

Las injustificadas expectativas generadas por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009, en el asunto Muñoz Díaz – España.

Carmen Montesinos Padilla *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTUALIZACIÓN JURÍDICA DEL CASO. 2.1. La libertad de conciencia, el derecho al matrimonio y los principios de igualdad y de laicidad del Estado. 2.2. Sistemas matrimoniales: el sistema matrimonial facultativo del ordenamiento jurídico español. a) Los distintos sistemas matrimoniales de los Estados parte en el CEDH. b) El sistema matrimonial del ordenamiento jurídico español. c) La convivencia *more uxorio* en España. 3. RELATO DE HECHOS. 4. LA STEDH EN EL ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA. 4.1. Historia procesal. a) Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid núm. 12, de 30 de mayo de 2002. b) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002. c) Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007. d) La demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4.2. Legislación interna y europea aplicable. 4.3. Fundamentos jurídicos. a) Sobre la vulneración del art. 14 CEDH en conexión con el art. 1 del Protocolo Adicional núm.1 al CEDH, de 20 de marzo de 1952. b) Sobre la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 12 del CEDH. 4.4. Voto particular del juez Myjer. 4.5. La ejecución en España de la STEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España*. a) Consideraciones previas: sobre el carácter obligatorio, definitivo y declarativo de las sentencias del TEDH. b) La ejecución en España de la STEDH de 8 de diciembre de 2009. 5. EL ALCANCE DE LA STEDH EN EL ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

La reciente condena declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra las autoridades españolas mediante su sentencia de 8 de diciembre de 2009 en el asunto *Muñoz Díaz c. España*, por cuanto ha conseguido generar entre la población española de etnia gitana ciertas expectativas, legítimas en atención al cada vez más relevante rol que desempeña el Tribunal de Estrasburgo en lo que a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en el contexto europeo se refiere, pero más que cuestionables desde el punto de vista de su fundamentación, se ha convertido en los últimos meses en el punto de mira de los más destacados estudiosos sobre la materia.

En el siguiente artículo se presenta al lector un somero análisis de la referida sentencia con la finalidad de poner en entredicho la opinión de aquéllos que han querido ver en esta resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos un paso firme hacia un concepto de justicia que rebase sus propios

* Universidad de Jaén, España.

límites formales y que, efectivamente, tan necesario resulta en un entorno social como en el que, a día de hoy, se encuentra inmersa la población española.

Con tal objeto se pretende, en primer lugar, contextualizar jurídicamente el caso, concretando para ello la relación jurídica existente entre el derecho a la libertad de conciencia del artículo 16 de la Constitución española y el derecho al matrimonio a que se refiere el artículo 32 del mismo texto legal, para lo que no parece fuera de lugar una sucinta referencia al específico sistema matrimonial por el que, de entre las distintas alternativas por las que han optado las Altas Partes contratantes de la Convención de Roma, se ha decantado el legislador español.

Pero es que, además, resulta aquí especialmente interesante mencionar el estatuto jurídico que se ha reservado a las convivencias extramatrimoniales, esto es, a las convivencias de hecho, a las que, en el ordenamiento jurídico español, han acabado por asimilarse los matrimonios celebrados de conformidad con los usos y costumbres del rito gitano.

Una vez que se ha presentado al lector una visión panorámica sobre la situación jurídica en España del matrimonio y, concretamente, de las uniones celebradas mediante el rito gitano, se procederá a un análisis de la sentencia de Estrasburgo para, habiendo aclarado el alcance real de la resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que a su ejecución en los Estados condenados se refiere, apuntar una serie de reflexiones personales acerca de la limitada repercusión de este concreto pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo en cuanto al reconocimiento de las uniones gitanas como verdaderas uniones matrimoniales, y ello por no instarse en la misma modificación alguna en el sistema español en cuanto a un reconocimiento jurídico de matrimonios no limitado por factores religiosos, esto es, por no impulsar la adopción de una concepción amplia de matrimonio que dé cabida a manifestaciones culturales de tipo étnico, sobre todo teniendo en cuenta que, aún siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una jurisdicción encargada del análisis de los casos concretos, no son pocas las ocasiones en las que el mismo ha otorgado a sus sentencias un carácter abstracto que va más allá de la *restitutio in integrum* de la víctima que se ha visto vulnerada en su derecho.

2. CONTEXTUALIZACIÓN JURÍDICA DEL CASO.

2.1. La libertad de conciencia, el derecho al matrimonio y los principios de igualdad y de laicidad del Estado.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH o Convención de Roma), reconoce en su artículo 9 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹.

Pese a la inexistencia de un acuerdo doctrinal generalizado acerca del tipo de relación (de pertenencia, identificación o independencia) predicable entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa, aquí partiremos de la consideración de que cualquier sistema de valores y creencias, con independencia de que sean o no religiosas, afecta al individuo de tal modo que, a priori, no debiera reconocerse un tratamiento jurídico privilegiado a las ideas religiosas sobre aquellas que no lo son. En otros términos, aquí entenderemos que la libertad de conciencia es el género y la religiosa, la especie.

1 **Artículo 9 CEDH. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Podríamos definir el derecho subjetivo a la libertad de conciencia como el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, unas u otras opiniones, así como el derecho a expresarlas, a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a actuar en contradicción con las mismas², teniendo en cuenta que en esta última dimensión no se está haciendo referencia de forma exclusiva a los supuestos de objeción de conciencia, sino también al derecho a que lo libre en conciencia sólo pueda ser restringido por la norma de forma justificada y razonada³.

La conciencia, desde la perspectiva jurídica, se encuentra en la base de la dignidad de la persona, que no es sino el sustrato último del sistema de libertades y derechos fundamentales, de modo que la conciencia y la dignidad personal son dos conceptos implicados entre sí.

La Constitución Española (CE) garantiza, en el apartado 1º de su artículo 16, la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. Por su parte, el apartado 3º del mencionado precepto concreta que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”⁴.

Siguiendo a BARBIER, podríamos entender que la laicidad de un Estado abarca dos dimensiones o nociones complementarias referidas, respectivamente, a la separación entre el Estado y la religión y a la neutralidad del Estado ante las creencias religiosas⁵.

En España, la separación entre el Estado y la Iglesia se deduce del art. 16.3 CE y supone, por un lado, que el Estado no pueda tomar decisión alguna en el ámbito de su competencia como Estado sobre la base de motivos religiosos en cuanto tales ni intervenir en los asuntos internos de las confesiones religiosas⁶ y, por otro, que las entidades religiosas ni forman parte del aparato del Estado, ni son equiparables a las entidades públicas⁷. Así puede decirse que, mediante el principio de separación del Estado con las confesiones religiosas, se garantiza el igual derecho de todos y cada uno de los ciudadanos a la libertad de conciencia y se impide cualquier discriminación en razón de las creencias, religiosas o no, de todos y cada uno de los ciudadanos.

Por su parte, la neutralidad del Estado es una consecuencia obligada de los artículos 14 y 16 de la Constitución Española, así como del pluralismo consagrado como valor superior del ordenamiento en el art. 1.1 CE⁸. La neutralidad implica que el Estado sea imparcial respecto a las convicciones y

2

Llamazares Fernández, 2002, pp. 22-23.

3

Murillo Muñoz, 2006, p. 104.

4 En la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 46/2001, de 15 de febrero y, especialmente, en la STC 128/2001, de 4 de junio, el Alto Tribunal español declara que el art. 16.3 CE consagra la “laicidad positiva” del Estado, dejando así ya de lado la tradicional “aconfesionalidad” española, que algunos sectores de la doctrina habían intentado interpretar como algo distinto a la laicidad. Concretamente, en el FJ 3º de la STC 128/2001 se establece que “(...) como especial expresión de tal actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas, el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (...), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de confesionalidad o *laicidad positiva*, que veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales (STC 177/1996)”.

5 Barbier, 1995, pp. 88-89.

6 Esta autonomía interna de las confesiones religiosas encuentra su plasmación en el art. 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1981, que establece que “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su propia identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación”.

7 Llamazares Fernández, 2002, Op. cit., pp. 319 y ss.

8 Art. 1 CE: 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

creencias de sus ciudadanos siempre que se respeten los valores fundamentales definidores de la identidad del Estado, garantizando así la libertad individual⁹.

En el ordenamiento español el derecho a contraer (o no) matrimonio (art. 32 CE) se relaciona con el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE) y con la libertad de conciencia o libertad ideológica (art. 16 CE). Esta conexión atrae la consideración de dos principios que delimitan el desarrollo de dicha libertad, cuales son el principio de igualdad (art. 14 CE) y el principio de laicidad del Estado. En cualquier caso, cabe aquí preguntarse de qué tipo de matrimonio hablamos cuando nos referimos al artículo 32 CE¹⁰.

2.2. Sistemas matrimoniales: el sistema matrimonial facultativo del ordenamiento jurídico español.

a) Los distintos sistemas matrimoniales de los Estados parte en el CEDH.

Para intentar concretar a qué tipo de matrimonio se refiere el art. 32 de la Constitución española debemos comenzar considerando que es posible hablar de diferentes modalidades de sistema matrimonial en función de la posición que adopte el Estado de que se trate frente a la libertad religiosa y a su ejercicio.

Por un lado, en los Estados con sistema matrimonial civil único (es el caso, en Europa, de Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Holanda y Luxemburgo), el matrimonio religioso no es reconocido y, por tanto, no tiene efectos civiles, si bien ello no significa que esté prohibida su celebración en consonancia con el reconocimiento del derecho fundamental de la libertad religiosa. No obstante, es regla general que se prohíba dicha celebración con anterioridad al matrimonio civil, así como que dicha prohibición venga reconocida en la legislación penal, aunque ello no obsta que también pueda quedar establecida a nivel constitucional. Por otro, en los Estados en los que existe un sistema matrimonial facultativo o de pluralidad de formas, se reconoce el matrimonio civil, pero también se reconocen efectos civiles a ciertos matrimonios de tipo religioso. En algunos de los Estados en los que se establece este tipo de sistema matrimonial es habitual que dichos matrimonios de tipo religioso se asimilen a las convivencias *more uxorio* o convivencias extramatrimoniales, lo que conduce a la falta de pleno reconocimiento de efectos civiles a los mismos.

En el sistema matrimonial facultativo o de pluralidad de formas podemos diferenciar dos subclases en atención a la graduación de los efectos civiles que se reconozcan a los matrimonios de tipo religioso: el sistema facultativo de tipo anglosajón y el sistema facultativo de tipo latino.

En el sistema facultativo de tipo anglosajón suele preverse la celebración del matrimonio según las normas rituales de la Iglesia oficial, de la confesión o confesiones reconocidas e incluso de aquellas otras confesiones que, aún no siendo reconocidas, cuentan con ministros de culto expresamente

Art. 14 CE: Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Art. 16 CE: 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su propia ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.

9 Amérigo, en Paulino Ayuso, 2007, p. 64.

10 Art. 10 CE: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Art. 32 CE: 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

autorizados por la autoridad estatal competente. En estos países suele ser obligatorio llevar a cabo unos preliminares al matrimonio a cargo del funcionario o encargado del Registro Civil competente, salvo cuando se hayan delegado en el ministro de culto, lo que suele establecerse para aquellos supuestos de celebración de matrimonios religiosos conforme al ritual de la religión oficial.

Por su parte, la modalidad latina del sistema facultativo supone la aceptación del derecho sustantivo material de ciertas confesiones religiosas, esto es, no sólo se reconoce una forma de matrimonio sino un derecho matrimonial religioso vía actos de jurisdicción de la confesión, a los que se reconoce efectos civiles.

b) El sistema matrimonial del ordenamiento jurídico español.

España es un Estado aconfesional/laico regido por los principios de libertad religiosa (art. 16 CE) y de igualdad (art. 14 CE). No obstante, si bien en España es posible hablar de separación entre Iglesia y Estado, ello no implica una valoración negativa del hecho religioso¹¹, y de ello son muestra las relaciones de cooperación entabladas entre el Estado español y algunas de las Iglesias y confesiones religiosas presentes (Iglesia Católica, Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España – FEREDE-, Federación de Comunidades Israelitas de España –FCI- y Comisión Islámica de España – CIE-) a través de Acuerdos (de 10 de noviembre de 1992) en cuyos contenidos se han establecido disposiciones para el reconocimiento de los matrimonios religiosos celebrados conforme a la normativa confesional, si bien debe diferenciarse entre el matrimonio canónico y el resto de matrimonios religiosos.

La vigente Constitución de 1978 supuso un importante cambio en el sistema matrimonial español, caracterizado hasta el momento por una lucha continua entre el matrimonio civil y el católico por la prevalencia en nuestro ordenamiento, un enfrentamiento que, con el impulso de la Instrucción de la Dirección General de Registros de 22 de marzo de 1974, desembocaría en la instauración de un sistema facultativo o de pluralidad de formas que fue confirmado con la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1 de diciembre de 1977 y con la Instrucción de la Dirección General de Registros, de 26 de diciembre de 1978, que prohibía la indagación sobre las creencias religiosas de los contrayentes.

La falta de claridad del artículo 32 CE y de la Ley de 7 de julio de 1981 de reforma del Código Civil, así como el Acuerdo de Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español, de 3 de enero de 1979, condujeron al reconocimiento de la existencia en España de un sistema facultativo o de pluralidad de formas de carácter híbrido pues, por un lado, pueden reconocerse dos modalidades de matrimonio, dos instituciones autónomas regidas por distintos Derechos, el matrimonio civil y el canónico y, por otro, mediante los Acuerdos de 10 de noviembre de 1992, se reconocen las formas de celebración matrimonial evangélica, islámica e israelita, si bien éstos no dejan de ser matrimonios meramente civiles.

En definitiva, en España cabe tanto la celebración de matrimonio civil como de matrimonio religioso, ya sea canónico o evangélico, judío o islámico, si bien no existe el mismo alcance en cuanto al reconocimiento de efectos civiles a todos ellos.

El Código Civil (Cc) regula el matrimonio en sus artículos 42 y siguientes. Los requisitos para el matrimonio quedan regulados en los artículos 44 a 48 (consentimiento, mayoría de edad, inexistencia de vínculo matrimonial, inexistencia de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción y de parentesco por línea colateral por consanguinidad hasta el tercer grado, inexistencia de condena como autor o cómplice de la muerte dolosa del cónyuge de alguno de los contrayentes) y suponen la necesaria capacidad para contraer matrimonio, que debe acreditarse en expediente previo (art. 56 Cc)

11

Gutiérrez del Moral, 2003, p. 149.

tramitado conforme a la legislación del Registro Civil. El matrimonio produce efectos desde su celebración, pero para el pleno reconocimiento es necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 61 Cc), de modo que si no se hubiera realizado el expediente previo, al encargado del Registro le corresponderá, antes de la inscripción, comprobar que concurren los requisitos legales para su celebración.

Los matrimonios canónicos si no cumplen con los requisitos civiles mínimos no podrán ser inscritos y no adquirirán efectos, de modo que sólo producirán los efectos de un matrimonio putativo (art. 79 Cc), lo que dará lugar a matrimonios válidamente celebrados conforme al Derecho canónico, pero inexistentes o nulos para el Derecho civil.

Una vez celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote asistente entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil. No obstante, el párroco en cuya jurisdicción se celebró el matrimonio deberá, en el plazo de cinco días, transmitir al encargado del Registro que corresponda el acta del matrimonio para su oportuna inscripción. Así, si bien es cierto que en caso de incumplimiento de esta formalidad legal no se impondrá sanción alguna y que la misma podrá cumplirse en cualquier momento, no parece que los cónyuges puedan eludirla, sin olvidar que los efectos se producen desde el momento de su celebración sin que la falta de inscripción pueda afectar a terceros de buena fe.

Por su parte, los Acuerdos de cooperación configuran con gran similitud la situación jurídica y la colaboración entre la Comunidad Evangélica, la Comunidad Islámica y la Comunidad Judía y el Estado español. Los matrimonios religiosos no católicos quedan sujetos a todos los efectos a la normativa civil, excepto en cuanto a la forma ritual utilizada. Se exige la presencia del ministro de culto de la Federación correspondiente y de dos testigos mayores de edad. Estos matrimonios tendrán también efectos desde su celebración, pero para su pleno reconocimiento es igualmente precisa su inscripción en el Registro Civil, para lo que no existe un plazo determinado. Los Acuerdos establecen que, tras la celebración, el ministro de culto o autoridad oficiante enviará al Registro la certificación acreditativa de la celebración de modo que, como en el matrimonio canónico, en el momento de la inscripción el encargado del Registro comprobará que se cumplen con todos los requisitos civiles pues, en caso contrario, no procederá su inscripción y sólo será reconocido como matrimonio putativo.

c) La convivencia *more uxorio* en España.

Aclarado ya el tipo de sistema matrimonial vigente en España desde hace ya más de veinte años, resulta ahora pertinente hacer una sucinta referencia al estatus jurídico que en el ordenamiento español se reconoce a las convivencias de hecho, en especial en lo concerniente a las pensiones de viudedad, y ello desde el momento en el que el matrimonio celebrado de conformidad con los usos y costumbres del rito gitano ha sido asimilado por la jurisprudencia española a la convivencia *more uxorio*¹².

En España, durante muchos años, la convivencia de hecho no ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestros tribunales ni como una institución jurídicamente garantizada, ni como una plasmación de un derecho constitucional a su establecimiento.

La regulación legal de la pensión de viudedad previa a la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, únicamente reconocía este derecho al cónyuge superviviente y a los excónyuges, de modo que el vínculo matrimonial actuaba como condición inexcusable para poder alcanzar la condición de beneficiario. El ordenamiento español únicamente ha prescindido del vínculo matrimonial en los

¹² Vid., entre otros, Rodríguez Cardo, 2007, pp. 13-33.

supuestos en los que la ausencia de formalización se debía a la imposibilidad jurídica de romper un matrimonio anterior contraído por uno de los convivientes con un tercero¹³.

Ejemplo paradigmático de esta tendencia jurisprudencial lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre. El Alto Tribunal español ya se había pronunciado previamente en cuanto a la concesión de pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho en varios recursos de amparo, cuya admisión rechazó asentando una doctrina que reiteraría en muchas ocasiones posteriores y que se basaba en la calificación del matrimonio y de la convivencia extramatrimonial como dos realidades no equivalentes, de tal manera que se justificaba plenamente que el legislador dedujera consecuencias distintas para cada una de dichas realidades y, en concreto, en cuanto a la concesión de pensiones de viudedad. Pero en 1988 se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre la exigencia de la existencia de matrimonio previo para tener derecho a tal prestación¹⁴, que el Tribunal Constitucional (TC) resolvió con la referida sentencia 184/1990.

El TC, en primer lugar, consideró que el artículo 10.1 CE no podía servir de fundamento para sostener el derecho a la pensión de viudedad en caso de convivencia extramatrimonial, pues el libre desarrollo de la personalidad sólo se vería vulnerado “si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial” (FJ 2º). En segundo lugar, respecto del artículo 39.1 CE, el Alto Tribunal entendió que no eran necesariamente incompatibles con el mismo aquellas medidas de los poderes públicos que otorgaran un trato distinto y más favorable a una unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras que facilitasen o favorecieran el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre que con ello no se coartara ni se dificultase irrazonablemente a quienes decidieran convivir extramatrimonialmente (FJ 2º)¹⁵. En cuanto al art. 14 CE, el Tribunal reitera aquella doctrina por la que se considera al matrimonio y a la convivencia de hecho como dos realidades distintas de las que el legislador puede deducir consecuencias también diferentes, sin que de ello se desprenda violación alguna del principio de no discriminación¹⁶. Finalmente, la sentencia incluye dos votos disidentes en torno al fundamento que el Tribunal Constitucional reconoce a las pensiones de viudedad pues, por un lado, para el Magistrado GIMENO SENDRA la convivencia de hecho goza de protección constitucional desde el momento en el que el art. 39 CE protege tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial y, por otro, para el Magistrado LÓPEZ GUERRA, el art. 160 Ley de Seguridad Social vulneraba el principio de no discriminación en tanto que utilizaba un criterio ajeno a los objetivos de la Seguridad Social para establecer una diferencia de trato entre situaciones idénticas de daño económico que carecía de justificación razonable.

13

La Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, añade como causa para solicitar las prestaciones de muerte y supervivencia la convivencia marital de hecho cuando los convivientes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente -durante la dictadura franquista estaba prohibido el divorcio-. Esta Disposición Adicional revivió tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ya que algún juzgado de lo social ha recurrido por analogía a ese precepto para reconocer pensiones de viudedad en caso de parejas homosexuales en situación similar tras la entrada en vigor de la Ley que reconoce esa modalidad matrimonial. En este sentido, Vid. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005 y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo, de 21 de mayo de 2006.

14

Art. 160 de la ya reformada Ley General de Seguridad Social y art. 174.1 del Texto Refundido de 20 de junio de 1994.

15 Art. 39 CE: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

16

No obstante, en el FJ 3º de la sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, el TC concluye afirmando que el legislador podría extender las pensiones de viudedad a las uniones de hecho, pues dicha extensión sería tan compatible con la Constitución como el no equiparar ambas situaciones.

La doctrina de la sentencia 184/1990 y de sus votos particulares fue reiterada en decisiones posteriores¹⁷, pero sería matizada a través de la propia interpretación que el TC atribuyó a la excepción reconocida en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981¹⁸. Además, con la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de medidas de Seguridad Social, de 4 de diciembre, se lleva a cabo una profunda reforma del Sistema de Seguridad Social que incide especialmente sobre la configuración de las prestaciones por muerte y supervivencia. La novedad más relevante estriba en el reconocimiento de la condición de beneficiario de esta clase de pensiones al conviviente de hecho, opción que finalmente se reconoce como no concurrente con la configuración constitucional del matrimonio (STC 69/2007, de 16 de abril)¹⁹.

3. RELATO DE HECHOS.

La sentencia objeto de este comentario trae causa de la negativa de las autoridades españolas a abonar a la demandante pensión de viudedad tras el fallecimiento en el año 2000 del padre de sus seis hijos, con el que estaba unida por el rito gitano desde 1971.

La demandante, Doña María Luisa Muñoz Díaz, nacida en 1956 y gitana de nacionalidad española, contrajo matrimonio bajo los usos y costumbres del rito gitano, en noviembre de 1971, con el Señor M. D., también gitano de nacionalidad española. A la pareja, que tuvo seis hijos, se le reconoció la condición de familia numerosa de primera categoría y le fue entregado el correspondiente Libro de Familia en el Registro Civil.

El 24 de diciembre de 2000, el Señor M. D., de profesión albañil, falleció habiendo cotizado a la Seguridad Social durante más de diecinueve años. La demandante solicitó una prestación por viudedad,

17

Entre otras, SSTC 29/1991 y 30/1991, de 14 de febrero y STC 29/1992, de 9 de marzo.

18

STC 180/1981, de 7 de julio. Esta sentencia resolvió un recurso de amparo contra la resolución judicial que desestimó una solicitud de indemnización hecha por la compañera de quien estuvo preso por motivos ideológicos durante el régimen franquista conforme a lo previsto en la Disposición decimoctava de la Ley 4/1990. La pareja, que convivió entre 1931 y 1971, año en que falleció el causante miembro del Partido Comunista y encarcelado durante 9 años, no había contraído matrimonio por motivos ideológicos ya que, según afirmaba la demandante de amparo, el único matrimonio posible para ellos era el matrimonio canónico, al estar los dos bautizados y obligados a la forma canónica, añadiendo que de haber podido contraer matrimonio civil lo hubieran hecho. La solicitud de indemnización fue denegada en las sucesivas instancias por no acreditar el matrimonio, requisito previsto en la norma reguladora sin que existiera impedimento para ello. La pareja podría haber contraído matrimonio civil durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 sobre matrimonio civil o, posteriormente, cumpliendo con los requisitos de la legislación del Registro civil. El TC, sin embargo, estima el amparo considerando especialmente relevante que en el sistema de matrimonio civil subsidiario anterior a la Constitución la posibilidad de contraer matrimonio civil obligara a la declaración de las propias creencias, lo que valora como una exigencia constitucionalmente inadmisibles al amparo del art. 16 CE.

19

La Ley introduce tal reconocimiento en el art. 174 LGSS, en el que el acceso a la condición de beneficiario de la pensión de viudedad se supedita a la acreditación de que el defecto de ingresos provocado por el fallecimiento del conviviente afecte de manera relevante a la normal subsistencia del superviviente, teniendo en cuenta que la reforma endurece, en general, los requisitos de acceso, percepción y conservación de la pensión en ausencia de hijos comunes. Además, es el propio artículo 174 el que, en su apartado tercero, establece la definición de la convivencia de hecho que habrá de tenerse en cuenta a tales efectos, entendiendo como tal una convivencia con análoga relación de afectividad a la conyugal, siendo indiferente el sexo, pero siempre y cuando los convivientes no estén impedidos para el matrimonio y la convivencia se encuentre inscrita en un registro (público o privado) o cuando tal situación se acredite mediante documento público. Así, se exige para la percepción de la pensión de viudedad que la convivencia sea estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a los cinco años, así como que la inscripción o la formulación del correspondiente documento público haya tenido lugar con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante.

que le fue denegada por el Instituto Nacional de Seguridad Social, por lo que recurrió ante la jurisdicción laboral, que estimó la pretensión de la actora.

El Instituto Nacional de Seguridad Social interpuso recurso de suplicación y, mediante sentencia de 7 de noviembre de 2002, se revocó la resolución recurrida. Así, la Señora María Luisa interpuso recurso ante el Tribunal Constitucional español, que le denegó el amparo solicitado mediante sentencia de 16 de abril de 2007.

El 3 de diciembre de 2008 se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007.

La Señora María Luisa presenta demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo), con fecha 29 de octubre de 2007, alegando violación del principio de no discriminación que recoge el artículo 14 del CEDH²⁰, en conexión con el artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) del mismo texto²¹ y con el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio de Roma²². El 8 de diciembre de 2009 el TEDH dicta sentencia en la que se declara la vulneración del art. 14 CEDH en conexión con el artículo 1 del Protocolo número 1, rechazando la demanda en la parte que se alega la violación del principio de no discriminación en conexión con el derecho a contraer matrimonio y condenando a España al pago de la reparación equitativa a la que se refiere el art. 41 CEDH²³ por cuantía de 70.000 euros en concepto de daños y perjuicios y de 5.412,56 euros en concepto de costas y gastos. Existe, no obstante, un voto particular en la sentencia, que firma el Juez E. MYJER.

4. LA STEDH EN EL ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA.

4.1. Historia procesal.

Como ya se apuntó, el problema de fondo del caso que da origen a la sentencia en análisis deriva de la falta de reconocimiento de efectos civiles en el ordenamiento español a las uniones

20

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

21

Art. 12 CEDH. Derecho a contraer matrimonio: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Art. 14 CEDH. Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

22

Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952, fue publicado en el BOE nº11, de 12 de enero de 1991 y en su art. 1 establece que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. En su segundo apartado añade que “Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

23

Art. 41 CEDH. Arreglo equitativo. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

celebradas exclusivamente bajo el rito gitano, concretamente en referencia a la negativa de concesión de prestación de viudedad.

a) Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid núm. 12, de 30 de mayo de 2002.

El Juzgado de lo Social número 12 de Madrid estimó la pretensión de la actora a la pensión de viudedad, dando por hechos probados: 1) que la actora solicitó prestación por Viudedad y Orfandad que le fue denegada por resolución del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), de fecha 27 de marzo de 2001; 2) que con fecha 24 de diciembre de 2000 falleció el señor M. D., casado con la actora conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana; 3) que la actora y el fallecido son de origen gitano de nacionalidad española y que contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, celebrado conforme a la costumbre y con deber de convivencia y el resto de deberes dimanantes de dicho contrato; 4) que el matrimonio tiene seis hijos; 5) que el fallecido, de profesión albañil, ha estado trabajando por cuenta ajena y dado de alta en Seguridad Social hasta la fecha de su fallecimiento un total de 19 años, tres meses y 8 días, correspondiéndole a la solicitante una Base Reguladora de 903,29 euros. La empresa para la que venía prestando servicios hasta la fecha de su muerte, el 24 de diciembre de 2000, es “Serrazar, SL”; 6) que la actora y el fallecido son titulares del Libro de Familia expedido el 11 de agosto de 1983, en el que consta el nacimiento de cada uno de los seis hijos habidos en el matrimonio; 7) que el fallecido estaba afiliado a la Seguridad Social, con cartilla de beneficiario con familiares a su cargo (esposa y seis hijos); 8) que, con fecha 14 de octubre de 1986, les fue expedido el Título de familia numerosa (1ª categoría); 9) que, con fecha 27 de marzo de 2000, el INSS, deniega la prestación “Por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo establecido en la disposición adicional décima núm. 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio en relación con el art. 174 de la LGSS; 10) que la actora interpuso Reclamación Previa, que le fue desestimada por Resolución de fecha 10 de mayo de 2001; 11) que los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, los Rabinos de la Federación de las Comunidades Israelitas de España y los dirigentes religiosos Islámicos o Imanes de las Comunidades Islámicas están asimilados a los trabajadores por cuenta ajena e incluidos en el Régimen General de Seguridad Social en virtud, respectivamente, de las leyes 24, 25 y 26, de 10 de noviembre de 1992; 12) que no consta norma que expresamente prohíba el acceso del matrimonio gitano al Registro Civil.

La estimación de la pretensión se fundamenta bajo la consideración de la validez del matrimonio celebrado bajo el rito gitano y la necesidad de promover su inscripción en el Registro Civil. Para ello se argumenta, en esencia, que el matrimonio gitano se había celebrado en territorio español, ajustado a la ley personal de los contrayentes y bajo una forma válida y admitida por la costumbre y los usos de la etnia gitana. Además, se concluye que la negativa del INSS a conceder la pensión de viudedad a la actora constituye una violación del principio de igualdad a que se refiere el art. 14 CE24.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, de 30 de mayo de 2002, fundamenta la estimación de la pretensión de la actora señalando que: “En nuestro país, la etnia gitana está arraigada desde tiempo inmemorial y es sabido sobradamente que esta etnia celebra el matrimonio conforme a usos y tradiciones que adquieren fuerza de Ley entre las partes. Dichos matrimonios no están considerados contrarios a la moral ni al orden público y son socialmente reconocidos. (...) El art. 61 Cc enuncia que el matrimonio tiene efectos civiles desde su celebración pero que será necesaria su inscripción en el Registro Civil para el pleno reconocimiento de los mismos. A este respecto, el matrimonio gitano no está inscrito en el Registro Civil (...) El impedimento para negar a la actora la pensión de viudedad es exclusivamente el no reconocimiento de efectos civiles a su matrimonio con el causante (trabajador de nacionalidad española, sujeto de derechos y obligaciones amparadas por el ordenamiento interno y comunitario) a pesar del hecho de que España ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de

b) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el INSS, situando en un ámbito de “ficción jurídica” la recurrida sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid²⁵.

En los cuatro primeros fundamentos jurídicos de esta sentencia se da acogimiento a los cuatro primeros motivos del recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de instancia, que instan la revisión de los hechos primero, sexto y séptimo y la supresión del undécimo y duodécimo de los declarados probados en aquélla.

El Tribunal de Madrid confirma la necesidad de matizar que lo que fue denegado a la actora por la resolución del INSS que se menciona es la pensión de viudedad, no la de orfandad. Señala, en cuanto al hecho probado 6, que no puede tener cabida en la declaración de hechos porque dicha formulación negativa lo excluye del relato como “no hecho”. Respecto al hecho séptimo, lo que se propugna es que se suprima la condición de esposa de la demandante, pero el Tribunal considera que no puede realizarse una calificación diferente, propia de una prueba pericial caligráfica²⁶. Finalmente, en cuanto al último de los motivos fácticos (supresión del undécimo y duodécimo de los hechos declarados probados), el Tribunal lo acoge al entender que no se puede hablar de hechos probados sino más bien de “un anticipo de la justificación o apoyo que la sentencia intenta dar a su propio fallo”²⁷.

la ONU, de 7 marzo 1966. (...). La falta de regulación para el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano no ha de impedir la acción protectora que el Estado se ha impuesto a través de las normas de la Seguridad Social. (...) La Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico es aplicable en el presente asunto, en el que la prestación denegada tiene su origen en la relación laboral del causante, fallecido por causa natural cuando estaba en activo. (...) El artículo 4.1 del Código Civil establece que procede la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Dicha aplicación analógica es pertinente en el presente asunto. (...) El matrimonio de la actora no tiene acceso al Registro Civil pero no está excluido expresamente. No se le reconocen efectos civiles pero además tampoco goza de la protección social del superviviente en el caso de fallecimiento de uno de los contrayentes. El matrimonio gitano es ignorado en la legislación española, pese al arraigo sociocultural que dicha etnia tiene en nuestro país. En cambio, como se ha dicho anteriormente, el celebrado conforme a los usos y costumbres de religiones, hasta hace poco tiempo ajenas a nuestra sociedad, sí tienen encaje legal, por lo que se trata de un supuesto análogo, con la salvedad de que no es una religión. Se aprecia identidad de razón (comunidades de cultura y costumbres que conviven bajo el Estado español). El INSS deniega a la actora la prestación por viudedad, con el único impedimento de no considerar matrimonio al celebrado en su día por el causante y su viuda lo que indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución española y a la Directiva 2000/43/CE”.

25

En el F.J. 5º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, se establece que “(...) tanto la sentencia recurrida como el escrito de impugnación de recurso se sitúan en un claro ámbito de ficción jurídica en su constante intento de interpretar una normativa interna e internacional que nada tienen que ver ni pueden sostener la pretensión de demanda (...).

26

STSJ de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, F.J. 3º : “figurando al folio 62 de los autos fotocopia de la cartilla en cuestión y junto al nombre de aquélla en la casilla "parentesco", una letra retocada que la sentencia interpreta como "esposa" (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora y, en fin, que de lo que se trata es de determinar el carácter de la relación o vínculo existente entre aquél y la actora desde el punto de vista legal, con independencia de que coincida o no con el que aparece en la mencionada cartilla, que no constituye un documento fehaciente”.

27

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, F.J. 4º.

El fallo de la sentencia, por el que se revoca la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de los de Madrid, se fundamenta en la inexistencia de discriminación por razón de pertenencia de la demandante a la etnia gitana y en el no reconocimiento en el ordenamiento jurídico español del matrimonio celebrado por el rito gitano como matrimonio válido.

Con referencia al artículo 49 del Cc y, en relación con éste, a los artículos 59 y 60 del mismo texto legal, como preceptos de desarrollo de lo prevenido en el art. 32.2 CE, el Tribunal señala el derecho que se reconoce a todo español a casarse en la forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista, teniendo en cuenta que en ninguna de las formas religiosas a las que se refieren el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, o las leyes 24, 25 y 26, de 10 de noviembre de 1992, se incluye el matrimonio celebrado exclusivamente conforme al rito gitano²⁸.

Para el Tribunal, siendo una etnia un grupo diferenciado por razón de la raza y un rito, una costumbre, en atención a lo dispuesto en el art. 1.3 Cc no puede más que reconocerse el carácter subsidiario de tal costumbre, que sólo será reconocido en nuestro ordenamiento a falta de ley aplicable y siempre que no contradiga el orden público²⁹. En definitiva, el matrimonio celebrado bajo el rito gitano es asimilado a la convivencia *more uxorio* y, por tanto, denegada la condición de “cónyuges” que exige el art. 174 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) para que el beneficiario obtenga la pensión de viudedad³⁰.

Por todo lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia estima que no es posible aquí apreciar vulneración alguna del principio de igualdad y no discriminación, y ello desde el momento en que tal principio descansa sobre la idea del tratamiento igualitario en condiciones de igualdad y de la injusticia del trato igual de los desiguales.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007.

Doña María Luisa interpuso recurso de amparo ante el TC aduciendo la vulneración de su derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminada por motivos de raza y condición social al haberse equiparado su situación a la de una pareja de hecho, a pesar de estar casada por el rito gitano y de su convencimiento absoluto sobre la validez del mismo.

Además, alegaba la actora que en 1971 no fue libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y que tampoco lo fue con posterioridad a 1981 al no haber regulado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito gitano, por lo que consideraba la actora que debería haber accedido a la prestación de viudedad conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1981³¹.

28

Artículo 49 Cc: Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1) Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código, 2) En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.

Artículo 59 Cc: El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Artículo 60 Cc: El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente.

29

Art. 1.3 Cc: La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

30

Nos referimos aquí al art. 174 LGSS en su redacción previa a la modificación operada por la Ley 40/2007.

31

También alegó Doña María Luisa en su recurso la existencia de discriminación por no haberse hecho aplicación analógica de la regulación de los matrimonios nulos contraídos de buena fe (matrimonio putativo)³².

La Sentencia 69/2007, de 16 de abril, del Tribunal Constitucional (Sala Primera) deniega el amparo solicitado por la actora, al entender que el no reconocimiento de la pensión de viudedad a la misma no supone vulneración alguna del artículo 14 CE. La exigencia de vínculo matrimonial y la interpretación según la cual sólo cabe apreciar dicho requisito en relación con las formas legalmente reconocidas, y no para otras formas de convivencia *more uxorio*, no supone para el Alto Tribunal vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, ni por motivos sociales, ni por circunstancias raciales o étnicas³³.

La Sentencia pone de relieve, por una parte, que el ordenamiento jurídico español establece una forma civil de acceso al matrimonio, que es neutral desde el punto de vista racial al carecer de toda connotación étnica y, por otra, que el reconocimiento de algunas formas religiosas de celebración del matrimonio se ha hecho exclusivamente sobre consideraciones religiosas alejadas de cualquier connotación étnica. Se concreta que ni el hecho de que el legislador no haya reconocido el rito gitano como una forma más de matrimonio ni que no lo haya equiparado, así como tampoco lo ha hecho con las uniones de hecho, a efectos de la pensión de viudedad, no constituye violación alguna del principio de igualdad.

La Sentencia no aborda los argumentos alegados por Doña María Luisa en relación con la imposibilidad que tuvo de contraer matrimonio y en relación con la aplicación al caso del matrimonio putativo, puesto que los mismos no fueron alegados ante los Tribunales que se pronunciaron previamente sobre el tema³⁴.

Frente a la alegación de que resulta discriminatorio, por existir diferencias, conceder el mismo trato a los matrimonios celebrados según el rito gitano y a las uniones *more uxorio*, la Sentencia pone de relieve que resulta ajeno al núcleo del artículo 14 CE la llamada “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un “derecho a la desigualdad de trato” ni amparar “la falta de distinción entre supuestos desiguales”, de modo que se concluye que no puede hablarse de un “derecho subjetivo al trato legal desigual”.

La STC 69/2007 de la mayoría concluye sugiriendo una intervención del legislador para que las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos puedan tener efectos civiles matrimoniales, pero cuenta con un voto particular, que formula el Magistrado D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, según el cual debería haberse aplicado al caso la doctrina favorable al reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio no inscrito

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

32

De todas las referidas alegaciones queda constancia en la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007, F.J. 1º.

33

STC 69/2007, de 18 de abril, FF.JJ. 3º y 4º.

34

En el F.J. 2º el Tribunal Constitucional argumenta la imposibilidad de pronunciarse sobre la eventual concurrencia de un trato discriminatorio derivado de la imposibilidad legal de haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento del causante o del no recurso a la aplicación analógica del tratamiento establecido para los matrimonios nulos por ser éstas cuestiones que no habían sido objeto de planteamiento en la vía judicial previa, y ello por ser la jurisdicción de amparo de carácter subsidiario. Así, el TC se centra en el análisis de la vulneración del art. 14 CE en relación con el alegado trato discriminatorio que supondría equiparar su situación jurídica con la convivencia *more uxorio* para denegar la prestación de viudedad.

establecida en la STC 199/2004, de 15 de noviembre³⁵, así como apunta la procedencia de establecer medidas de discriminación positiva para proteger a las minorías étnicas³⁶.

d) La demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La señora María Luisa presentó ante el Tribunal de Estrasburgo demanda contra el reino de España, el 29 de octubre de 2007, en virtud de lo establecido en el art. 34 CEDH³⁷.

La demandante se quejaba de la denegación de la prestación de viudedad tras el fallecimiento del Señor M. D., debido a que, en virtud de la legislación española, no estaban casados. Se alega así violación del artículo 14 del Convenio de Roma en combinación con los artículos 1 del Protocolo número 1 y 12 del CEDH.

El 13 de mayo de 2008, el Tribunal decidió comunicar la demanda al Gobierno. Asimismo, decidió, en aplicación del artículo 29.3 del Convenio, dictaminar al mismo tiempo la admisibilidad y fundamentos de la misma³⁸.

35

En la STC 199/2004, de 15 de noviembre, relativa a la solicitud de la prestación de viudedad por el cónyuge supérstite de un matrimonio canónico que no fue inscrito en el Registro Civil, el TC señala que: 1) la existencia del matrimonio (canónico) tiene lugar desde su válida celebración; 2) tanto el matrimonio inscrito como el no inscrito son situaciones plenamente equiparables en cuanto a la existencia; 3) tanto el matrimonio inscrito como el no inscrito son situaciones plenamente diferenciadas de la unión de hecho; 4) la inscripción nada añade a la existencia de matrimonio, de modo que su consideración como elemento determinante de la legitimidad del matrimonio constituye la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria; 5) negar la condición de cónyuge legítimo cuando el matrimonio (canónico) ha sido válidamente celebrado supone otorgar a la inscripción efectos constitutivos contrarios al art. 61 Cc. En función de todo lo anterior, en esta sentencia el TC reconoce que hay vulneración del art. 14 CE al equipararse los matrimonios válidamente celebrados, pero no inscritos, con las situaciones de convivencia *more uxorio*, al entender que se trata de situaciones distintas y que sólo en el caso del matrimonio válidamente celebrado pero no inscrito puede hablarse propiamente de la existencia de matrimonio. Existe dos votos disidentes en la STC 199/2004. Para MARTÍN DE HIJAS, la inscripción registral del matrimonio es una *conditio iuris* en cuanto a la eficacia del vínculo matrimonial, es decir, la inscripción no sería una condición respecto de la existencia sino de la eficacia pues, si bien el matrimonio produce efectos civiles desde su válida celebración, su plena eficacia para el magistrado estaría sometida a esa *conditio iuris* de la inscripción registral. Por su parte, para PÉREZ VERA la no inscripción de un matrimonio válidamente celebrado por decisión voluntaria de los cónyuges supone una “resistencia al régimen legal” que conduce a la calificación del vínculo como una convivencia de hecho, a la inexistencia misma del matrimonio.

36

Voto Particular del Magistrado D. J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, párrafos 2 y 3, en los que se establece, respectivamente: “Una comparación de estos hechos probados con los que resultan de la reciente Sentencia de nuestra Sala Segunda de 15 de noviembre de 2004 me lleva a la conclusión de que era obligado el otorgamiento de la pensión que reclama doña María Luisa” y “En los supuestos de protección de minorías étnicas, la consecución de la igualdad exige, a mi juicio, medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural (...) No basta, en mi opinión, la «escrupulosa neutralidad» de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que, como doña María Luisa, pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia con la situación —dice— de una pareja de hecho o de una convivencia *more uxorio* (...) Creo que se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art. 14 CE), en cuanto dicha prohibición protege la situación de la minoría gitana, si se trae a colación el art. 14 en relación con el art. 12 CEDH como resulta obligado por el juego del art. 10.2 CE.”

37

Art. 34 CEDH. Demandas individuales: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

38

Las partes presentaron sus observaciones, que también se recibieron de la Unión Romani, a quien el Presidente había autorizado a intervenir en el procedimiento escrito en calidad de *amicus curiae*³⁹. Todos ellos acudieron a la vista pública celebrada en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo el 26 de mayo de 2009.

La demandante observa que el Gobierno de España no explica por qué su situación es asimilada a una convivencia de hecho y no a un matrimonio nulo de buena fe, a lo que añade que el derecho a la pensión de viudedad se ha reconocido tanto en supuestos en los que se ha dado la inexistencia legal del vínculo matrimonial como en casos de uniones no inscritas en el Registro Civil. Por su parte, el Gobierno niega la existencia de discriminación alguna basándose en la existencia de una legítima diferencia de trato fundada en la calificación de relación *more uxorio* del vínculo entre la Señora y el Señor M. D. y en el hecho de que fuera la pareja la que optó, libre y voluntariamente, por no acceder a la formalización del vínculo matrimonial en cumplimiento de las previsiones legalmente establecidas⁴⁰. Finalmente, la Unión Romani reseña la igualdad del matrimonio gitano respecto de otros tipos de matrimonio e indica lo desproporcionado de la denegación de la prestación de viudedad a la demandante en atención a la actitud mantenida por las autoridades españolas en cuanto a la prestación de asistencia sanitaria y a la entrega de los libros de familia y de familia numerosa.

La sentencia del TEDH transcribe en su párrafo 14 (circunstancias del caso), de forma casi literal, los argumentos jurídicos con los que la sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid fundamentó la estimación de la pretensión de Doña María Luisa. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se limita, en su párrafo 15 (también relativo a las circunstancias del caso) a reproducir algunos de los párrafos del fundamento jurídico quinto de la sentencia del TSJ de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, pero ninguno del fundamento jurídico tercero, en el que se refutaba que en la cartilla de la Seguridad Social apareciera inscrita la actora en calidad de “esposa”. Finalmente, en su párrafo 16, la sentencia del TEDH traduce párrafos de los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto de la STC 69/2007, pero no del fundamento jurídico segundo, en el que el TC aclara que Doña María Luisa había interpuesto la demanda de viudedad exclusivamente en base al art. 174 LGSS⁴¹. Así, la actora, como se indicó, vuelve a invocar ante el Tribunal de Estrasburgo la existencia de discriminación por no reconocer España a la unión por el rito gitano tratamiento de matrimonio nulo de buena fe y, consecuentemente, por asimilarlo a las uniones *more uxorio*.

4.2. Legislación interna y europea aplicable

En los párrafos 22 a 30 de su sentencia, el TEDH enumera y transcribe los preceptos de las disposiciones del ordenamiento jurídico español que estima aplicables al caso⁴². En los párrafos 31

Art. 29 CEDH. Resoluciones de las Salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto: 3. Salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales, la resolución acerca de la admisibilidad se toma por separado.

39

Art. 36 CEDH. Intervención de terceros: 2. En interés de la buena administración de la justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.

40

Parágrafos 37 a 41 de la STEDH, de 8 de diciembre de 2009.

41

Vid nota al pie n° 33.

42

Concretamente, arts. 14 (principio de igualdad y no discriminación), 16 (libertad ideológica, religiosa y de culto) y 32.2 (desarrollo legislativo del matrimonio) de la Constitución Española; arts. 42, 245, y 246 (matrimonio civil y religioso) del Código Civil en su versión vigente en 1971; arts. 44 y 49 (matrimonio civil y religioso) del Código Civil en su

y 32 se mencionan, respectivamente, los acuerdos celebrados por el Estado español y otras confesiones religiosas por los que se reconoce validez a los matrimonios de tales confesiones⁴³ y la jurisprudencia constitucional aplicable al caso⁴⁴.

En el párrafo 32 de la sentencia del TEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España* se transcriben los artículos 1, 4 y 5 del Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de enero de 1995 y ratificado por España el 1 de septiembre de 1995⁴⁵.

4.3. Fundamentos jurídicos.

a) Sobre la vulneración del art. 14 CEDH en conexión con el art. 1 del Protocolo Adicional núm.1 al CEDH, de 20 de marzo de 1952.

En primer lugar, el TEDH recuerda la imposibilidad de invocar aisladamente el artículo 14 del Convenio de Roma (igualdad), pues dicho precepto sólo complementa a las restantes cláusulas del mismo Convenio y de sus Protocolos⁴⁶.

Por otro lado, ni el CEDH ni sus Protocolos adicionales contienen referencia alguna en materia de protección social, de modo que la única vía por la que el Tribunal de Estrasburgo puede conocer de un litigio sobre una posible discriminación referida al reconocimiento de prestaciones sociales es la que

versión actual; Disposición Adicional Décima Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; art. 2 Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección de las Familias Numerosas ; art. 174 LGSS vigente en el momento de los hechos y del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y Disposición Adicional Tercera Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, por la que se modifica la Ley General de Seguridad Social.

43

Acuerdo con la Santa Sede (Concordato de 1979), Acuerdo con la Federación de Entidades Evangélicas de España mediante la Ley núm. 24/1992, de 10 de noviembre de 1992, Acuerdo con la Comisión Islámica mediante la Ley núm. 26/1992, de 10 de noviembre de 1992 y Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas mediante la Ley núm. 25/1992, de 10 de noviembre de 1992.

44

SSTC 260/1988, de 22 de diciembre; 155/1998, de 13 de junio; 180/2001, de 17 de septiembre; 199/2004, de 15 de noviembre.

45

Art. 1 Convenio-marco de 1 de enero de 1995: La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a esas minorías es parte integrante de la protección internacional de los derechos humanos y, en cuanto tal, se encuentra dentro del campo de la cooperación internacional.

Art. 4 Convenio-marco de 1 de enero de 1995: 1. Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la Ley y a una protección igual por parte de la Ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional. 2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales. 3. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación.

Art. 5 Convenio-marco de 1 de enero de 1995: 1. Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural. 2. Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación

46

Así lo ha confirmando el TEDH, entre otras muchas, en su sentencia en el asunto *Karlheinz Schmidt c Alemania*, de 18 de julio de 1997.

consiste en plantear el debate desde la perspectiva de la vulneración de alguno de los derechos reconocido por el propio Convenio o por alguno de sus Protocolos, teniendo en cuenta que las demandas que, en este sentido, siempre han prosperado, han sido las que conectan el art. 14 CEDH con el derecho de propiedad del art. 1 del Protocolo núm. 147.

Así, el TEDH, en el párrafo 46 de su sentencia, considera que “los intereses patrimoniales de la demandante entran en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que sería suficiente para hacer aplicable el artículo 14 del Convenio”.

Como se indica en los párrafos 47 a 49 de la sentencia en análisis, para el Tribunal de Estrasburgo una diferencia de trato es discriminatoria, a efectos del art. 14 del Convenio de Roma, cuando no se fundamenta objetiva y razonablemente, esto es, cuando dicha diferencia no persigue un objetivo legítimo o cuando no existe una relación razonable entre el objetivo perseguido y los medios utilizados para su consecución. No obstante, se reconoce a los Estados parte un cierto margen de apreciación, que dependerá en su amplitud de las circunstancias, el ámbito y el contexto, para concretar si y en qué medida ciertas circunstancias desiguales justifican un trato diferente.

En cuanto al caso que nos ocupa el TEDH, para estimar la pretensión de la demandante en cuanto al trato discriminatorio presuntamente derivado de la negativa a la concesión de la prestación de viudedad, se basa, por un lado, en la buena fe de Dña. María Luisa⁴⁸ y, por otro, en el refuerzo de dicha buena fe por la propia actitud de las autoridades españolas que, al haber expedido cartilla de Seguridad Social, libro de familia y libro de familia numerosa, habrían alimentado una legítima expectativa en la demandante a ser considerada como cónyuge del fallecido Sr. M.D.⁴⁹. Así, el Tribunal acaba afirmando que la no concesión de la prestación de viudedad constituye una diferencia de trato, legal y jurisprudencial, respecto de otras situaciones que debieran considerarse equivalentes,

47

El TEDH ha defendido una interpretación extensiva del concepto de propiedad que ampara tanto el derecho de propiedad en sentido estricto como las expectativas de dicho derecho, dotándolo así de un significado autónomo respecto del que pueda atribuírsele en los ordenamientos nacionales (STEDH en el asunto *Gasus Dossier y Fördertechnik*, de 23 de febrero de 1995). Además, desde que en su sentencia de 16 de septiembre de 1996, en el asunto *Gaygusuz*, el Tribunal reconociera por primera vez que el derecho a una prestación de Seguridad Social es un derecho patrimonial en el sentido del art. 1 del Protocolo núm. 1, esta jurisprudencia se ha aplicado en otros muchos casos (SSTEDH en los asuntos *Antonakopoulos c Grecia*, de 1999; *Wessels c Países Bajos*, de 2002, *Willis c Reino Unido*, de 2002; *Anzinas c. Chipre*, de 2002, entre otros).

48

En el párrafo 54 se establece que “(...) la cuestión a resolver en el presente asunto es si el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados, convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido” y, en el párrafo 59, que “Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante (...)”.

49

Parágrafo 62 STEDH de 8 de diciembre de 2009: “En este caso, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, indudablemente fue reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de esposa de M. D., concretamente, con la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, por ejemplo el documento de inscripción en el sistema, estableciendo su calidad de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley núm. 25/1971, el reconocimiento de la calidad de cónyuge”.

concretamente en lo referido a los efectos de la buena fe cuando se trata de un matrimonio nulo o a la situación de un matrimonio canónico no inscrito⁵⁰.

Para concluir con este apartado dedicado a la exposición de los argumentos esgrimidos por el TEDH a efectos de apreciar que la Sra. Muñoz Díaz fue objeto de discriminación por razón de su etnia gitana, debe añadirse que el Tribunal se refiere también a la Ley 40/2007 y al Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales.

En el parágrafo 66 de la sentencia, el Tribunal observa que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introduce una modificación en la LGSS por la que se posibilita la concesión de prestaciones de viudedad en caso de uniones de hecho⁵¹. A dicha consideración se añade el hecho de que la sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de los de Madrid llevara a cabo una interpretación de la legislación aplicable favorable a la demandante, así como lo desproporcionado del no reconocimiento de las autoridades españolas de efectos civiles al matrimonio en cuestión dada la actitud mantenida por las mismas (parágrafos 67 y 69).

Finalmente, bajo la observancia del Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, el TEDH entiende (parágrafos 60 y 61) que dada la existencia de un consenso internacional para reconocer las necesidades de las minorías, si bien la pertenencia a una tal minoría no dispensa de respetar las leyes reguladoras del matrimonio, sí que puede influir en la manera en que se apliquen las leyes.

b) Sobre la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 12 del CEDH.

El Tribunal de Estrasburgo rechaza por unanimidad la pretensión de la actora en la parte en que se alega la vulneración del art. 14 del Convenio en conexión con el artículo 12 del mismo texto.

Frente a una presunta discriminación por razones de raza derivada de la vulneración del derecho al matrimonio a que se refiere el art. 12 CEDH, el Tribunal recuerda que en España, desde 1981, el matrimonio civil es posible para todos y que el reconocimiento de validez y de los consecuentes efectos civiles a los matrimonios de ciertas confesiones religiosas se funda, precisamente, en la pertenencia a una determinada confesión religiosa (no etnia), que el Estado beneficia de este modo en base al margen de apreciación que sobre la materia le es reconocido (parágrafos 79 y 80).

50

Vid notas al pie nº 35 y nº 44. En el parágrafo 53 de su sentencia el TEDH señala que la jurisprudencia constitucional tiene en cuenta, para la concesión de las prestaciones de viudedad tanto la buena fe como la presencia de circunstancias excepcionales que hubieran impedido la celebración del matrimonio, remitiéndose así a la jurisprudencia constitucional señalada en el parágrafo 32, que reconoce la pensión de viudedad en casos en los que el matrimonio no se ha celebrado por inexistencia de divorcio -SSTC 260/88, de 22 de diciembre y 155/1998, de 13 de junio-, o por entrar en contradicción con la libertad de conciencia y de religión -STC 180/2001, de 17 de septiembre-, así como en supuestos en los que no se inscribió el matrimonio por no cumplir los requisitos exigidos por la ley.

51

Vid nota al pie nº 18 y tener en cuenta que la Disposición Adicional Tercera Ley 40/2007, de 4 de diciembre, establece que “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho (...) durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste. c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición”.

4.4. Voto particular del juez Myjer.

El juez E. MYJER comienza la argumentación de su voto particular señalando que el TEDH debe limitarse a examinar los problemas derivados del caso concreto que se ha recurrido, esto es, que no tiene competencia para examinar, *in abstracto*, el texto de legislación interna impugnado en relación al Convenio⁵². De este modo, para el juez disidente en las competencias del Tribunal de Estrasburgo no entra la de crear derechos no previstos en el Convenio, con independencia de su utilidad y de lo deseados que sean pues, en opinión del juez, si el Tribunal interpretara así el CEDH, perdería toda su credibilidad como jurisdicción a los ojos de los Estados.

Continúa el juez MYJER destacando que, efectivamente, en España el matrimonio civil está abierto a los gitanos en condiciones de igualdad respecto de las personas que no pertenecen a dicha comunidad, por lo que comparte con la mayoría que no ha existido vulneración del art. 14 en conexión con el art. 12, ambos del CEDH, recusando además la idea de que el Estado tenga la obligación positiva de adaptar sus Leyes sobre el matrimonio a la voluntad de individuos o grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso en que estos individuos o grupos constituyan una parte importante de la población.

Sin embargo, para el juez tampoco puede hablarse de vulneración del principio de no discriminación en conexión con el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, pues para E. MYJER lo que esta sentencia representa no es sino una extralimitación del Tribunal en sus competencias, en el sentido antes indicado, pues el caso parece haberse convertido en un asunto de principio para la consecución del reconocimiento de la legalidad del matrimonio gitano. En otras palabras, para el juez disidente si bien es posible que la demandante no conociera la situación jurídica de su matrimonio en el momento en el que se casó según el rito gitano, ello no puede ser alegado como causa de responsabilidad del Estado y menos aún como causa de reproche hacia las mismas de una falta en relación de la igualdad de trato dado a la demandante y a su familia.

Finalmente, haciendo referencia al hecho de que en España muchos gitanos se casan tanto de conformidad con la ley española como con sus usos y costumbres, el juez se cuestiona lo declarado por el Tribunal en el párrafo 57 de su sentencia en el sentido de si efectivamente no era posible exigir a la demandante que se casara según el Derecho canónico sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa.

4.5. La ejecución en España de la STEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España*.

a) Consideraciones previas: sobre el carácter obligatorio, definitivo y declarativo de las sentencias del TEDH.

Los distintos Estados que han ratificado el Convenio de Roma reconocen carácter obligatorio y definitivo a las sentencias del TEDH. Sin embargo, una resolución del Tribunal de Estrasburgo que declare la vulneración del CEDH por un Estado parte no surte efectos ejecutivos respecto de tal Estado.

El carácter declarativo, obligatorio y definitivo de las sentencias del TEDH se deduce de lo dispuesto en los artículos 41 a 46 del Convenio de Roma. Se trata de sentencias obligatorias porque los Estados que son destinatarios de las mismas tienen la obligación de acatar el fallo (art. 46.1 CEDH). Además, tal y como se desprende del apartado 2 del artículo 46 del Convenio, hablamos de sentencias definitivas o sentencias con efecto de cosa juzgada.

Podríamos afirmar que existe un acuerdo relativamente generalizado acerca de cuál es el contenido mínimo de resultado de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, resultado que se

⁵² Fundamenta su postura con referencia a las SSTEDH en el asunto *Deweert c. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980, ap. 40; *Minelli c. Suiza*, de 25 de marzo de 1983, ap. 35 y *F. c. Suiza*, de 18 diciembre 1987, ap. 31.

identificaría con la *restitutio in integrum* de la víctima, esto es, con la obligación de poner fin a la violación y de restablecer a la víctima, en la medida de lo posible, en su situación originaria, así como, en su caso, con la obligación de compensar a la misma por los daños causados.

No obstante, este contenido se ha ido ampliando progresivamente. Así, siguiendo a RIPOL CARULLA y con fundamento en una interpretación finalista del Convenio, a aquélla obligación consistente en dotar de eficacia a la sentencia de Estrasburgo debiera añadirse la de adoptar los cauces procesales adecuados para el alcance de tal resultado⁵³.

Las sentencias definitivas del TEDH que, como se ha indicado, son jurídicamente obligatorias, no son ejecutivas. Las resoluciones de Estrasburgo, si bien constituyen un título jurídico hábil para proceder a su ejecución, no despliegan una fuerza ejecutiva intrínseca en los ordenamientos internos, de modo que sólo ponen de manifiesto la concurrencia de una vulneración del Convenio de Roma, sin que en el fallo aparezca qué autoridad pública debe tenerse por responsable directa ni qué medida debería adoptarse para proceder a la *restitutio in integrum* de la persona afectada en su derecho⁵⁴.

En el caso del ordenamiento jurídico español, el carácter meramente declarativo de las sentencias de Estrasburgo viene a confirmarse con la ratificación del CEDH vía artículo 94.1 CE⁵⁵, lo que, como señalara RUIZ MIGUEL, supone una confirmación de que no ha existido transferencia de competencia estatal de jurisdicción⁵⁶.

Es precisamente el carácter declarativo de sus resoluciones lo que explica que la práctica tradicional del TEDH haya consistido en no indicar en sus fallos cuáles son los mecanismos que el Estado debe utilizar para cumplir con aquél contenido mínimo de resultado de la sentencia “condenatoria”. Sin embargo, a este respecto son necesarias algunas matizaciones, pues el TEDH ha ido concretando medidas que los Estados deben adoptar para el pleno acatamiento de sus sentencias.

Aquéllas precisiones, primero de carácter muy genérico, han ido concretándose en obligaciones más específicas, como la de adoptar medidas individuales y generales para, respectivamente, poner fin a la violación y prevenir infracciones futuras del Convenio, así como en la obligación, en su caso, de pagar la satisfacción equitativa a la que se refiere el artículo 41 CEDH. Ésta última concreción, que responde al creciente número de casos en los que, sobre todo a partir de la década de los ochenta, el demandante acompañaba su petición de constatación de violación con una petición indemnizatoria, parece ser la que más ha influido en la distorsión del carácter meramente declarativo de las sentencias del TEDH, distorsión que ha acabado por confirmarse con una serie de reformas impulsadas por distintos órganos del Consejo de Europa⁵⁷.

Los efectos disuasorios que sobre el carácter no ejecutivo de las resoluciones de Estrasburgo han tenido las referidas reformas se han hecho también sentir en el ordenamiento jurídico español,

53 Ripol Carulla, 2007, pp. 75 y ss.

54 Queralt Jiménez, 2008, p. 8.

55

Art. 94 CE: 1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o de convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales del Título Primero. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

56 Ruiz Miguel, 1997, pp. 135-138.

57

Me refiero aquí, como tales reformas, a la Recomendación R (2000) 2, aprobada el 19 de enero; a la Resolución 1226 (2000) 1, de 28 de septiembre; al Protocolo de enmienda nº 14 al CEDH, por el que se modifica el mecanismo de control establecido por el Convenio, entrado en vigor el pasado 1 de junio del presente año; a la Resolución (2004) 3 y a la Recomendación (2004) 6, ambas de 12 de mayo.

donde muchas de las sentencias del TEDH han impulsado importantes modificaciones legislativas⁵⁸ y en el que se ha procedido, en su caso, a la adopción de las medidas individuales indicadas por el propio Tribunal⁵⁹. No obstante, constituye todavía una laguna en nuestro ordenamiento la concreción de un mecanismo procesal expreso para la reapertura de procedimientos o la revisión de casos en respuesta a una sentencia condenatoria del TEDH por vulneración judicial del Convenio de Roma.

b) La ejecución en España de la STEDH de 8 de diciembre de 2009.

Con fundamento en el artículo 41 CEDH y declarada por el TEDH la existencia de una vulneración conjunta de los artículos 14 del Convenio de Roma y 1 de su Protocolo Adicional número 1, no siendo posible conforme al Derecho español la *restitutio in integrum* de Dña. María Luisa Muñoz Díaz, el Tribunal de Estrasburgo declara que la reclamante tiene derecho a ser compensada equitativamente por los daños que hubiera podido sufrir, siendo el Tribunal Europeo competente.

Así, la sentencia condena a España al pago de la reparación equitativa por cuantía de 70.000 euros en concepto de daños y perjuicios, además de los 5.412,56 euros en concepto de costas y gastos.

5. EL ALCANCE DE LA STEDH EN EL ASUNTO MUÑOZ DÍAZ c. ESPAÑA.

Si queremos evaluar el verdadero alcance de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, son varios aspectos los que, en opinión de quien escribe, han de tenerse presentes. En primer lugar, ha de destacarse que, efectivamente, en España la inscripción registral de las uniones matrimoniales carece de carácter constitutivo, esto es, la inscripción nada añade a la existencia del matrimonio, de modo que la consideración de la inscripción como un elemento determinante de la legitimidad del matrimonio constituye la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria. En definitiva, negar la condición de cónyuge legítimo cuando el matrimonio ha sido válidamente celebrado supone otorgar a la inscripción unos efectos constitutivos contrarios a lo dispuesto en el art. 61 Cc.

El art. 61 Cc, en su redacción dada por la Ley 30/1981, contiene la regulación general sobre la eficacia de la inscripción registral, de modo que el matrimonio válido surte efectos civiles desde su celebración, si bien el pleno reconocimiento de los mismos requiere de la inscripción registral, que sirve así a los cónyuges de prueba preconstituida y privilegiada de su estado, lo que hace recaer la carga de la prueba en el proceso a quien pretenda impugnar su validez o la del hecho que la motiva. No obstante, si bien es cierto que la falta de inscripción excluye este régimen privilegiado, no lo hace hasta el punto de impedir la prueba del matrimonio.

En España, en ejercicio del margen de discrecionalidad que se otorga a los Estados en esta materia, se ha establecido un sistema matrimonial facultativo o de pluralidad de formas de tipo mixto o híbrido, de modo que se reconoce validez legal tanto al matrimonio civil como a los matrimonios religiosos celebrados de conformidad bien con el Acuerdo de Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el

58 Así, por ejemplo, en cuanto a la adopción de medidas generales, resulta especialmente significativa la STEDH en el asunto *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993 pues, si bien es cierto que en las informaciones suministradas al Comité de Ministros por el Gobierno español en la fase de ejecución de la misma aquél señaló que no era precisa la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hoy podemos ya referirnos a una reforma efectiva de dicha Ley operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que si bien viene a enfrentar las necesidades de nuestro sistema de justicia constitucional, en el apartado III de su Exposición de Motivos establece que “La Ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad (...) siguiendo en esto las directrices contenidas en la sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

59 El Comité de Ministros ha acreditado que este pago se ha efectuado, siempre en el plazo establecido, respecto de las distintas sentencias dictadas contra las autoridades de nuestro país. También podemos aquí referirnos a la adopción de otro tipo de medidas individuales, como puede ser la cancelación del demandante del archivo de los penados (STEDH de 28 de octubre de 1998, en el asunto *Castillo Algar*).

Estado español, de 3 de enero de 1979, bien con los acuerdos de cooperación de las leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992. De este modo, la no inscripción de dichos matrimonios no podrá dar lugar a la consideración de la inexistencia de los mismos, si bien la constatación de la falta de alguno de los requisitos exigidos conduce inexorablemente a su calificación como matrimonios putativos. Por tanto, puede decirse que el legislador español ha optado por no incluir, al regular los matrimonios, el celebrado de conformidad con los usos y costumbres del rito gitano. Es por ello por lo que podría entenderse que resulte inaplicable la doctrina que, basándose en el carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción registral en España, reconoce efectos civiles a los matrimonios religiosos válidamente celebrados pero no inscritos y, consecuentemente, comprender la asimilación del matrimonio gitano a las convivencias *more uxorio*.

En otras palabras, de todo lo anteriormente dicho puede deducirse lo inadecuado del argumento con el que el Tribunal pretende sustentar el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad de la demandante por aplicación analógica de la jurisprudencia constitucional que reconoce tal derecho al cónyuge supérstite de un matrimonio religioso válidamente celebrado pero no inscrito, más aún cuando es el propio Tribunal de Estrasburgo el que desestima la demanda en la parte que se alega vulneración del principio de igualdad en conexión con el derecho al matrimonio por entender que es el Estado el que, en ejercicio del margen de libertad que le corresponde, debe regular en materia matrimonial.

Por otro lado, no debe olvidarse que tras las reformas acometidas en el ordenamiento jurídico español con posterioridad a la promulgación de la Constitución, la obtención del libro de familia y del libro de familia numerosa deja de estar condicionada por la existencia de un previo matrimonio civil o religioso reconocido por el Estado⁶⁰, y conforme a ello parece ser el hecho de que los mismos no se entregaran a la Sra. Muñoz Díaz hasta los años 1983 y 1986, por lo que de su concesión no parece que pudiera derivarse una legítima expectativa de la demandante a ser considerada como cónyuge del Sr. M.D.61. Asimismo creo necesario tener en cuenta que el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales no confiere competencias al TEDH sobre la vigilancia de su aplicación.

60 Vid., Sánchez-Rodas Navarro, 2009.

61

La tesis sostenida por el TEDH (parágrafos 46, 52, 62 y 69) de que la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta condición por las autoridades españolas se ve desvirtuado en función de los siguientes instrumentos legales: 1) Orden de 22 de junio de 1979, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social: en su artículo 1 establece que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de 23 de diciembre de 1971 para la aplicación de la ley 25/1971, de 19 de julio, de Protección de las Familias numerosas, las madres solteras que tengan el número de hijos necesarios y que cumplan con los demás requisitos exigidos por el Reglamento, también tienen derecho a que se les expida tal título; 2) Art. 2 Decreto 1340/1971: como para obtener el libro de familia numerosa era necesario aportar el libro de familia, tras la entrada en vigor de la Constitución todos los progenitores, incluidos los no casados, pueden obtener el libro de familia, y ello con objeto de acabar con la discriminación sufrida por los hijos no matrimoniales durante la dictadura franquista, que se inscribían en el “libro de filiación”, distinto al “libro de familia”, en el que se inscribían los “hijos legítimos”; 3) Circular de 2 de junio de 1981, de la DGRN, sobre Consecuencias Registrales del Nuevo Régimen Legal de la Filiación: en su apartado VI se hace referencia a la supresión del “libro de filiación”, dando sólo cabida al “libro de familia”, que se otorgará al progenitor o progenitores que reconozcan un hijo no matrimonial, que adopten un hijo en forma plena o simple, así como a quienes contraigan matrimonio; 4) Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto: modifica, entre otros, el art. 36 del Reglamento del Registro Civil que, bajo esta nueva redacción, establece que también se entregará el libro de familia al progenitor o progenitores de hijos no matrimoniales; 5) A partir de la Resolución de 29 de diciembre de 1984 de la Secretaría General de la Seguridad Social se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las persona que, sin ser cónyuge, conviva con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año previo a la solicitud.

Finalmente, puesto que en nuestro ordenamiento se asimila el matrimonio gitano a la convivencia de hecho y que, mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reconoce la condición de beneficiario de la prestación de viudedad al miembro supérstite de una pareja de hecho, no creo que lo sustancial del caso radique concretamente en la vulneración del principio de igualdad en conexión con el derecho de propiedad sino, precisamente, en el motivo inadmitido por el Tribunal de Estrasburgo, esto es, por la existencia de una discriminación por razón de raza en conexión con el derecho al matrimonio y, en opinión de quien escribe, con el derecho a la libertad de conciencia.

Como ha señalado BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, una lectura conjunta y detenida de las sentencias del TEDH y del Alto Tribunal español en el asunto *Muñoz Díaz c. España* pone de relieve que sus posiciones son iguales en lo sustancial, esto es, en considerar que el no reconocimiento como matrimonio de la unión celebrada conforme al rito gitano no es contrario al principio de igualdad⁶². Así, en ambas se mantiene que no supone trato discriminatorio el no reconocimiento por la legislación de un Estado miembro de las uniones celebradas de acuerdo con el rito de la etnia gitana cuando, como ocurre en España desde 1981, todos los ciudadanos tienen reconocido libre acceso a un matrimonio civil, que es igual para todos. De este modo, si bien en ambos casos se reconoce la posibilidad de que el legislador hubiese acordado el reconocimiento legal del matrimonio gitano, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal de Estrasburgo consideran que el que no se haya hecho no puede considerarse como trato discriminatorio, entendiéndose además que ni siquiera cabría el reconocimiento por equiparación a alguna de las formas religiosas de matrimonio legalmente reconocidas.

En definitiva, la sentencia del Tribunal de Estrasburgo no reconoce eficacia al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna del país, sino que recuerda que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no obliga a los Estados a instaurar un régimen de protección social o un determinado nivel de prestaciones, pero que si un Estado crea una concreta prestación, contributiva o no, esa previsión origina un interés patrimonial propio del ámbito de aplicación del art. 1 que, además, no podrá aplicarse de forma discriminatoria, que es lo que ocurrió en el caso analizado.

Así las cosas, entiendo que la argumentación en la que se basa la sentencia de Estrasburgo constituye el principal óbice para sentar jurisprudencia aplicable en el futuro, y ello desde el momento en el que se centra en las circunstancias excepcionales de un caso concreto que difícilmente se encontrarán en otros supuestos. Pero es que, además, si bien es cierto que las formalidades procesales y legales del sistema jurídico español, en cuanto que la posible existencia de discriminación en conexión con el derecho al matrimonio no fue alegada en instancias inferiores al TC y que se otorga amplio margen de discrecionalidad al legislador en materia matrimonial, dotan de cierta coherencia a la sentencia, lo que debiera haberse planteado aquí es si la existencia de una realidad social con la que España lleva conviviendo más de 500 años y las exigencias de justicia material no convierten en obsoleta una regulación en la que el reconocimiento de los vínculos matrimoniales queda limitado a un marco muy específico en el que no se da cabida a una pluralidad de manifestaciones culturales consecuentes con un derecho a la libertad de conciencia que tendría que adaptarse a un contexto de convivencia multicultural.

Es cierto que la resolución de Estrasburgo, como apuntara el juez E. MYJER, pudiera considerarse como una llamada de atención sobre estas circunstancias pero, en mi opinión, son varias las reflexiones necesarias en este punto. Por un lado, cuando el TEDH recuerda que la pertenencia a un grupo minoritario no dispensa del cumplimiento de las leyes pero puede justificar una especial aplicación de las mismas, no lo hace sino exclusivamente para reforzar el argumento de la buena fe de la demandante. Además, como vimos en el apartado relativo a la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, lo cierto es que cada vez son más numerosos los casos en los que el TEDH, en sus sentencias condenatorias, “indica” al Estado que ha vulnerado alguno de los derechos del Convenio

62 Bercovitz Rodríguez-Cano, 2010, pp. 2695-2698.

de Roma la conveniencia de la adecuación al mismo de la legislación que corresponda⁶³, por lo que un pronunciamiento del Tribunal en este sentido para el caso de Dña. María Luisa no creo que se encontrara ya fuera de lugar ni que supusiera una pérdida de credibilidad en el TEDH como jurisdicción a los ojos de los Estados. Además, debiera tenerse presente que en el asunto que nos ocupa el Tribunal de Estrasburgo, en el párrafo 57 de su sentencia, observa que, dado que en el momento en el que se casó la demandante por los usos y costumbres del matrimonio gitano sólo era reconocida la legalidad del matrimonio canónico, el que se le hubiera exigido a la demandante casarse legalmente hubiera supuesto una vulneración de su derecho a la libertad religiosa, es decir, se consideran alegaciones que no se presentaron en instancias nacionales inferiores a la constitucional.

En atención a todo lo anteriormente mencionado, quizás lo más conveniente hubiera sido focalizar desde el principio el motivo de la demanda en la existencia de una violación del principio de igualdad en conexión con el derecho a la libertad de conciencia y, en conexión con el mismo, con el derecho al matrimonio en un sentido amplio. Es más, en este contexto parece interesante una breve referencia a la opinión de JUAN DE DIOS RAMÍREZ-HEREDIA, fundador de la “Unión Romaní Internacional” y presidente y fundador de la “Unión Romaní Española”, para quien “los gitanos cuyo matrimonio se ha celebrado por medio del rito de la boda gitana gozan del estado civil de casados puesto que la posesión de un determinado estado no depende (...) de que quien la ejerce sea o no titular de ese estado, porque la posesión de estado no está condicionada a la existencia de título”. Esto es, para RAMÍREZ-HEREDIA una interpretación de la normativa española adecuada a la realidad social permitiría reconocer la validez del matrimonio celebrado por el rito gitano como tal. En definitiva, la pluralidad formal de nuestro ordenamiento jurídico en materia matrimonial no debe interpretarse con carácter restrictivo de forma perpetua⁶⁴.

Por todo lo anterior no parece que con la STEDH de 8 de diciembre de 2009 vayan a cambiar mucho las cosas pues, al fin y al cabo, nada se avanza en cuanto al reconocimiento legal del matrimonio gitano, que sigue siendo una cuestión para la legislación ordinaria, de manera que no se ha creado sino una ficticia expectativa de equiparación de efectos entre uniones gitanas y uniones matrimoniales.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En el ordenamiento jurídico español el derecho a contraer matrimonio se conecta con el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social y con el derecho de libertad de conciencia, si bien el derecho a que se refiere nuestra Carta Magna se ve necesariamente limitado por el principio de laicidad del Estado y por el principio de no discriminación.

SEGUNDA.- En España el legislador, en ejercicio del margen de discrecionalidad que en materia matrimonial le es atribuido, ha optado por un sistema facultativo o de pluralidad de formas de tipo híbrido, en el que tienen cabida tanto la celebración de matrimonio civil como la de matrimonio religioso, ya sea canónico o evangélico, judío o islámico, todos los cuales surten efectos desde el momento mismo de su celebración, si bien el pleno reconocimiento de efectos civiles requiere de la inscripción bajo el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los artículos 42 y siguientes del Código Civil español.

TERCERA.- La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Muñoz Díaz c España*, de 8 de diciembre de 2009, trae causa de la negativa de las autoridades españolas a conceder pensión de viudedad a la demandante, casada por el rito gitano desde 1971 y cuyo vínculo no

63 Vid nota al pie nº 58.

64

De Dios Ramírez Heredia, 2005, p. 67.

fue inscrito en el Registro Civil. La negativa a dicha concesión se basó en el margen de discrecionalidad estatal en cuanto a la regulación del matrimonio y en la consecuente asimilación por la que en España parece haberse optado entre las uniones celebradas exclusivamente bajo los usos y costumbres del rito gitano y las convivencias *more uxorio*, a cuyos miembros no se les reconocería derecho a prestaciones de muerte y supervivencia hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Con fundamento en la mencionada Ley, en el Convenio-marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, en la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su unión y en una supuesta legítima expectativa creada en la misma en cuanto a su condición de cónyuge a raíz del comportamiento de las autoridades españolas al haberles concedido determinados documentos familiares, el Tribunal de Estrasburgo declara la existencia, por la denegación de la prestación de viudedad, de vulneración del principio de no discriminación en conexión con el derecho de propiedad recogido en el art. 1 del Protocolo núm. 1al CEDH, excluyendo que dicha violación del principio de igualdad sea también predicable en conexión con el derecho al matrimonio a que se refiere el art. 12 del Convenio de Roma.

CUARTA.- Pese al interés innegable de la sentencia del TEDH, una lectura detenida de la misma parece que nos permitiría cuestionar el alcance de la que la han pretendido dotar determinados sectores, especialmente los medios de comunicación, y ello desde el momento en el que no se insta ningún avance en cuanto a una ampliación en la legislación matrimonial o, cuanto menos, en la interpretación de la misma, que permita adaptar la regulación jurídica a una sociedad plural en la que el ejercicio de la libertad de conciencia en cuanto al derecho al matrimonio no quede encorsetado en la posibilidad de elección entre el matrimonio civil y una serie tasada de matrimonios de tipo religioso, sino que se amplíe a un abanico de posibilidades que responda a las necesidades culturales de nuestro tiempo.

QUINTA.- El enfoque propuesto no tendría por qué considerarse concurrente respecto de los propios objetivos y funciones del TEDH y ello desde el momento en que, sobre todo a partir de 2000, el carácter meramente declarativo de las sentencias de Estrasburgo va difuminándose progresivamente en favor de una cada vez mayor capacidad de control del Tribunal respecto del cumplimiento de sus sentencias por los Estados condenados. Se trata así de cuestionar el verdadero alcance de la resolución adoptada por el TEDH en el asunto *Muñoz Díaz c. España*, especialmente dada la relevancia que derechos que, como el de libertad de conciencia, adquieren para el libre desarrollo de la personalidad y, por ende, para la dignidad humana como fundamento de nuestro sistema de derechos.

BIBLIOGRAFÍA.

Amérigo, Fernando, “Libertad religiosa, laicidad del Estado e inmigración islámica”, en Paulino Ayuso, José (2007), *El islam en Europa hoy. Ilú: Revista de Ciencias de las Reiligiones. Anejo XXI*, Madrid, Publicaciones UCM.

Barbier, Marc (1995). *La laïcité*, París, L’Harmattan.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2010), “Sobre el matrimonio”, en *Aranzadi Civil (Tribuna)*, nº 22, Pamplona, Aranzadi Civil.

De Dios Ramírez Heredia, Juan (2005), *Matrimonio y boda de los gitanos y de los “payos”*, Barcelona, CPEDA.

Gutiérrez del Moral, María Jesús (2003), *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona, Atelier.

Llamazares Fernández, Dionisio (2002), *Derecho de la libertad de conciencia, Vol. I (2ª Ed.)*, Madrid, Civitas.

Murillo Muñoz, Mercedes (2006), *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dykinson.

Queralt Jiménez, Argelia (2008), *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.

Ripol Carulla, Santiago (2007), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier.

Ruiz Miguel, Carlos (1997), *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos.

Rodríguez Cardo, Iván (2007), “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 16, Pamplona, Aranzadi.

Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (2009), “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, en *Aranzadi Social*, nº 18, Pamplona, Aranzadi.