

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

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

Estoy en desacuerdo con la argumentación y con la conclusión de que no existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní a los efectos de lucrar la prestación por viudedad. Mi desacuerdo se refiere también al restringido alcance que se reconoce a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz c. España*.

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

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

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

No está, pues, controvertido que el pueblo romaní constituye una minoría discriminada y que, por tanto, resultan de aplicación a sus miembros las normativas antidiscriminatorias que, al margen de la prohibición general de discriminación reconocida en los textos fundamentales de derechos humanos (art. 27 PIDCP; art. 14 y Protocolo núm. 12 CEDH; arts. 20 a 22 CDFUE), aparecen desarrolladas, en el ámbito internacional, en el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1969), y, en el ámbito europeo, en el ya citado Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995 y en la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE L 180, de 19 de julio de 2000).

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

Considero necesario destacar determinados aspectos de estas regulaciones que son relevantes para este caso. En primer lugar, la importancia que se reconoce al reconocimiento de

las singularidades culturales y la prohibición de políticas de asimilación. Así, el art. 5 del Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales de 1995, establece, en el apartado primero, que *“las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural”*; y, en el apartado segundo, que *“sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación”*.

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

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

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

La discriminación indirecta por pertenencia a una minoría nacional o por razones de origen étnico aparece también definida en el art. 2 de la citada Directiva 2000/43/CE cuando afirma que *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda*

justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

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

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

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia defiende de manera extensa que los supuestos enjuiciados en aquel caso y en el presente tienen contextos normativos y objetos diferentes, cosa que imposibilita alcanzar la misma conclusión. En aquel caso –se argumenta– la normativa reguladora de la prestación de jubilación quedaba restringida a las uniones matrimoniales registradas. Por consiguiente, el análisis del posible trato discriminatorio indirecto se hacía comparando estas uniones matrimoniales con las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní. En el presente caso –se concluye– la reforma operada

por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, admite la generación del derecho a pensión en las uniones de vida no matrimoniales registradas, por lo que la comparación se produce entre la unión de vida registrada y la unión de vida no registrada, por más que esta se haya celebrado conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

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

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

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

más alcance en relación con los miembros de las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní.

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

6. Ante la falta de datos estadísticos más precisos –explicable por la prohibición del uso de datos identificativos de la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico en los censos de población–, diferentes estudios estiman que los miembros del pueblo romaní residentes en España serían entre 650.000 a 800.000 personas, lo que representaría en torno al 1,57 % de la población española [datos elaborados por el Consejo de Europa y utilizados por la Comisión europea en el documento “Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020”, de 5 de abril de 2011, COM(2011) 173 final]. Estos datos se elevan de 725.000 a 750.000 e incluso hasta un millón en la Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana en España 2012-2020, aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2012. El “Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza”, elaborado en 2019 por Iseak y la Fundación Secretariado Gitano, se llegan a manejar cifras que oscilarían entre las 800.000 y 1.500.000 personas.

No menos complejo es establecer los datos sobre la situación de estado civil en la comunidad romaní. En el trabajo “Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007”, publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en el año 2011, se afirma que el porcentaje de familias romaníes compuestas de manera nuclear por un matrimonio –con o sin hijos– es del 64,1 %, frente al de la población general, que es del 54,7 %; y que la unión de vida por su rito cultural tradicional de forma exclusiva está presente en un 28 % de las personas casadas de esta comunidad, mientras que el resto formaliza esta unión de manera combinada con la religiosa o la

civil. Se señala, significativamente, que, atendiendo a la proporción por grupos de edad de miembros de la comunidad con uniones de vida celebradas conforme a sus tradiciones no registradas, podría estar aumentando la proporción de quienes se deciden por uniones tradicionales no inscritas. Por contraposición, en la población general, según datos aportados por el INE respecto de 2001, solo un 6 % de las uniones censadas en España eran de hecho frente a las que estaban formalmente registradas como matrimonio; y en la población general se ha mantenido en torno al 15 % el número de parejas que optan por uniones de vida frente al 85 % que lo hacen por el matrimonio entre los años 2014 a 2019, según la “Encuesta continua de hogares” del INE.

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

7. Cualitativamente, este prejuicio también aparece especialmente como relevante para los miembros de esta minoría nacional derivado de la doble circunstancia de que, por un lado, la pensión de viudedad se constituye como una prestación contributiva que se vincula a periodos de cotización no despreciables (alta o situación asimilada al alta de 500 días dentro de un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o 15 años a lo largo de toda la vida laboral); y, por otro, que, de acuerdo con el ya citado “Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza” (2019), la comunidad romaní presenta un desempleo de larga duración que afecta al 70 % de las mujeres y al 76% de los varones, con una cronicidad –más de cuatro años desempleados– que afecta al 30 % de ellas y al 42 % de ellos, con una incidencia notablemente superior a la de la población general; pues las probabilidades de tener un empleo de la población general es del 63,1%, mientras que la de la población gitana es del 29,9%.

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

8. Antes de formular una conclusión sobre la existencia de efectos desfavorables para los miembros del pueblo romaní respecto de otros colectivos que opten por la no formalización de su unión de vida, no puedo dejar de referirme al hecho de que del perjuicio que origina este tratamiento podría derivarse un cierto sesgo de discriminación indirecta por motivos de género, el cual suscitaría la duda sobre si la situación creada envuelve una dimensión de discriminación interseccional. Según datos oficiales correspondientes al Anuario de 2019 del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de las 1.625.640 personas que cobran la pensión de viudedad, 61.911 son varones y 1.563.712 son mujeres. Esta situación se ve acrecentada por la singular circunstancia de que en la comunidad romaní, según los datos aportado en el ya citado trabajo “Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007”, el sustentador principal de la familia nuclear compuesta por un matrimonio con o sin hijos es el varón en el 83 % de los casos.

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

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

A estos efectos, creo que no es preciso un desarrollo más extenso que el expuesto sobre esta cuestión en el voto particular formulado a la sentencia de casación impugnada, cuando las magistradas disidentes señalan que, tomando como punto de partida consideraciones antropológicas referidas a esta comunidad, la unión de vida celebrada conforme a sus tradiciones culturales, con independencia de su ineficacia jurídica, tiene un indubitado valor comunitario que hace redundante e innecesaria la común exigencia para la población general del cumplimiento de las formalidades de su inscripción en registros específicos. En última instancia, si la regla de la exigencia de inscripción se vincula como medio probatorio para acreditar la existencia de una unión de vida, la realidad cultural de la comunidad romaní respecto de este tipo de uniones supera la satisfacción de la finalidad buscada con dicha exigencia, convirtiéndola en desproporcionada desde la perspectiva de la prohibición de discriminación.

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

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

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

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

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil veintiuno.