

SARA GIMÉNEZ, FERNANDO REY

La discriminación de una mujer gitana ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sara Giménez Giménez, abogada, gitana, responsable del Área de Igualdad de la Fundación Secretariado Gitano y Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Valladolid y Vocal del Patronato de la Fundación desde 2005, resumen en este artículo las cuestiones de índole jurídica del caso de “la Nena”, la viuda gitana a quien el Tribunal de Estrasburgo ha dado la razón tras una década de reclamación de su pensión de viudedad en los tribunales españoles (más información sobre el caso en la sección de Noticias de este mismo número).

Una versión en inglés de este artículo ha sido publicada en la revista *Roma Rights* del European Roma Rights Centre (ERRC).

A lo largo de este artículo estudiaremos el caso de discriminación de María Luisa Muñoz “la Nena”, una mujer gitana española a quien la máxima instancia judicial de su país le negó el derecho a percibir la pensión de viudedad (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2007) y que llevó su caso, con la ayuda de la Fundación Secretariado Gitano, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Estrasburgo, máxima instancia judicial europea. Este Tribunal ha reconocido finalmente el derecho a la pensión de viudedad a M^a Luisa Muñoz en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009, en la que se concluye que la negativa del Estado español a concederle la pensión por haberse casado por el rito gitano es discriminatoria y se condena al Estado español a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante en la cantidad de 70.000 euros.

Es de gran importancia que el lector conozca la situación concreta de la demandante, para entender el incorrecto abordaje del caso realizado por el Tribunal Constitucional español y la resolución ajustada a derecho obtenida por el Tribunal Europeo de Derechos humanos (ST 8 de diciembre de 2009), quien ha tenido en cuenta la situación concreta de esta mujer gitana y las implicaciones que ello conlleva en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

M^a Luis Muñoz se casó en el año 1971 con su esposo, atendiendo a la única forma que ella consideraba correcta, los usos y cos-

tumbres de su pueblo¹. En el año 1971 la comunidad gitana se encontraba en España en una época preconstitucional en la que los gitanos y las gitanas no gozaban de una ciudadanía plena ya que todavía había regulaciones persecutorias de sus señas de identidad². En ese momento los gitanos y gitanas desconocían en su mayoría los trámites procedimentales del matrimonio, se casaban únicamente bajo su uso y costumbre (actualmente la comunidad gitana goza de mayor información en cuanto a los trámites registrales, la situación es diferente, los matrimonios celebrados bajo la costumbre gitana se inscriben en el registro civil).

- En ese momento, M^a Luisa tiene conocimiento de que según la administración española no ha estado casada, apreciación imposible para ella, ya que se casó de buena fe bajo la costumbre de su pueblo y cumplió perfectamente con el rol de mujer gitana casada

1 El pueblo gitano celebra el matrimonio atendiendo a sus usos y costumbres en España desde el año 1425, fecha de la que data un Salvoconducto por el que el Rey Alfonso V permite recorrer el Reino de Aragón a Juan de Egipto el Menor.

2 Hay que tener en cuenta que hasta el Reglamento de la Guardia Civil española de 1943 establecía en su art. 4 y 5: “Se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando mucho de reconocer todos los documentos que tengan, averiguar su modo de vida....”.

M^a Luisa Muñoz, siempre se ha considerado correctamente casada, cumplió con su rol como mujer gitana casada; cuidando de su familia, dependiendo económicamente de su marido, no realizando actividad laboral alguna fuera de casa, educando y cuidando de sus seis hijos. El matrimonio ha gozado de apariencia jurídica porque la propia administración lo había reconocido: disponían de Libro de Familia (desde 1983), de título de Familia numerosa (desde 1986), y todos los familiares del marido estaban reconocidos como tales en su cartilla de la Seguridad Social. Y, a mayor abundamiento, la recurrente no pudo en 1971 contraer matrimonio de carácter civil (nadie podía hacerlo en esas fechas).

Su marido, cumplió con sus obligaciones laborales, realizando un enorme esfuerzo por normalizarse en la sociedad mayoritaria, dejando la dedicación profesional de los oficios tradicionales gitanos y desarrollando una actividad laboral normalizada; como albañil, cotizó a la Seguridad Social como cualquier otro trabajador durante más de 19 años.

Cuando lamentablemente M^a Luisa se queda viuda en el mes de diciembre del año 2000, con seis hijos a su cargo, quiere ejercer el derecho que le corresponde a la pensión de viudedad y la respuesta de la administración española es que se le deniega la pensión porque consideran que no ha estado casada, que el matrimonio celebrado bajo sus usos y costumbres y con apariencia jurídica hasta ese momento, no era válido.

En ese momento, M^a Luisa tiene conocimiento de que según la administración española no ha estado casada, apreciación imposible para ella, ya que se casó de buena fe bajo la costumbre de su pueblo y cumplió perfectamente con el rol de mujer gitana casada; ahora que necesita ejercitar su derecho a la pensión de viudedad para poder mantener a sus hijos, le dicen que no ha estado casada por un error meramente procedimental. ¿Ante qué situación de discriminación y desamparo se encontró M^a Luisa Muñoz ante la respuesta del sistema jurídico español?

Desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, consideramos que en este caso podemos apreciar diversos tipos de discriminación padecidos por la demandante ante la resolución que los Tribunales españoles dieron a su caso:

a) Discriminación por indiferenciación: si se enfoca el trato idéntico que se ha prestado a la demandante y su esposo respecto de otras parejas que, con carácter general, por no contraer matrimonio de acuerdo a las normas civiles aplicables, no han podido tener acceso a la pensión de viudedad, podríamos concluir, en primer lugar, que estamos en presencia de un caso claro de discriminación por indiferenciación.

En estos supuestos se violaría el principio constitucional de igualdad no por tratar de modo diferente a casos sustancialmente semejantes, sino por tratar de modo idéntico a casos sustancialmente diferentes. Es una discriminación por igualación. En efecto, algunos factores relevantes diferencian el caso de la Nena respecto de otros que pudieran plantearse en los que no estuviera presente el factor étnico/racial. Al no distinguir ambos tipos de supuestos, se estaría incurriendo en una discriminación por no tratar jurídicamente de modo diferente situaciones fácticamente desiguales. El Tribunal de Estrasburgo ha apreciado la posible validez de la discriminación por indiferenciación en el asunto Thlim-

menos contra Grecia, de 6 de abril de 2000 y esta doctrina podría extenderse al caso en presencia. Es preciso recordar en este momento la brillante afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005) de la visión de “la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza”. Y en las Sentencias Beard, Coster, Chapman, Smith y Lee contra Reino Unido, de 18 de enero de 2001, también sostuvo que “la vulnerabilidad de los gitanos implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio”. De nuevo se insistirá en esta idea en la citada Sentencia D.H. y otros contra Chequia, de 13 de noviembre de 2008 (párrafo 181): “La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares”. Y añade: “la diversidad cultural (de los gitanos) tiene valor para toda la sociedad” ¿Cómo conciliar esta interpretación con la que en su momento efectuó el Tribunal Constitucional español? ¿Cómo compatibilizar la idea de que la comunidad gitana requiere una protección especial (Sentencia D.H. y otros), la tesis de que la diversidad cultural (por ejemplo, el rito secular del matrimonio gitano) es un valor en una sociedad democrática y el tratamiento que se le concede, idéntico al de cualquier pareja que, sin ningún tipo de motivación racial o étnica, no ha contraído matrimonio de acuerdo con las normas civiles? En definitiva, estamos en presencia de un claro caso de discriminación (racial/étnica) por indiferenciación.

- Es preciso recordar la brillante afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005) de la visión de “la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza”

- La Sentencia del TEDH sobre el caso de la Nena no puede leerse como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país

b) Por otro lado, si se analiza el trato dispensado a la recurrente y su esposo respecto de otros matrimonios legalmente constituidos (los primeros no tendrían acceso a la pensión de viudedad, los segundos sí), habría que considerar que se produce en perjuicio de la recurrente dos tipos de discriminaciones:

1º) En primer lugar, una **discriminación racial/étnica indirecta o de impacto**. El Tribunal de Estrasburgo acaba de incorporar en su jurisprudencia este concepto de discriminación indirecta en la Sentencia D.H. y otros contra la República de Chequia, de 13 de noviembre de 2007. El concepto es bien conocido en el ordenamiento de la Unión Europea y en la mayoría de los Estados europeos. En el caso, se habría otorgado un trato diferente a la recurrente (la denegación de la pensión de viudedad) en atención a un rasgo, factor o criterio no sospechoso o neutro desde el punto de vista racial, sexual, etc. (la exigencia de forma legal de matrimonio para acceder a la pensión de viudedad), pero que, de hecho, impacta de forma adversa sobre las personas de un grupo en desventaja (viudas casadas conforme al rito gitano) sin que exista una justificación suficiente (la diferenciación no constituye una exigencia objetiva o indispensable para la consecución de un objetivo público legítimo –o al menos, el Estado no lo ha justificado). En principio, el legislador estatal puede anudar, por razones de seguridad jurídica, la prestación de una pensión de viudedad a unas formas de convivencia y no a otras. Pero al excluir por completo la forma derivada de la costumbre gitana en un momento histórico en el que la demandante no podía (sino de modo muy limitado) contraer matrimonio civil, se

estaría excluyendo, de hecho, el acceso a la pensión de viudedad a todo un grupo de mujeres por razones étnicas/raciales.

2º) En segundo lugar, una **discriminación múltiple (por combinar los criterios étnicos/raciales y los de género)**. El concepto de discriminación múltiple, al que se refieren diversos textos normativos de la Unión Europea, no ha encontrado, sin embargo, por el momento, reconocimiento judicial. La demanda invita al Tribunal a apreciarlo por primera vez. La demandante es tratada de modo distinto y peor que las viudas que sí han contraído matrimonio legalmente porque es gitana y es mujer al mismo tiempo, es decir, porque es una mujer gitana. Ciertamente, también un varón gitano hubiera sido discriminado si se le hubiera denegado una pensión de viudedad por las mismas razones, pero la figura de la pensión de viudedad, aunque no disponible sólo para las mujeres, despliega un sentido específico (en cantidad y cualidad) en relación las mujeres. En el caso en presencia, se ha discriminado a una mujer gitana por una situación que sólo puede tener por víctimas a mujeres gitanas. La demandante vivió conforme al rol de las mujeres gitanas de su tiempo; se casó atendiendo a los usos del pueblo gitano, se dedicó al cuidado de sus hijos y de su hogar, no ejerciendo actividad laboral alguna fuera de casa, dependiendo económicamente de los ingresos de su marido. Cuidó de su esposo hasta la muerte y cumplió con todas sus obligaciones como esposa, pero, llegado el momento, se le ha negado jurídicamente una pensión de viudedad en una situación que hubiera sido muy difícilmente aplicable a una mujer no gitana o a un varón gitano. Se trata de una discriminación específica: es una discriminación múltiple porque la víctima sólo puede ser una mujer gitana.



La Sentencia del TEDH

Tras exponer el abordaje desde el punto de vista de la lucha contra la discriminación, vamos a analizar la resolución que ofrece a este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009³:

La Sentencia falla a favor de una mujer española gitana a la que las autoridades nacionales deniegan una pensión de viudedad por haber contraído matrimonio por el rito gitano en el año 1971. Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero.

El caso tiene interés, en primer lugar, porque supone una revocación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril, que había desestimado el amparo de la recurrente negándose a considerar tanto los particulares elementos en presencia, como los aspectos étnicos obviamente presentes. La Sentencia del Tribunal español es un magnífico ejemplo de enfoque *race blind*, indiferente al factor étnico.

Ha quedado de nuevo acreditado que el Tribunal Constitucional español carece de una interpretación seria contra la discriminación racial. No es casual que sólo haya resuelto dos casos (frente a las decenas de conflictos por discriminación de género, por ejemplo), que los dos casos hayan sido fallados en sentido contrario al solicitado por el miembro de la minoría discriminada racialmente y, por último, que los dos casos hayan sido revertidos por organismos internacionales de derechos humanos.

Uno de ellos, el Tribunal de Estrasburgo, que estamos analizando ahora, y el otro es el famoso caso Williams, resuelto por la STC 13/2001, de 29 de enero, que desestimó el recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra, por considerar que dicho requerimiento no obedeció ni a una discriminación patente ni a una encubierta (a pesar de que sólo a ella, de entre todos los pasajeros que descendieron del tren, se le exigió). Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación nº 1493/2006), de 27 de julio de 2009, con-

traría al art. 26 leído conjuntamente con el art. 2.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Así pues, es posible suponer que el fallo del Tribunal Europeo en el caso de la Nena pueda ser entendido como una llamada de atención a la línea de interpretación del Tribunal caracterizada por ser *race blind*, excesivamente condescendiente hacia las autoridades y con nula sensibilidad hacia el factor étnico en presencia.

¿Cómo ha argumentado el Tribunal Europeo? Lo primero que hay que constatar es que el Tribunal se ha negado a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles no supone ni una violación del derecho a contraer matrimonio del art. 12 del Convenio de Roma, ni tampoco una forma de discriminación racial prohibida por el art. 14 de ese mismo Convenio. El matrimonio civil estaría abierto en España a los gitanos de idéntica forma que a los no gitanos. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país.

La Sentencia no tiene un efecto general u objetivo que previsiblemente pueda desplegarse en muchos otros casos posteriores; más bien se trata de un fallo que intenta ofrecer una solución más justa a un caso concreto. La argumentación expone, en primer lugar, una vez admitido que el interés patrimonial de la demandante (derivada de la denegación de la pensión de viudedad) entra dentro del campo de aplicación del art. 1 del Protocolo Adicional del Convenio de Roma (relativo al derecho de propiedad), la doctrina del Tribunal sobre la prohibición de discriminación del art. 14 CR, en tres puntos: 1º) Qué significa "discriminar" 2º) Cuál es el margen de apreciación de los Estados en este campo y 3º) La inversión de la carga de la prueba.

(1º) Discriminar consiste en tratar de modo diferente, sin justificación objetiva y razonable, a personas situadas en posiciones comparables. La carencia de justificación objetiva y razonable significa que la distinción no persigue un fin legítimo o que carece de una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

(2º) Los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar si y en qué medida las diferencias entre unas situacio-

1 El abordaje jurídico del caso desarrollado por la Fundación Secretariado Gitano desde el año 2001 hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasa por las siguientes instancias:

- 27 de marzo de 2001. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) deniega la prestación de viudedad por "no ser o haber sido cónyuge del fallecido..."
- 10 de mayo de 2001. El INSS desestima reclamación previa.
- 11 de enero de 2002. Presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social Nº 12 de Madrid (demanda 25/2002) solicitando la pensión.
- 30 de mayo de 2002. Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 12 de Madrid (STC 217/2002) favorable a M^a Luisa Muñoz.
- 7 de noviembre de 2002. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid emite una nueva sentencia (637/2002) revocando la resolución anterior. El principal argumento de la misma es que "el matrimonio, para que produzca efectos civiles, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos".
- 12 de diciembre de 2002. M^a Luisa presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- 6 de mayo de 2003. El Tribunal Constitucional admite el recurso (el noventa por ciento de los recursos ante el Tribunal Constitucional no se admiten a trámite).
- 16 de abril de 2007. Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se deniega el recurso de amparo. Destacar el voto particular en contra del Magistrado Jorge Rodríguez Zapata.
- 17 de noviembre de 2007. Tras agotar la vía judicial española, la Fundación Secretariado Gitano presenta a través de sus abogados demanda al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 26 de mayo de 2009. El TEDH señala la Vista para tratar la demanda de M^a Luisa
- 8 de diciembre de 2009. Finalmente se resuelve favorablemente el caso por parte de este Tribunal con la Sentencia de 8 de diciembre.

nes y otras justifican diferencias de trato. La apreciación de este margen depende de las circunstancias, los ámbitos y el contexto. Así, por ejemplo, el art. 14 CR no prohíbe a un Estado tratar a los miembros de minorías de modo diferente para corregir desigualdades de hecho. Al revés, bajo ciertas condiciones, es la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad la que puede comportar, si carece de justificación objetiva y razonable, una violación del Convenio.

(3º) Cuando un demandante invoque la existencia de una diferencia de trato discriminatoria incumbe a las autoridades nacionales demostrar que esa diferencia está justificada.

Una vez recordada su jurisprudencia sobre el significado de la prohibición de discriminación, el Tribunal la aplica al caso concreto en examen. Pero antes de analizar esto, nos permitimos observar, de entrada, que sólo el primer punto va a ser realmente decisivo en la solución del caso. En efecto, el Tribunal no va a considerar el margen estatal de apreciación ni la inversión de la carga de la prueba, porque se trata de asuntos no problemáticos aquí. Sin embargo, si hubiera sido interesante, en nuestra opinión, que el Tribunal apreciara aplicable al caso las afirmaciones vertidas en el mencionado punto 2º), en los últimos párrafos. Allí se expone, sin denominarla expresamente de este modo, la doctrina de la discriminación por indiferenciación, que el Tribunal estimó en algún caso anterior. La Sentencia no va a argumentar por la vía de las categorías del derecho antidiscriminatorio, en este caso, de la discriminación por indiferenciación (ni tampoco por la de discriminación indirecta o la de múltiple, que acaso podrían haber sido aplicables tal y como hemos explicado anteriormente), sino por el camino de los efectos que es preciso conceder, casi por una cuestión de equidad, a un matrimonio no válido legalmente, pero sí celebrado de buena fe y cuya apariencia de matrimonio válido ha sido robustecida incluso por las autoridades nacionales. Precisamente, es esta elección del campo argumentativo la que va a limitar en el futuro el valor de esta Sentencia como precedente (ya que será difícil encontrar supuestos comparables a los que sufrió la demandante).

El Tribunal estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como

- Esta Sentencia tiene también una lectura “política” en la medida en que supone un serio aviso para las autoridades nacionales de tomarse la prohibición de discriminación racial en serio, es una resolución referente para impulsar la aplicación práctica del principio de Igualdad

son la existencia de buena fe en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas han tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a cómo han tratado otras situaciones comparables a la suya, de buena fe matrimonial. Según el Tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana, se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez o la apariencia de validez al menos de ese matrimonio: el Libro de familia, el título de Familia numerosa, la cartilla de la Seguridad Social, documentos oficiales todos ellos. Afirma con vigor la Sentencia: “Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia... (todos esos documentos oficiales), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad”. También tiene en cuenta el Tribunal que en el año 1971, cuando se unieron, sólo había un rito válido, el católico (para eximirse del cual había que apostatar previamente).

A todo esto el Tribunal añade otro argumento, el argumento étnico. La Sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante en que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, “que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española”. El Tribunal recuerda “el consenso internacional” en el seno del Consejo de Europa “por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto”. Pues bien, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que “la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares”. Esta afirmación es la que cuestiona el único magistrado discrepante, el Juez Myjer, para quien el Estado español no sería de ningún modo responsable de la ignorancia de la señora Muñoz (más bien se trataría de un error), y el caso perseguiría más bien reconocer la validez del matrimonio gitano (tal como habrían reflejado algunos medios de comunicación).

En consecuencia, se trata de una Sentencia para celebrar, de una Sentencia que hace justicia en un caso concreto de una mujer perteneciente a una minoría tradicionalmente víctima de la discriminación, resuelto previamente de modo rutinario y pobre por las autoridades judiciales españolas, pero que argumenta, a nuestro juicio, de un modo limitado, poco coherente, escasamente riguroso y menos creativo aún. En cualquier caso, esta Sentencia tiene también una lectura “política” en la medida en que supone un serio aviso para las autoridades nacionales de tomarse la prohibición de discriminación racial en serio, es una resolución referente para impulsar la aplicación práctica del principio de Igualdad. Esto es una buena noticia que queremos celebrar con toda la sociedad y muy especialmente con la comunidad gitana. ●