lo demás, como se añade en la STC 60/2014, de 5 de mayo, y ya se adelantaba en el segundo fundamento jurídico de la presente resolución, no puede apreciarse la vulneración del art. 14 CE por traslación de lo mantenido en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que estimamos la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley como consecuencia de la denegación de una pensión de viudedad por falta de inscripción en el registro civil de un matrimonio canónico. Resulta inadmisibles esa pretensión de proyección de tal doctrina al presente proceso constitucional, en tanto que supondría identificar dos realidades jurídicas (matrimonio y convivencia extramatrimonial) que no resultan equivalentes y que están sometidas a un diverso régimen jurídico en materia de pensión de viudedad.

Por consiguiente, la desestimación de la pretensión de la demandante de amparo apreciada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de enero de 2018, no supone una discriminación directa en función del trato recibido por la unión convivencial no formalizada. Dicho en otros términos, lo que en el pasado daba fundamento a denegar la pensión por falta de matrimonio, no podría mantenerse en la actual realidad normativa al haberse extendido el derecho a otras uniones. Pero si no se produce una constitución en forma por los cauces previstos, el resultado final para un régimen de unión de convivencia *more uxorio* es equivalente al que se daba en el pasado en los supuestos de falta de vínculo matrimonial, puesto que la no satisfacción del requisito obsta el acceso a la cobertura social pretendida.

En síntesis, no amparando el art. 14 CE lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación», al no consagrar aquella previsión constitucional un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), y al no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos, no puede prosperar la denuncia formulada desde el prisma de la discriminación directa (art. 14 CE).

Como han señalado el Ministerio Fiscal y el INSS, no concurre en el presente caso una forma de discriminación directa de la etnia gitana, sino la consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria, de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho del vínculo, las cuales ni en sus formas civiles 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.

6. Exclusión de la concurrencia de discriminación indirecta.

Tampoco podría prosperar la denuncia por discriminación indirecta que la demanda apunta cuando, con cita del voto particular formulado en la sentencia recurrida, subraya que en la neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho puede verse afectado singularmente el colectivo gitano, debido a las características de sus tradiciones.

Aduce la demandante para justificar su pretensión que los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, que, por lo tanto, necesitan una protección especial, y que, visto el fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, no es posible desatender que la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura, sumada a la larga convivencia acreditada, ofrece sobradas garantías de que esa situación de pareja existe en tanto que perdura la convivencia entre sus dos componentes, superándose así el test necesario de satisfacción de la finalidad a la que se orienta la norma que obliga, con carácter general, a formalizar por alguna de las vías ya descritas la unión de hecho para acceder a la pensión de viudedad.

Desde la STC 145/1991, de 1 de julio, este tribunal incluye en la prohibición de discriminación del art. 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Esta vertiente indirecta de la discriminación ha sido definida, en esencia, con ocasión de discriminaciones por razón de sexo, aunque ya en la sentencia citada, 145/1991 de 1 de julio, FJ 2, se extendió a otras discriminaciones «por características personales», por lo que resulta posible como hipótesis apreciar su concurrencia en relación con otros factores de discriminación constitucionalmente prohibidos, entre los que cabe incluir también el étnico o racial que nos ocupa.

Por su importancia en la solución del caso, es también relevante resaltar que la discriminación indirecta puede darse no solo cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, por todas).

La prohibición de discriminación indirecta acoge el concepto elaborado en origen por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa vertiente de la prohibición de discriminación objeta aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en los que dicho grupo (aquí, según la demanda, los gitanos que siguen el rito de su cultura y no formalizan la relación convivencial por los cauces legalmente previstos) sufre consecuencias desiguales perjudiciales, motivadas por el impacto diferenciado y desfavorable de tratamientos formalmente iguales o incluso de tratamientos que – descontextualizados del impacto adverso que ocasionan– podrían considerarse razonablemente desiguales.

Se ha dicho ya que no existe una formal desigualdad de trato en la norma. Los preceptos rectores del reconocimiento de la pensión de viudedad no diferencian en función de razones étnicas, de suerte que, en una idéntica situación de no formalización de la relación de hecho, lo mismo que a la unidad convivencial de la etnia gitana, se le denegaría también la pensión a cualquier otra convivencia de pareja, al no concurrir en ninguno de los dos casos los requisitos imprescindibles para el acrecimiento de la prestación. Ahora bien, la aproximación al contraste de situaciones que fundamenta la queja desde la perspectiva de la discriminación directa no colma el mandato constitucional de prohibición de discriminación. Por el contrario, la vulneración del derecho fundamental también debería declararse si la interpretación de la norma, aun formalmente neutra en el trato a unos y otros, ocasionara en lo que ahora importa, en los convivientes de la etnia gitana, un impacto o resultado adverso.

Pues bien, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, no discrimina de modo indirecto a la recurrente en amparo. En efecto, no se advierte un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurren (por ejemplo ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo. Y es que ni las normas se definen o articulan por referencia a un factor étnico (discriminación directa), ya se ha

dicho, ni tampoco tienen un impacto mayor u objetivamente significativo y de más alcance en relación con los miembros de las uniones convivenciales de la etnia gitana.

Los argumentos que se aducen, relativos a la protección que precisa la comunidad gitana o al fuerte arraigo de sus tradiciones y a las garantías que, en su cultura y contexto comunitario, se otorga a la relación así nacida, se refieren a la hipótesis ya descartada de la discriminación directa, no así a la que ahora abordamos, y no solo ya por ausencia de datos que permitan acreditar otro resultado en función de evidencias estadísticas (por todas, SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 10), sino porque ni se justifica ni, antes incluso que eso, cabe advertir fundamento objetivo alguno de la existencia de un perjuicio mayor y verdaderamente desfavorable en la norma o en su aplicación, desde una perspectiva cualitativa o cuantitativa, en razón de pertenecer a esa minoría frente al que puede acarrear para cualquier otro colectivo que opte por la no formalización de sus relaciones de convivencia o por una formalización que carezca de validez civil.

Ha de insistirse, entonces, en que el ordenamiento jurídico no solo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso cuando se ha optado por dotar de efectos en materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna o prejuicios particularmente relevantes y característicos, cualitativos o cuantitativos, que diferencien y generen un mayor impacto o un impacto adverso singularizado, a los miembros de la etnia gitana en caso de incumplimiento de los requisitos y de no reconocimiento consiguiente de la pensión.

En síntesis, 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, no se advierte en la actual realidad normativa en la interpretación efectuada por la resolución recurrida, ni desde el prisma de la discriminación directa ni desde el propio de la indirecta, un trato discriminatorio por razones étnicas o raciales.

7. Diferencias con la STEDH asunto Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009.

Resta por analizar si el matrimonio de la recurrente resulta comparable y merece igual trato que el contraído conforme al rito gitano por la Sra. Muñoz Díaz, a la que este Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto, invocando el principio de no discriminación por motivos raciales o étnicos en la STC 69/2007, de 16 de abril, si bien después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de diciembre de 2009 estimó su recurso al entender que había resultado vulnerado el art.14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1 y el art. 1 del Protocolo núm. 12.

Más allá de que no hay por lo común dos casos iguales y de que siempre los perfiles casuísticos introducen alguna diferencia en el supuesto que sea objeto de enjuiciamiento y es sometido con otros a contraste, es lo cierto que los criterios tomados en consideración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquella sentencia no concurren en el presente caso. Así, aunque en efecto la entonces demandante y su compañero de vida, como ocurre en esta ocasión, pertenecían a la comunidad gitana, se casaron según los rituales propios de su comunidad, tuvieron varios hijos, contaban con libro de familia y vivieron juntos durante un largo período de tiempo, desde la fecha de su matrimonio hasta el fallecimiento, lo cierto es que en el supuesto ahora analizado la demandante carecía de elementos objetivos en que fundar la convicción sobre la validez de su matrimonio y que su unión como convivientes tampoco estaba formalizada, ya que había excluido de forma voluntaria la utilización de cualquiera de las formas que le hubieran permitido lucrar la pensión de viudedad. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de la

fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida, esto es, la idea de que el matrimonio contraído según sus propios ritos y tradiciones, es válido para dicha comunidad, aunque no lo sea para las autoridades nacionales que ciertamente no le otorgan validez civil.

Por otro lado, conviene subrayar que a diferencia del supuesto que examinamos en la STC 194/2014, de 1 de diciembre, en relación con un matrimonio contraído por el rito islámico carente de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español, no hay constancia alguna de que la administración reconociera la existencia y validez del matrimonio de la recurrente, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era soltera y extramatrimoniales los hijos habidos en común. Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial. Por ello, como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico 2 de la presente resolución, en esta ocasión no es posible atender a la buena fe de la demandante de amparo como canon de proporcionalidad en el juicio de la posible lesión del art. 14 CE, como hiciera en su día el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Muñoz Díaz c. España*, pues la recurrente en amparo Sra. Cortés Cortés era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, al haberse celebrado por un rito no reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y tampoco formalizó en momento alguno su relación *more uxorio* en el modo exigido por la legislación para el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad por el sistema nacional de Seguridad Social.

En definitiva, este tribunal comparte el criterio expresado por el Ministerio Fiscal y por el INSS, no observando vulneración del art. 14 CE en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha de 25 de enero de 2018, que ha sido impugnada.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la presente demanda de amparo promovida por doña Joaquina Cortés Cortés.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de enero de dos mil veintiuno.—Encarnación Roca Trías.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1343-2018

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la parte sustancial de la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido otorgarse el amparo a la demandante por vulneración de su derecho a no ser discriminada por razones de pertenencia a una minoría nacional (art. 14 CE).

Estoy en desacuerdo con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la

prestación por viudedad. Mi desacuerdo se refiere también al restringido alcance que se reconoce a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*.

I. La pertenencia a una minoría nacional y el origen étnico como criterios de prohibición de trato discriminatorio.

1. El art. 14 CE, al establecer los criterios de prohibición de trato discriminatorio, no se refiere expresamente a la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico, a diferencia de lo que se hace tanto en el art. 14 CEDH y en el art. 1.1 del Protocolo núm. 12 CEDH como en el art. 21.1 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» permite englobar criterios de dicha naturaleza dentro de la prohibición antidiscriminatoria constitucionalmente protegida si no se estima posible una interpretación más actualizada y flexible del concepto de raza que, manteniendo la intención originaria de prohibir cualquier discriminación por el color de la piel o por cualquier rasgo morfológico de las personas humanas, así como por la pertenencia a grupos caracterizados por tales rasgos, integre los antes expresados criterios con la suficiente amplitud y, al propio tiempo, eluda el riesgo de aceptar la raza como criterio tipológico, pues la centralidad de tal concepto en el texto de la Constitución para identificar discriminaciones de la índole de las que estamos examinando pudiera considerarse como una anacronía que inevitablemente evoca la teoría de la existencia de razas humanas, hoy rechazada con abrumadora mayoría en el mundo científico y del pensamiento.

En el ámbito regional europeo de los derechos humanos va consolidándose la idea de que el pueblo romaní constituye una minoría nacional. Así, en el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (núm. 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 («BOE» núm. 20, de 23 de enero de 1998), que representa el texto fundamental sobre el respeto a los derechos de estas minorías, diversos Estados parte, como Alemania o Macedonia del Norte, hicieron una declaración expresa de reconocimiento de sus nacionales de origen romaní como minoría a los efectos del Convenio. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la ya citada sentencia de 8 de diciembre de 2009, aceptó la aplicación de las normas de este convenio sobre minorías nacionales en el enjuiciamiento de la denegación de una pensión de viudedad a una mujer perteneciente a la comunidad romaní española.

No está, pues, controvertido que el pueblo romaní constituye una minoría discriminada y que, por tanto, resultan de aplicación a sus miembros las normativas antidiscriminatorias que, al margen de la prohibición general de discriminación reconocida en los textos fundamentales de derechos humanos (art. 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; art. 14 y Protocolo núm. 12 CEDH; arts. 20 a 22 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), aparecen desarrolladas, en el ámbito internacional, en el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 («BOE» núm. 118, de 17 de mayo de 1969), y, en el ámbito europeo, en el ya citado Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995 y en la Directiva 2000/43/CE 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 («DOCE» L 180, de 19 de julio de 2000).

2. Este cuerpo normativo y la jurisprudencia que emana de los tribunales encargados de su interpretación y aplicación se constituyen –a los efectos de la obligación de interpretación conforme de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce con los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (art. 10.2 CE)– como elementos referenciales del juicio de constitucionalidad que, desde la perspectiva del art. 14 CE, hay que desarrollar en relación con las resoluciones impugnadas.

Considero necesario destacar determinados aspectos de estas regulaciones que son relevantes para este caso. En primer lugar, la importancia que se reconoce al reconocimiento de las singularidades culturales y la prohibición de políticas de asimilación. Así, el art. 5 del Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995, establece, en el apartado primero, que «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»; y, en el apartado segundo, que «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».

En estos textos se hace hincapié en la aplicación de estas políticas antidiscriminatorias a los derechos económicos y, singularmente, a los que reconozca el sector público en materia de protección social y de seguridad social [art. 5 e) del Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; y art. 1.3 de la Directiva 2000/43/CE].

II. La prohibición de discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico.

3. La jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la prohibición del trato discriminatorio indirecto –en la mayoría de los casos por motivos de género– definiendo como tal la existencia de una norma o su interpretación o aplicación que, aunque sea formal o aparentemente neutra desde la perspectiva de los criterios de prohibición de trato discriminatorio, supone, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso en miembros de determinados grupos discriminados que carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o por no resultar idónea para el logro de tal objetivo (así, STC 110/2015, de 28 de mayo, FJ 6).

La discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico aparece también definida en el art. 2 de la citada Directiva 2000/43/CE cuando afirma que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

No siendo objetable la posibilidad de discriminación indirecta por estos motivos, no existe obstáculo alguno a la aplicación del parámetro de control desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia constitucional de nuestro país –también en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– en relación con la discriminación por motivos de género (así, por ejemplo, SSTC 110/2015, de 28 de mayo, FFJJ 6 a 8, o 91/2019, de 3 de julio, FJ 4). Conforme a este parámetro, para poder establecer que se ha producido un trato discriminatorio indirecto resulta preciso, partiendo de la existencia de una norma o práctica judicial o administrativa formalmente neutra desde la perspectiva del criterio antidiscriminatorio, en primer lugar, determinar la existencia de una desventaja particular para el grupo formado por ciudadanos de la minoría nacional o grupo étnico de referencia para, posteriormente, comprobar si esa diferencia de trato responde a una medida de política social legítima, justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por estos motivos, adecuada para alcanzar la finalidad perseguida y que no exceda de lo que es necesario a tal fin.

4. La única resolución en la que el Tribunal se ha pronunciado sobre la discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico es la STC 69/2007, de 16 de abril. Esta sentencia versa, como ocurre en el caso enjuiciado, sobre la denegación de una prestación de viudedad fundada en la negativa a equiparar una unión de vida celebrada conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní con las uniones matrimoniales reconocidas estatalmente. En aquel caso el Tribunal concluyó que no se había producido un trato discriminatorio indirecto. Aquella decisión, sin embargo, no fue compartida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la ya citada STEDH de 8 de diciembre de 2009 concluyó que sí había existido una vulneración del art. 14 CEDH, en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia defiende de manera extensa que los supuestos enjuiciados en aquel caso y en el presente tienen contextos normativos y objetos diferentes, cosa que imposibilita alcanzar la misma conclusión. En aquel caso –se argumenta– la normativa reguladora de la prestación de jubilación quedaba restringida a las uniones matrimoniales registradas. Por consiguiente, el análisis del posible trato discriminatorio indirecto se hacía comparando estas uniones matrimoniales con las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní. En el presente caso –se concluye– la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, admite la generación del derecho a pensión en las uniones de vida no matrimoniales registradas, por lo que la comparación se produce entre la unión de vida registrada y la unión de vida no registrada, por más que esta se haya celebrado conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

Se me hace difícil aceptar que –sin incurrir en el vicio lógico de la distinción irrelevante– estas diferencias impidan aplicar a este caso las razones operativas en que se apoya la citada STEDH de 8 de diciembre de 2009, partiendo del principio de protección de las minorías nacionales y culturales e incluyendo el principio de la buena fe de la demandante como elemento significativo en el juicio de proporcionalidad sobre una posible lesión del art. 14 CE. Considero, por las razones que desarrollaré a continuación, en línea con el voto particular formulado por dos de las magistradas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la sentencia impugnada en este recurso de amparo –cuya fundamentada opinión comparto–, que en este caso se ha producido una discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional por el diferente tratamiento dispensado para lucrar la prestación de viudedad, por una parte, a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní y, por otra, a las uniones de vida no matrimoniales que hayan resultado inscritas en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o formalizadas mediante documento público en el que conste la constitución de dicha unión de vida.

III. La discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico por la denegación de la prestación de viudedad a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

5. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia argumenta que la norma reguladora de la prestación de viudedad y su interpretación y aplicación en las resoluciones impugnadas no suponen una discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico. Dicha opinión se funda en que no concurre el presupuesto para la existencia de este tipo de discriminación, a saber, la existencia de un perjuicio que revele efectos desfavorables para los miembros del pueblo romaní respecto de otros colectivos que opten por la no formalización de su unión de vida –bien sea a través de uniones matrimoniales registradas o uniones de vida inscritas en registros públicos–. Se argumenta que la aplicación que se ha realizado de la normativa vigente no tiene un impacto mayor u objetivamente significativo y de más alcance en relación con los miembros de las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

Discrepo de esta afirmación. La jurisprudencia constitucional ha establecido, que, para determinar de la existencia de efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente por personas integradas en el criterio de prohibición de trato discriminatorio, «la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el tribunal (STC 253/2004, FJ 8)» (STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4).

6. Ante la falta de datos estadísticos más precisos —explicable por la prohibición del uso de datos identificativos de la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico en los censos de población—, diferentes estudios estiman que los miembros del pueblo romaní residentes en España serían entre 650 000 a 800 000 personas, lo que representaría en torno al 1,57 por 100 de la población española [datos elaborados por el Consejo de Europa y utilizados por la Comisión europea en el documento «Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020», de 5 de abril de 2011, COM(2011) 173 final]. Estos datos se elevan de 725 000 a 750 000 e incluso hasta un millón en la Estrategia nacional para la inclusión social de la población gitana en España 2012-2020, aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2012. El «Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza», elaborado en 2019 por Iseak y la Fundación Secretariado Gitano, se llegan a manejar cifras que oscilarían entre las 800 000 y 1 500 000 personas.

No menos complejo es establecer los datos sobre la situación de estado civil en la comunidad romaní. En el trabajo «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas a hogares de población gitana 2007», publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en el año 2011, se afirma que el porcentaje de familias romaníes compuestas de manera nuclear por un matrimonio —con o sin hijos— es del 64,1 por 100, frente al de la población general, que es del 54,7 por 100; y que la unión de vida por su rito cultural tradicional de forma exclusiva está presente en un 28 por 100 de las personas casadas de esta comunidad, mientras que el resto formaliza esta unión de manera combinada con la religiosa o la civil. Se señala, significativamente, que, atendiendo a la proporción por grupos de edad de miembros de la comunidad con uniones de vida celebradas conforme a sus tradiciones no registradas, podría estar aumentando la proporción de quienes se deciden por uniones tradicionales no inscritas. Por contraposición, en la población general, según datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística respecto de 2001, solo un 6 por 100 de las uniones censadas en España eran de hecho frente a las que estaban formalmente registradas como matrimonio; y en la población general se ha mantenido en torno al 15 por 100 el número de parejas que optan por uniones de vida frente al 85 por 100 que lo hacen por el matrimonio entre los años 2014 a 2019, según la «Encuesta continua de hogares» del Instituto Nacional de Empleo.

Con una prevalencia de estas características de las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní no inscritas en registros específicos habilitados al efecto o formalizadas mediante documento público, no puedo compartir la opinión —salvo que se acepte como criterio inspirador un positivismo formalista estricto— de que la neutralidad de la mera exigencia de la inscripción o formalización pública de estas uniones no implica para la comunidad romaní, en mayor proporción que para la población general, un perjuicio cuantitativo derivado de la imposición de un requisito adicional para acceder a la prestación de viudedad consistente en realizar actos de formalización para completar la tradicional unión de vida universal y ancestralmente reconocida. Antes bien, estimo que la argumentación contraria se impone de manera concluyente.

7. Cualitativamente, este prejuicio también aparece especialmente como relevante para los miembros de esta minoría nacional derivado de la doble circunstancia de que, por un lado, la pensión de viudedad se constituye como una prestación contributiva que se vincula a periodos de cotización no despreciables (alta o situación asimilada al alta de 500 días dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento o quince años a lo largo de toda la vida laboral); y, por otro, que, de acuerdo con el ya citado «Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza» (2019), la comunidad romaní presenta un desempleo de larga duración que afecta al 70 por 100 de las mujeres y al 76 por 100 de los varones, con una cronicidad – más de cuatro años desempleados– que afecta al 30 por 100 de ellas y al 42 por 100 de ellos, con una incidencia notablemente superior a la de la población general; pues las probabilidades de tener un empleo de la población general es del 63,1 por 100, mientras que la de la población gitana es del 29,9 por 100.

Parece que en un contexto de tan alta incidencia de desempleo y de muy larga duración en la comunidad romaní que, a su vez, se convierte en una seria dificultad para el cumplimiento de los requisitos temporales de cotización para lucrar esta prestación de viudedad, impedir su acceso a los miembros de esta minoría que pueden reunir este requisito por establecer una unión de vida conforme a sus tradiciones culturales sin inscripción formal en registros específicos supone también desde esta perspectiva un perjuicio cualitativo relevante en relación con la población general.

8. Antes de formular una conclusión sobre la existencia de efectos desfavorables para los miembros del pueblo romaní respecto de otros colectivos que opten por la no formalización de su unión de vida, no puedo dejar de referirme al hecho de que del perjuicio que origina este tratamiento podría derivarse un cierto sesgo de discriminación indirecta por motivos de género, el cual suscitaría la duda sobre si la situación creada envuelve una dimensión de discriminación interseccional. Según datos oficiales correspondientes al Anuario de 2019 del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de las 1 625 640 personas que cobran la pensión de viudedad, 61 911 son varones y 1 563 712 son mujeres. Esta situación se ve acrecentada por la singular circunstancia de que en la comunidad romaní, según los datos aportado en el ya citado trabajo «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas a hogares de población gitana 2007», el sustentador principal de la familia nuclear compuesta por un matrimonio con o sin hijos es el varón en el 83 por 100 de los casos.

En conclusión, creo que las cifras expuestas ponen de manifiesto que sí existen efectos desfavorables para los miembros del pueblo romaní respecto de otros colectivos que opten por la no formalización de su unión de vida –bien sea a través de uniones matrimoniales registradas o uniones de vida inscritas en registros públicos– en cuanto al cumplimiento de este requisito para la obtención de la pensión de viudedad.

9. Una vez constatada la aparente neutralidad de la exigencia controvertida y demostrado que genera unos efectos desfavorables estadísticamente significativos a los miembros de la minoría romaní, especialmente a las mujeres de esta comunidad, la conclusión sobre la existencia de un trato discriminatorio indirecto quedaría acreditada, en los términos ya expuestos, si esa diferencia de trato no responde a una medida de política social legítima, justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por estos motivos, adecuada para alcanzar la finalidad perseguida y que no exceda de lo que es necesario a tal fin.

A estos efectos, creo que no es preciso un desarrollo más extenso que el expuesto sobre esta cuestión en el voto particular formulado a la sentencia de casación impugnada, cuando las magistradas disidentes señalan que, tomando como punto de partida consideraciones antropológicas referidas a esta comunidad, la unión de vida celebrada conforme a sus tradiciones culturales, con independencia de su ineficacia jurídica, tiene un indubitado valor comunitario que hace redundante e innecesaria la común exigencia para la población general del cumplimiento de las formalidades de su inscripción en registros específicos. En última instancia, si la regla de la exigencia de

inscripción se vincula como medio probatorio para acreditar la existencia de una unión de vida, la realidad cultural de la comunidad romaní respecto de este tipo de uniones supera la satisfacción de la finalidad buscada con dicha exigencia, convirtiéndola en desproporcionada desde la perspectiva de la prohibición de discriminación.

Por tanto, creo que conforme a parámetros asumidos como estándares por la jurisprudencia constitucional, por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la verificación de que se ha producido una discriminación indirecta, el caso enjuiciado en el presente recurso de amparo reúne todas las características necesarias: (i) el tratamiento dispensado a la demandante de amparo es formalmente neutro desde la perspectiva de cualquier criterio discriminatorio prohibido; (ii) este tratamiento supone una desventaja particular estadísticamente significativa tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa para los miembros de la comunidad romaní que, de conformidad con ancestrales tradiciones culturales, acceden a la conformación de uniones de vida al margen de formalidades legales en un porcentaje importante, con una especial afectación a las mujeres, en tanto que son las mayoritariamente potenciales beneficiarias de esta prestación de viudedad; y (iii) la exigencia controvertida de la inscripción de la unión de vida en un registro específico o mediante la formalización de un documento público, que es por completo ajena a su tradición cultural, cumple una finalidad de garantía que, aun siendo legítima, queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la solidez de la tradición cultural de la unión de vida celebrada conforme al rito romaní.

10. Al margen de lo expuesto, en línea con la jurisprudencia establecida en la citada STEDH de 8 de diciembre de 2009, también defendí en la deliberación que no cabía excluir la concurrencia de la buena fe de la demandante de amparo como elemento relevante del juicio de proporcionalidad de la posible lesión del principio de no discriminación.

Debo hacer explícita también aquí mi opinión en el sentido de que en dicha resolución se destacaron como circunstancias determinantes para valorar la buena fe de la demandante no solo los actos más o menos concluyentes de la administración pública que pudieran haber generado una expectativa legítima sobre la validez de su unión de vida –lo que hubiera podido ser aplicado en hipótesis a cualquier otra persona que no formara parte de la comunidad romaní– sino, específicamente, aquellos vinculados a su pertenencia a esta minoría nacional. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos toma en consideración su pertenencia a una comunidad en el seno de la cual la validez de la unión de vida según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerada contraria al orden público por las autoridades nacionales, destacando «que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada» (§ 59), a partir de lo cual se enfatiza la necesidad del respecto a las minorías (§ 60 y 61) y se recuerda que, conforme al Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, los Estados están obligados a tener debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales (§ 64).

Por otra parte, en el presente caso, al igual que en el supuesto enjuiciado en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, concurre la circunstancia de que la demandante celebró su unión de vida en el año 1974. Este aspecto también fue ponderado en aquella ocasión, en la que se destacó que entonces solo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica (§ 57). El hecho de que con posterioridad existiera la posibilidad de formalizar la unión como un matrimonio civil registrado o conforme a cualquiera de las celebraciones religiosas con validez estatal o incluso mediante la formalidad de la mera inscripción en un registro específico de uniones de vida no impide apreciar la existencia de un trato discriminatorio por pertenencia a una minoría nacional. Como también advierte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquella resolución, aceptar esta tesis supondría una modificación de los elementos litigiosos que vaciaría de contenido la prohibición de discriminación (§ 70). Por mi parte, no puedo dejar de mostrar mi recelo frente a un argumento que ofrece el riesgo de poder ser instrumentado en

otros contextos para defender planteamientos de asimilación alejados de los postulados constitucionales sobre protección de las minorías.

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil veintiuno.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.