



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS  
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE  
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE  
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés,  
en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro documento del TEDH.*

SECCIÓN TERCERA

**ASUNTO ALDEGUER TOMÁS c. ESPAÑA**

*(Demanda nº 35214/09)*

**SENTENCIA**

**ESTRASBURGO**

**14 de junio de 2016**

*Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44.2 del  
Convenio. Puede estar sujeta a revisión editorial.*

**En el asunto Aldeguer Tomás c. España,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

Helena Jäderblom, *Presidenta*,  
Helen Keller,  
Johannes Silvis,  
Branko Lubarda,  
Pere Pastor Vilanova,  
Alena Poláčková, *jueces*,  
Blanca Lozano Cutanda, *jueza ad hoc*

y Stephen Phillips, *Secretario de Sección*,

Tras deliberar en privado el 17 de mayo de 2016

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

**PROCEDIMIENTO**

1. El asunto se inició mediante demanda (nº 35214/09) contra el Reino de España, interpuesta ante el Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por Antonio Aldeguer Tomás, de nacionalidad española (“el demandante”), el 22 de junio de 2009.
2. El demandante, a quien se le reconoció asistencia letrada, estuvo representado por M. Ródenas Pérez, abogado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”) estuvo representado por su agente F.A. Sanz Gandasegui, Abogado del Estado.
3. El demandante reclamó con arreglo al artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 8, que fue discriminado en base a su orientación sexual ya que se le denegó una pensión de viudedad tras la muerte de su pareja, con el que había convivido en una relación marital de hecho durante doce años. En cuanto al fondo, el demandante se basó igualmente en el artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.
4. El 18 de octubre de 2013 se le comunicó la demanda al Gobierno.
5. El juez Jose Luis López Guerra, juez electo por España, se abstuvo en el presente caso (artículo 28 del Reglamento). El 11 de febrero de 2015, el Presidente de la Sección nombró en consecuencia a Blanca Lozano Cutanda para actuar como jueza ad hoc (artículo 26.4 del Convenio y artículo 29.1 (a) del Reglamento).

**HECHOS**

**I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO**

6. El demandante nació en 1955 y vive en Pozuelo de Alarcón, Madrid.
7. El demandante convivió con otro hombre en una relación homosexual desde 1990 hasta la muerte de este último el 2 de julio de 2002. Durante todo ese tiempo convivieron en un apartamento perteneciente a la pareja del demandante. Cuando su pareja murió, la hermana y heredera única de la pareja del demandante le donó a

- este, en atención a la relación con su hermano, un apartamento propiedad del fallecido y en el que la pareja pasaba las vacaciones desde 1990.
8. El 19 de septiembre de 2003 el demandante reclamó el subsidio de la seguridad social en calidad de cónyuge superviviente, con arreglo al artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando que había convivido con su compañero fallecido durante varios años.
  9. El 22 de septiembre de 2003, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) rechazó otorgar al demandante una pensión de viudedad sobre la base de que, al no estar casado con el fallecido, no podía ser considerado como cónyuge superviviente a efectos de lo establecido en el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Dicha resolución se notificó formalmente el 13 de junio de 2005.
  10. El 1 de julio de 2005, se aprobó la Ley 13/2005 que modificaba el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, entrando en vigor dos días después. Esta norma legalizó el matrimonio homosexual en España. En cumplimiento de la disposición adicional primera, las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del género de sus integrantes (ver párrafo 35 más abajo).
  11. El 5 de julio de 2005, el demandante interpuso una reclamación previa contra la resolución de 22 de septiembre de 2003. El INSS denegó dicha reclamación el 11 de agosto de 2005, indicando que no existía ningún precepto en la normativa en vigor, a efectos de los derechos de la seguridad social, que considere viudo/a a la persona que estuviese conviviendo con el causante.
  12. El 26 de septiembre de 2005 el demandante impugnó dicha resolución ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid (“Juzgado de lo Social”)
  13. Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005, el Juzgado de lo Social falló a favor del demandante. El Juzgado de lo Social destacó en primer lugar que los hechos del caso debían evaluarse a la luz de la nueva Ley 13/2005, que ya estaba en vigor y era considerada constitucional por el juzgado. Respecto al fondo, el Juzgado de lo Social manifestó que lo que estaba en juego era si el demandante, en calidad de pareja superviviente en una relación homosexual que finalizó (tras la muerte de su pareja) antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, tenía derecho a una pensión de viudedad. El Juzgado de lo Social reiteró que, en aplicación de la jurisprudencia interna sólidamente establecida, el miembro superviviente de parejas solteras no tenía derecho a una pensión de viudedad con arreglo al artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, siendo el matrimonio un elemento constitutivo para acceder a cualquier beneficio de la seguridad social; que al demandante se le impidió casarse con su pareja ya que el matrimonio homosexual no estaba reconocido por el derecho interno cuando falleció su pareja; que la administración de la seguridad social se basó en el hecho de que la pareja no estaba casada para rechazar la pensión de viudedad del demandante; y que era evidente que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, los cónyuges de matrimonios homosexuales tenían derecho a una pensión de viudedad en pie de igualdad con los supervivientes de matrimonios heterosexuales.
  14. El Juzgado de lo Social opinó que la solución al asunto legal planteado por el demandante dependía de si de la Ley 13/2005 podía deducirse que la intención del legislador era que los cónyuges supervivientes de parejas homosexuales a quienes les hubieran impedido casarse con arreglo a la legislación anterior pudieran acceder a una pensión de viudedad en pie de igualdad con las parejas homosexuales que

podían casarse tras la entrada en vigor de dicha Ley. El Juzgado de lo Social señaló al respecto las disposiciones y la exposición de motivos de la Ley 13/2005 para afirmar que la nueva legislación tenía una voluntad igualitarista, y que desde su entrada en vigor, el 3 de julio de 2005, todas las disposiciones legales referentes al matrimonio debían interpretarse sobre la base de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005 enteramente aplicable al matrimonio homosexual (ver párrafo 35 más abajo). El Juzgado de lo Social manifestó al respecto que:

“Se trata de una disposición amplísima que despliega sus efectos en todas las demás del ordenamiento en las que alguna referencia al matrimonio se realice. Desde este momento cuando el legislador hable en cualquier norma de matrimonio se estará refiriendo también al contraído entre personas del mismo sexo. De este modo quien deba interpretar o aplicar cualquier disposición relativa al matrimonio deberá hacerlo proporcionando un trato igualitario sin considerar el igual o distinto sexo de los cónyuges”.

15. El Juzgado de lo Social recordó además que la disposición adicional décima, norma segunda, de la 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, reconocía el derecho a obtener una pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, y que uno de ellos hubiera fallecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981.
16. El Juzgado de lo Social destacó que dicha disposición fue incluida con el fin de dar solución a los casos en los que las parejas de hecho heterosexuales no se podían casar con arreglo a la normativa en vigor en aquel momento, y por tanto no tenían derecho a una pensión de viudedad, por encontrarse uno de sus miembros o ambos casado todavía con otra persona de la que no podía divorciarse, al ser legalmente imposible divorciarse en España hasta la aprobación de la Ley 30/1981. El Juzgado de lo Social consideró que la situación del demandante eran “por completo comparable” con las citadas en la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 ya que:

“- el actor no pudo contraer matrimonio con su pareja por impedirlo la legislación vigente;  
- el actor convivió maritalmente con su pareja y hasta su fallecimiento;  
- este se produjo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005”

17. El Juzgado de lo Social reconoció, sin embargo, que mientras que la ley 30/81 velaba por los derechos de quienes constituyendo una pareja de hecho heterosexual, no podían casarse porque el divorcio era ilegal, la ley 13/2005 vela por los derechos de quienes no han podido casarse por razón de su orientación sexual, siendo esta distinción el mayor impedimento para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad por parte del demandante.
18. En cualquier caso, el Juzgado de lo Social consideró que tratar de forma diferente a ambos grupos no responde a la amplia voluntad igualitarista demostrada por el legislador al aprobar la Ley 13/2005 y que, por tanto, la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 era aplicable al demandante por aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. El Juzgado de lo Social declaró lo siguiente:

“Por ello la interpretación que estimo más ajustada a la voluntad del legislador es la siguiente:

## Sentencia Aldeguer Tomás c. España

- Si la DA 1ª de la ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes.
- Y una de ellas, actualmente vigente para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, es la DA 10ª.2º de la ley 30/81.
- La única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerlo con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho.
- Y para en definitiva conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la DA 10ª.2 de la ley 30/81, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho como el enjuiciado en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual [del demandante]”.

19. Respecto a la declaración de la administración de que en el área de los beneficios de la seguridad social el principio rector es el de la falta de retroactividad de las leyes y que en cumplimiento de la normativa en vigor en el momento del fallecimiento de la pareja del demandante no podía beneficiarse de una pensión de viudedad, el Juzgado de lo Social opinó que el principio general no era absoluto y que no se llevaba a la práctica cuando una norma específica otorga reciprocidad a las leyes más favorables a los ciudadanos, como ocurre en el caso actual. Por tanto, la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 debería leerse a la luz de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005.
20. Respecto al grado de retroactividad que debe otorgarse a la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981 en el caso del demandante, el Juzgado de lo Social se apoyó en los efectos constitutivos de la Ley 13/2005 que creaba nuevos derechos y era efectiva únicamente desde la fecha de entrada en vigor. En consecuencia, el Juzgado de lo Social reconoció el derecho del demandante a percibir una pensión de viudedad con efectos 3 de julio de 2005.
21. El INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social interpusieron un recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia.
22. El 18 de septiembre de 2006, el Tribunal Superior de Justicia estimó la suplicación y revocó la sentencia en primera instancia, manifestando que la intención del legislador no era que la Ley 13/2005 amparase las uniones homosexuales que finalizasen a causa del fallecimiento de uno de sus miembros antes de que la citada ley entrase en vigor ni que la falta de protección de dichas uniones fuesen consideradas discriminatorias a la luz del artículo 14 de la Constitución Española.
23. Para el Tribunal Superior de Justicia, únicamente desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005 que reconoció el matrimonio homosexual y que esta norma afectaba otros derechos para aquellas personas que deseaban casarse a partir de entonces. Por tanto, el Tribunal manifestó que la Ley 13/2005 no tenía efectos retroactivos, salvo disposición expresa en contrario, que no se produce en el presente caso.
24. El Tribunal Superior de Justicia también declaró que incluso cuando la Ley 13/2005 estaba inspirada por el principio constitucional de igualdad, la legislación previa que impedía el matrimonio homosexual no podía considerarse inconstitucional por ser contrario a cualquier principio constitucional o al derecho a no ser discriminado. Este Tribunal se refirió a la jurisprudencia constitucional desde 1994 de conformidad con el requisito de heterosexualidad a efectos del matrimonio era plenamente constitucional y que entraba en los márgenes de ponderación de las autoridades para considerar el matrimonio heterosexual de forma más favorable que las uniones homosexuales. En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia mantuvo que a pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 (ver

- párrafo 35 más abajo) se hace referencia al trato discriminatorio que por orientación sexual ha existido históricamente, el objetivo del legislador al aprobar esta ley es, simplemente, dar respuesta a esta realidad social y otorgar a los homosexuales el derecho a casarse, pero no proteger las uniones homosexuales que ya se habían extinguido antes de su promulgación.
25. El Tribunal Superior de Justicia se refiere a la jurisprudencia constitucional respecto a la que la diferencia en el trato jurídico entre particulares a causa de los sucesivos cambios legislativos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación, incluso si puede considerarse que dichos sujetos pueden encontrarse en situaciones similares. Dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulación, es el legislador quien debe establecer las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su entrada en vigor.
  26. El Tribunal Superior de Justicia indicó al respecto que la Ley 13/2005 no contempla previsión alguna que afecte a situaciones entre parejas homosexuales ya extinguidas en el momento de su entrada en vigor y que la ley se refiere exclusivamente a parejas homosexuales existentes en ese momento y con intención de contraer matrimonio en el futuro. Dicho Tribunal consideró que la diferencia entre la situación anterior y la posterior a la aprobación de la Ley 13/2005 era esencialmente una expresión del principio de sucesión normativa no afectada por el derecho constitucional respecto al derecho a no ser discriminado.
  27. Respecto a la aplicación al presente caso de la disposición adicional décima, norma segunda, de la Ley 30/1981, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid manifestó que dicha disposición no era aplicable al caso del demandante por dos razones básicas. Primero, esta disposición no podía tenerse en cuenta entre las disposiciones a las que se refería la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. La disposición adicional 10.2 era, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, de naturaleza provisional o transitoria y estaba prevista para aquellos casos específicos en los que uno de los miembros había fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981. No estaba pensada para regular situaciones futuras. En segundo lugar, dicha disposición estaba prevista para una situación completamente diferente a la del demandante. La disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 pretendía garantizar una pensión de viudedad a aquellos heterosexuales a quienes se les hubiera impedido casarse con una tercera persona porque el divorcio no era legal en el momento del fallecimiento de esta última. La imposibilidad de volver a casarse por parte de los afectados por la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 se basaba en el hecho de que el divorcio era ilegal en aquel momento. En su condición de heterosexuales tenían acceso al matrimonio. Por el contrario, las parejas homosexuales tenían absolutamente prohibido casarse antes de la Ley 13/2005 ya que el matrimonio se restringía a las parejas heterosexuales.
  28. Además, el Tribunal Superior de Justicia afirmó que el demandante nunca podría haber cumplido el requisito de haber convivido como matrimonio *more uxorio* establecido por la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, ya que únicamente quienes en principio podían casarse pero que por cualquier razón no se les permitía podían cumplir los requisitos de las uniones de hecho. El demandante y su pareja no podrían haber convivido “maritalmente” antes de la entrada en vigor de la Ley

13/2005, porque antes de su entrada en vigor el matrimonio entre dos hombres no estaba permitido.

29. El demandante interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina. Mediante auto de 27 de junio de 2007, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) declaró el recurso inadmisiblesobre la base de la falta de relevancia de la sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de noviembre de 2003. Dicho auto se notificó el 26 de julio de 2007.
30. Basándose en los artículos 14 (principio de igualdad y prohibición de discriminación) y 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante resolución de 11 de febrero de 2009, notificada el 17 de febrero, el Tribunal constitucional declaró el recurso inadmisibles toda vez que el demandante no había satisfecho la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

## II. DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL APLICABLE Y DOCTRINA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.

### A. La Constitución

31. Las disposiciones aplicables de la Constitución española son las siguientes:

#### **Artículo 9**

“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.  
(...)”

#### **Artículo 14**

“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”.

#### **Artículo 32**

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.  
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”.

#### **Artículo 39**

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.  
(...)”

## **B. El Código Civil**

32. Las disposiciones aplicables del Código Civil son las siguientes:

### **Artículo 2**

“3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”.

## **C. 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.**

33. Las disposiciones aplicables de la Ley de Divorcio son las siguientes:

### **Disposición adicional décima**

“Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

Primera. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

Segunda. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

Tercera. El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio...”

## **D. El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en vigor en el momento de la muerte de la pareja del demandante (“Ley General de Seguridad Social”).**

34. Con arreglo al artículo 174.1 de la “Ley General de Seguridad Social”, las relaciones extramatrimoniales no generan derecho a una pensión de viudedad al superviviente incluso cuando haya existido convivencia entre ambos. En consecuencia, la concesión de una pensión de viudedad está condicionada a la existencia de un matrimonio válido entre el fallecido y el demandante/superviviente. El matrimonio se considera “válido” si se ha celebrado de conformidad con una de las formas establecidas en el artículo 49 del Código Civil.

**E. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.**

35. Las disposiciones aplicables de la Ley 13/2005 son las siguientes:

**Preámbulo**

“La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta.

Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”.

**Artículo único. Modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.**

“El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

**Disposición adicional primera. Aplicación en el ordenamiento.**

“Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”.

**F. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.**

36. La Ley 40/2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, modificó el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 174.3), reconociendo por primera vez el derecho a una pensión de viudedad de parejas solteras, heterosexuales u homosexuales, que hubieran convivido ininterrumpidamente durante más de cinco años antes de la muerte del causante. Además, la disposición adicional tercera de dicha Ley reconoció retroactivamente este derecho a las parejas de hecho que hubieran enviudado antes de la entrada en vigor de dicha norma y cuando el superviviente se encontrase en una situación de especial necesidad. Al respecto, la disposición adicional tercera estableció, entre otros requisitos, que el causante y el beneficiario “hubieran tenido hijos comunes”. La solicitud debía ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (ver *Muñoz Díaz c. España*, nº 49151/07, § 30, TEDH 2009).

**G. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

37. En su auto 222/1994, de 11 de julio de 1994, el Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo solicitando que se reconociesen los efectos equivalentes al matrimonio de la convivencia *more uxorio* de dos homosexuales, a efectos de la pensión de viudedad. Declaró que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ní existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 de la Constitución)”. El Constitucional ratificó la constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial. En consecuencia, se aceptó que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. El Tribunal Constitucional se basó en la jurisprudencia del Tribunal con arreglo al artículo 12 del Convenio (*Rees c. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, § 11, Serie A nº 106, y *Cossey c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 22, Serie A nº 184).

38. El Tribunal Constitucional adoptó el mismo enfoque en su auto de 21 de octubre de 1999 en el caso *Mata Estevez c. España* ((dec.), nº 56501/00, TEDH 2001-VI), en el que se decidió inadmitir el recurso de amparo porque estaba mal fundado.
39. El 30 de septiembre de 2005, setenta y dos miembros del Parlamento (en aquel momento representantes de la oposición) interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005 ante el Tribunal Constitucional. Alegaron que la Ley 13/2005 desnaturalizaba el concepto de matrimonio contenido en el artículo 32 de la Constitución Española, que se refiere explícitamente a mujer y hombre.
40. En su sentencia 198/20012 de 6 de noviembre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad y concluyó que la Ley 13/2005 se ajustaba plenamente al artículo 32 de la Constitución. Respecto a la situación antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, el Constitucional no consideró necesario abordar la cuestión de si las parejas homosexuales hubieran tenido derecho constitucional a casarse en ese momento.
41. En su sentencia 41/2013 de 14 de febrero de 2013, el Tribunal Constitucional consideró que el requisito de haber tenido hijos para acceder a una pensión de viudedad en el caso de uniones de hecho establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (ver párrafo 36 anterior) incumplía el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional estimó que la diferencia de trato establecido por la ley, basada en el requisito de haber tenido hijos en común, conducía a un resultado desproporcionado denegando a determinados supervivientes de parejas solteras (homosexuales y heterosexuales que no habían tenido hijos propios o adoptados en común, por razones legales o biológicas) el acceso a la protección provista por la prestación. Por tanto, concluyó que la diferencia de trato carecía de una justificación objetiva y razonable. El Constitucional consideró que no era necesario examinar si la disposición impugnada era también discriminatoria sobre la base de la orientación sexual. A los efectos de este fallo, el Tribunal Constitucional indicó que el hecho de declarar inconstitucional el requisito de haber tenido hijos en común, de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, no suponía que quienes no hubieran solicitado una pensión de viudedad dentro del plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley podían hacerlo en ese momento. Tampoco esta sentencia cuestiona la autoridad del *res judicata* de sentencias definitivas en las que los juzgados han llevado a la práctica el requisito impugnado.
42. En su sentencia 92/2014 de 10 de junio de 2014 el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, tal y como se reconocía antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 sobre medidas de seguridad social. El Tribunal Constitucional examinó este asunto en el contexto de un recurso de amparo interpuesto por un demandante que demandó, con arreglo al artículo 14 de la Constitución, respecto a la denegación de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja homosexual en 2002 (antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007). El Constitucional se refirió al margen de discrecionalidad del legislador en el ámbito de los derechos de la seguridad social y al auto en el caso *Mata Estevez c. España* (citado anteriormente), en el que el Constitucional aceptó que la exclusión de las parejas homosexuales del esquema de seguridad social de pensiones de viudedad no incumplía el artículo 8, puesto en relación con el artículo 14 del Convenio. En opinión del Tribunal Constitucional,

únicamente le corresponde al legislador decidir cuando ampliar el derecho a la pensión de viudedad a otras situaciones, y en qué medida hacerlo. Es lo que el Parlamento español hizo introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005 (permitiendo casarse a los homosexuales y beneficiarse de las pensiones de viudedad) y ampliando en 2007 el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, bajo ciertas condiciones. De conformidad con el Constitucional, esta era la elección del legislador y la situación existente con anterioridad no podía, por sí misma, considerarse incompatible con el principio de igualdad, amparado por el artículo 14 de la Constitución.

43. El Tribunal Constitucional puso en práctica los principios planteados en su sentencia 92/2014 y por tanto rechazó en cuanto al fondo varios recursos de amparo, incluyendo aquellos en los que el demandante contó con la demanda por analogía de la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 (ver, por ejemplo, las sentencias 124/2014 de 21 de julio de 2014, 157/2014 de 6 de octubre de 2014, en las que el Ministerio Fiscal confirmó el otorgamiento del amparo a los interesados).

#### **H. La jurisprudencia del Tribunal Supremo**

44. En su sentencia de 29 de abril de 2009, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) resolvió en amparo sobre el fondo para la unificación de doctrina respecto a asuntos concretos de pensiones de viudedad para parejas homosexuales en las que uno de sus miembros hubo fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. El Tribunal Supremo indicó que la Ley 13/2005 no contenía disposición transitoria alguna otorgando efectos retroactivos a situaciones vis-à-vis anteriores a la entrada en vigor de la ley. Tampoco fue posible aplicar por analogía la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, que únicamente se refería a parejas de hecho heterosexuales a quienes se les impidió casarse ya que el divorcio era ilegal antes de 1981. La situación de las parejas homosexuales antes de 2005 era totalmente diferente, cuando el matrimonio homosexual no estaba regulado y no existía el derecho constitucional al matrimonio homosexual antes de esta fecha. En opinión del Tribunal Supremo, la Ley 13/2005 no se promulgó para eliminar una discriminación preexistente contraria a la Constitución. Su objetivo fue el de crear un nuevo marco de derechos y obligaciones para las parejas homosexuales, únicamente con efectos *ex nunc* para el futuro.
45. La sentencia del Tribunal Supremo contiene un voto particular del Magistrado F. Salinas Molina, formulado conjuntamente con otros cuatro magistrados de la Sala de lo Social. Los magistrados discrepantes consideraron que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 debería aplicarse por analogía a las parejas homosexuales a quienes se les impidió casarse antes de 2005. Esta aplicación por analogía se basaba en la similitud entre ambas situaciones (existencia de un impedimento legal para contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la nueva ley y la imposibilidad de casarse tras esa fecha por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja), y en el hecho de que en ambos casos el objetivo de la pensión era cubrir las necesidades del superviviente. El hecho de que durante el proceso legislativo respecto a la Ley 13/2005 no se deliberase sobre el ámbito transitorio o retroactivo de la ley no significa que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no fuese aplicable por analogía. Además, la Ley 13/2005 tenía el

propósito de asegurar la igualdad completa para las parejas homosexuales en el tema del matrimonio, incluyendo los derechos y beneficios sociales. En consecuencia, los magistrados debían interpretar y aplicar la legislación de conformidad con dicho objetivo, para evitar un trato discriminatorio. Los magistrados disconformes hicieron referencia a la jurisprudencia del Tribunal, así como al artículo 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y al artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## I. Documentación pertinente del Consejo de Europa

46. En su Recomendación 924 (1981) sobre discriminación contra los homosexuales, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE, por su acrónimo en inglés) criticó las diferentes formas de discriminación contra los homosexuales en determinados Estados Miembros del Consejo de Europa. En la Recomendación 1474 (2000) sobre la situación de gays y lesbianas en Estados miembros del Consejo de Europa, emplazó a los Estados miembros, entre otras, a adoptar legislación sobre parejas de hecho. En la Recomendación 1470 (2000) sobre una situación más concreta en relación con gays y lesbianas y sus parejas respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa, recomendó al Comité de Ministros que apremiase a los Estados miembros, *inter alia*, “a revisar sus políticas en el campo de los derechos sociales y la protección de migrantes con el fin de asegurar que las parejas homosexuales y sus familias sean tratadas de la misma forma que las parejas heterosexuales y sus familias...”.

47. La Resolución 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de abril de 2010, titulada “Sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género”, emplaza a los Estados miembros a “asegurar el reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales cuando la legislación nacional prevé dicho reconocimiento, como ya recomendó la Asamblea en 2000”, disponiendo *inter alia*:

“16.9.1. iguales derechos y obligaciones pecuniarias que las pertenecientes a parejas heterosexuales;

16.9.2. condición de “familiares”

16.9.3. medidas para asegurar que, cuando un miembro de una relación homosexuales es extranjero, a dicho miembro se le otorgan iguales derechos de residencia que si lo solicitase manteniendo una relación heterosexual;

16.9.4. reconocimiento de disposiciones con efectos similares adoptados por otros Estados miembros;”

48. En la Recomendación CM/Rec (2010)5 sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, el Comité de Ministros recomendaba a los Estados miembros que:

“1. examinen las medidas legislativas y de otra índole existentes, velen por su revisión continua, y recopilen y analicen datos pertinentes, con el fin de vigilar y reparar toda discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual o identidad de género;

2. velen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y a promover la tolerancia hacia las mismas;

(...)"

49. La Recomendación exponía igualmente lo siguiente:

“23. En los casos en que la legislación nacional confiera derechos e imponga obligaciones a las parejas no casadas, los Estados miembros deberían velar por que dicha legislación se aplique de un modo no discriminatorio a parejas tanto del mismo sexo como de sexo diferente, incluyendo la pensión de supervivientes y a los derechos de arrendamiento.

24. En los casos en que la legislación nacional reconozca el registro de parejas del mismo sexo, los Estados miembros deberían tratar de asegurar que su condición jurídica y sus derechos y obligaciones sean equivalentes a los de las parejas heterosexuales en una situación comparable.

25. En los casos en que la legislación nacional no reconozca ni confiera derechos, ni imponga obligaciones, a las parejas del mismo sexo registradas y a las parejas no casadas, se invita a los Estados miembros a contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales o de otro tipo para abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna (incluso frente a parejas de sexo diferente)”

## **J. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**

50. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha examinado el asunto de los derechos prestacionales para parejas supervivientes homosexuales en dos casos particulares. En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos declaró una vulneración del artículo 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (igualdad ante la ley y prohibición de discriminación). En el primer caso, *Young v. Australia*, Comunicación nº 941/2000 de 6 de agosto de 2003, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente (notas al pie omitidas):

“10.3. El Comité observa que el Estado Parte no hace referencia expresa a los artículos impugnados de la ley (art. 5 E y E 2) y art. 11) sobre cuya base se denegó al autor una pensión porque no se ajustaba a la definición de "miembro de una pareja" al no "vivir con un miembro del sexo opuesto". El Comité observa que el Estado Parte no niega que rechazar la concesión de una pensión por este motivo sea una interpretación correcta de la VEA y se limita a referirse a otros motivos que aparecen en la ley por los que se podría haber rechazado la solicitud del autor. El Comité considera que una simple lectura de la definición de "miembro de una pareja" recogida en la ley sugiere que el autor nunca habría reunido las condiciones necesarias para obtener una pensión, independientemente de si cumplía todos los demás criterios establecidos en la VEA, ya que no vivía con un miembro del sexo opuesto. El Estado Parte no refuta esta afirmación. Por consiguiente, corresponde al Comité decidir si, al negar al autor una pensión con arreglo a la VEA porque era del mismo sexo que el fallecido Sr. C., el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto.

10.4. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello

se derivaban. De los artículos impugnados de la VEA se deduce que las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja heterosexual que cohabita (que pueden demostrar que tienen una relación "de tipo matrimonial") se ajustan a la definición de "miembro de una pareja" y por tanto de "persona a cargo", a los efectos de recibir prestaciones de pensión. En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual”.

51. En el caso *X. v. Colombia*, comunicación nº 1361/2005 del 30 de marzo de 2007, el Comité de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente (notas al pie omitidas):

“ 7.1 El autor afirma que la negativa del los tribunales colombianos a concederle una pensión basándose en su orientación sexual viola sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto. El Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que son varios los factores de orden social y jurídico tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja y, que éste no está obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990 a todas las parejas y grupos sociales diversos existentes, unidos o no por lazos sexuales o afectivos. Toma nota igualmente de la afirmación del Estado Parte que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno.

7.2 El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. 5 Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. 6 El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado

Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

## K. La protección de los derechos humanos del sistema interamericano

52. En el caso *Atala Riffo e hijas v. Chile* ((fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C n° 239), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la decisión de los tribunales chilenos de retirar la custodia de tres niñas a su madre lesbiana constituyó trato discriminatorio sobre la base de su orientación sexual, vulnerando su derecho a la igualdad (artículo 24 puesto en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y su derecho a la vida privada y familiar (artículo 11.2 y 17.1 de la Convención Americana).
53. Respecto al supuesto derecho de las hijas de la Sra. Atala Riffo de vivir en una familia “normal y tradicional”, argumento utilizado por los tribunales chilenos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente (notas al pie omitidas):

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)”.

144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso *Karner c. Austria*, que:

“El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”.

145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

54. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 5/14 de 2 de abril de 2014 (*Asunto 12.841 Angel Alberto Duque v. Colombia*), examinó un caso en el que el demandante reclamaba que se le había denegado una pensión de

viudedad en base a su orientación sexual. La Comisión Interamericana consideró lo siguiente (notas al pie omitidas):

“74. Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es “objetiva y razonable” se efectúa caso por caso, tanto la Comisión y la Corte, así como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos de análisis: (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro .

75. En función de ello, corresponde entonces analizar si la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho a la pensión de sobrevivencia se encontraba justificada por un fin legítimo y, de ser así, si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

76. La Comisión ha establecido en el capítulo correspondiente a hechos probados que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque como compañero permanente de JOJG se basó expresa y exclusivamente en que se trataba de una pareja conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones ni en la respuesta proporcionada por COLFONDOS ni en las decisiones respecto al recurso de tutela, ni en el expediente ante la CIDH. En especial, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, al confirmar la sentencia de primera instancia, sostuvo que la exclusión de las parejas del mismo sexo se justificaba en base a que la pensión de sobrevivientes tendía a “proteger la familia”, entendida como “la unión de un hombre y una mujer, únicos potencialmente capaces de conservar la especie”.

77. En tal sentido, la Comisión advierte que las razones esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir a la presunta víctima del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de “proteger la familia”. Como primer acercamiento, la Comisión considera que dicho fin puede, en abstracto, constituir un fin legítimo que el Estado puede perseguir al momento de restringir derechos.

78. Sin embargo, al analizar el requisito de la idoneidad del medio empleado, la Comisión advierte que el razonamiento esgrimido por las autoridades administrativas y judiciales puede operar tan sólo sobre la base de un concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que “en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma” . La Comisión entiende que tal razonamiento discriminatorio quiebra el nexo de causalidad entre el fin buscado y el medio empleado, sin que quede satisfecho el requisito de idoneidad. En vistas de ello, resulta innecesario continuar con el análisis de los demás requisitos para la legitimidad de la restricción.

79. A mayor abundamiento, la Comisión considera que el hecho de que la jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional ampliara la protección legal a todos los tipos de familia, refleja que no existían razones para mantener ese concepto restringido de familia.

(...)

81. En virtud de lo anterior, la Comisión considera que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque”.

55. El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la Corte Interamericana. En *Duque v. Colombia* ((excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C n° 310), la Corte Interamericana concluyó que Colombia había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, amparado por el artículo 24 de la Convención Americana, puesto en relación con el artículo 1.1 (§§ 89-138). Consideró que la exclusión de las parejas homosexuales del derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la legislación colombiana aplicable en el momento de los hechos (2002) fue discriminatoria por motivos de orientación sexual. El hecho de que el Tribunal Constitucional declarase la exclusión inconstitucional en 2008 no reparó la vulneración, ya que no estaba claro que conforme a la legislación actual al demandante se le hubiera podido otorgar una pensión de viudedad con efectos retroactivos.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 PUESTO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO Y EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO 1 DEL CONVENIO.

56. El demandante reclamó haber sido discriminado a causa de su orientación sexual ya que, como superviviente de una unión homosexual de hecho, se le había denegado una pensión de viudedad. El demandante reclamó en concreto la diferencia de trato entre las parejas homosexuales de hecho que habían sido incapaces de lograr reconocimiento jurídico antes de la legalización del matrimonio homosexual en 2005, y las parejas solteras heterosexuales a quienes no se les permitió casarse antes de que el divorcio se legalizase en España en 1981. El demandante se basó en el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio.

57. El Tribunal reitera que, teniendo jurisdicción para calificar jurídicamente los hechos del caso, no se considera obligado por la jurisdicción otorgada por un demandante o un gobierno (ver, entre otra jurisprudencia, *Tarakhel v. Suiza* [GC], n° 29217/12, § 55, ECHR 2014; y *Gherghina v. Rumanía* (dec.) [GC], n° 42219/07, § 59, de 9 de julio de 2015). En virtud del principio de *jura novit curia*, por ejemplo, ha examinado de oficio las demandas con arreglo a artículos o párrafos no alegados por las partes. En el caso actual, cuando se le comunicó la demanda al Gobierno, se solicitó a las partes que remitiesen observaciones sobre si el rechazo por parte de las autoridades a garantizar una pensión de viudedad al demandante vulneró el artículo 14 del Convenio y/o el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

Aunque el demandante en sus observaciones no se basa expresamente en el artículo 1 del Protocolo 1, el Tribunal considera apropiado examinar el caso remitido desde el punto de vista del artículo 14 en relación también con el artículo 1 del Protocolo 1.

58. En consecuencia, las disposiciones pertinentes respecto a la demanda del demandante son las siguientes:

**Artículo 14**

“El disfrute 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”.

**Artículo 8**

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, ...

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

**Artículo 1 del Protocolo 1**

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

**A. Admisibilidad**

59. El Gobierno alegó que el demandante no invocó el derecho a la propiedad ni en el procedimiento interno ni en su demanda ante el Tribunal. Es más, destacó que tampoco se invocó ante el Tribunal Constitucional debido al hecho de que no está entre los derechos y libertades susceptibles de amparo. Por tanto, el Gobierno solicitó al Tribunal declarar inadmisibles esta parte de la demanda por no haber agotado los recursos internos de conformidad con el artículo 35.1 del Convenio. El Gobierno se refirió a este respecto al razonamiento del Tribunal en el asunto *Schalk y Kopf v. Austria* (nº 30141/04, §§ 112-115, TEDH 2010). El Gobierno resaltó igualmente que en cualquier caso el demandante no se había dirigido al Tribunal en los seis meses siguientes a la última resolución interna a efectos de la citada disposición.
60. El Tribunal reitera que el artículo 35.1 del Convenio requiere que las pretensiones ante Estrasburgo deban ser previamente planteadas ante los tribunales internos, al

- menos en cuanto al fondo (ver, por ejemplo, *Castells v. España*, de 23 de abril de 1992, § 32, Serie A n° 236; *Vučković y otros v. Serbia* [GC], n° 17153/11, § 72, de 25 de marzo de 2014).
61. El Tribunal indica que en el caso actual, aunque el demandante no se basó expresamente en el derecho a la propiedad (tanto con arreglo al artículo 1 del Protocolo 1 como con arreglo al artículo 33 de la Constitución Española) ante el Juzgado de lo Social o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el objeto de la controversia ante dichos juzgados estaba relacionado con la supuesta vulneración del artículo 14 del Convenio puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1 en lo que respecta a la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales, en relación con la obtención de una pensión de viudedad. El Tribunal había manifestado con anterioridad que el interés en recibir una pensión de viudedad estatal puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Şerife Yiğit v. Turquía* [GC], n° 3976/05, § 58, de 2 de noviembre de 2010; *Muñoz Díaz*, anteriormente citado, §§ 42-46). En dichas circunstancias, el Tribunal considera que el demandante interpuso ante los tribunales internos, al menos en cuanto al fondo, la demanda respecto a su derecho a una pensión de viudedad.
62. Respecto a la aplicación de la regla de los seis meses, el Tribunal indica que no existe recurso de amparo respecto al derecho a la propiedad. En consecuencia, la resolución interna definitiva aplicable del artículo 1 del Protocolo 1 fue el auto de 27 de junio de 2007 (notificado el 26 de julio de ese mismo año) por el que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declaró inadmisibile la demanda en cuanto al fondo interpuesta por el demandante, y no la resolución del Tribunal Constitucional sobre la supuesta vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo, concretamente los establecidos en los artículos 8 y 14 del Convenio. Por el contrario, un recurso de amparo era por tanto necesario ante las reclamaciones respecto a la vida privada y familiar y de discriminación contrarias al artículo 14 – que están en el núcleo de la demanda ante el Tribunal- que podían trasladarse al Tribunal. Además, la demanda con arreglo al artículo 14 podía realizarse únicamente puesta en relación con otros derechos garantizados por el Convenio. El hecho de solicitar que los demandantes demandasen ante el Tribunal en dos fechas diferentes con el fin de cumplir con la particularidad de la normativa interna, incluso cuando no se basa solamente en el artículo 1 del Protocolo 1, sería interpretar el plazo de seis meses demasiado escrupulosamente. El Tribunal está más de acuerdo en mantener el espíritu y el objetivo del Convenio para tratar conjuntamente las demandas del demandante con la finalidad de determinar cuándo comienza a contar el plazo de seis meses en el caso actual. En este sentido, se reitera que la norma de los seis meses es autónoma, y debe interpretarse y aplicarse de acuerdo con los hechos en cada caso particular con el fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a una demanda particular (*Fernández-Molina González y otros v. Spain* (dec.), n° 64359/01, TEDH 2002-IX; *Sociedad Anónima del Ucieza v. España*, n° 38963/08, § 45, de 4 de noviembre de 2014). En consecuencia, el Tribunal manifiesta que dicha demanda se interpuso en el plazo de los seis meses concedido por el artículo 35.1 del Convenio.
63. El Tribunal, por tanto, rechaza las objeciones del Gobierno al respecto. Es más, declara que la demanda del demandante no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35.3.a) del Convenio. Además, indica que no es inadmisibile por otros motivos. Por tanto debe ser admitida a trámite.

## B. Fondo

### 1. Alegaciones de las partes

64. El demandante alegó que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que básicamente se había rechazado la pensión de viudedad, resultó en el incumplimiento de su derecho a no ser discriminado a causa de su orientación sexual. Declaró que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid debería haber interpretado la normativa interna de igual forma que el Juzgado de lo Social, con el fin de evitar un trato discriminatorio, y debería por ello haber reconocido su derecho a una pensión de viudedad.
65. Basándose en la sentencia del Juzgado de lo Social, el demandante declaró que la intención igualitaria del legislador al respecto parecía clara de acuerdo con la redacción de la Ley 13/2005. Además, sostuvo que este espíritu igualitario también se detectó en el ámbito de las parejas solteras, según puede deducirse de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre medidas en el ámbito de la seguridad social. En concreto, la disposición adicional tercera de esta Ley amplió con efecto retroactivo el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables con arreglo a determinadas circunstancias. Tal y como el Tribunal Constitucional ha establecido en su reciente jurisprudencia, el objetivo de una pensión de viudedad es compensar al miembro superviviente por los gastos económicos sufridos por la muerte de su pareja, indemnizándole con una cantidad que depende de las aportaciones realizadas al sistema de seguridad social pertinente por parte del miembro fallecido.
66. El demandante, además, citó la sentencia del Juzgado de lo Social, en la que se establecía que era una situación absolutamente análoga a la del miembro superviviente soltero de una relación heterosexual con derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Alegó que había sido víctima de una diferencia de trato basada únicamente en su orientación sexual y que dicha discriminación carecía de justificación objetiva.
67. El Gobierno afirmó que no es el Tribunal quien ha de determinar qué normativa interna debe aplicarse a cada caso concreto. Por ello, el aspecto jurídico en el caso actual es evaluar si la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al declarar que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no se aplica al caso en cuestión, debido al incumplimiento expreso de reconocimiento retroactivo del derecho a una pensión de viudedad en la Ley 13/2005, equivalía a discriminación con arreglo al artículo 14 del Convenio.
68. En este sentido, el Gobierno señaló que la demanda actual no suscita controversia alguna con arreglo al artículo 14 del Convenio porque la situación del demandante no era en absoluto parecida a la situación de aquellos a quienes el legislador intentó beneficiar con la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981. Por ello, afirma que la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 no es término de comparación, en tanto que tenía el objetivo muy concreto de aportar una solución provisional y extraordinaria a la situación de parejas heterosexuales a quienes se les impidió casarse debido a la prohibición del divorcio que había estado en vigor hasta la promulgación de la Ley 30/1981.
69. Alternativamente, el Gobierno alegó que si el Tribunal comparase ambas situaciones, no satisfaría los elementos requeridos por su jurisprudencia para alegar discriminación. Sostiene que la diferencia de trato entre la Ley de 1981 y la Ley de 2005 perseguía un “fin legítimo” y tuvo una “justificación objetiva y razonable”.

Mediante la Ley 30/1981 el legislador en aquel momento derogó la prohibición de divorciarse, que era absolutamente injusta y contraria al consenso europeo entonces en vigor, cuya disposición adicional 10.2 estaba dirigida a proteger a los particulares privados de su derecho al matrimonio en aplicación de dicha prohibición y que en consecuencia no tenían derecho a una pensión de viudedad. La Ley 13/2005, por el contrario, estableció una nueva institución sobre la que no se había obtenido consenso en Europa. En consecuencia, no hubo diferencia de trato discriminatorio en la decisión de restringir el derecho a una pensión de viudedad a las parejas homosexuales casadas tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

70. EL Gobierno, además, expuso que, tal y como el Tribunal resolvió en *Schalk y Kopf* (citado anteriormente), si los Estados Contratantes no tenían obligación, con arreglo al artículo 12 del Convenio o con arreglo al artículo 8 puesto en relación con el artículo 14, de reconocer el matrimonio homosexual y el ámbito de reconocimiento de las relaciones homosexuales debía contemplarse todavía como uno de los derechos en evolución en los que los Estados deben disponer de un margen de discrecionalidad en el momento de introducir los cambios legislativos, sería completamente inapropiado por parte del Tribunal solicitar que se aplicase retroactivamente la normativa reconociendo el matrimonio homosexual y, además, que este efecto retroactivo fuese análogo al de la disposición transitoria promulgada veinticuatro años antes con la intención de dar solución a situaciones muy concretas respecto a las parejas heterosexuales a quienes se les había impedido casarse. Imponer dicha obligación eliminaría todo margen de discrecionalidad del Estado ya que supondría en la práctica hacer retroceder los efectos de esa normativa a una fecha veinticuatro años anterior a su aprobación.
71. Por último el Gobierno aceptó que, a diferencia de la Ley 13/2005, la Ley 40/2007 establece una disposición que incluye la retroactividad limitada para reconocer el derecho a una pensión de viudedad antes de la entrada en vigor de dicha ley. Sin embargo, manifestó que dicha disposición era irrelevante en el caso actual y que se dejaba a criterio del legislador interno decidir si se ampliaban o no a las parejas solteras los beneficios inicialmente garantizados únicamente a las parejas casadas.

## 2. Valoración del Tribunal

### a) Aplicación del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

72. El Tribunal comienza señalando que el artículo 8 del Convenio no garantiza como tal el derecho a beneficiarse de un régimen de la seguridad social concreto o un derecho de concesión de la pensión de viudedad (ver, *mutatis mutandis*, *P.B. y J.S. v. Austria*, nº 18984/02, § 25, de 22 de julio de 2010; *Youri Romanov v. Rusia*, nº 69341/01, § 45, de 25 de octubre de 2005). El Tribunal reitera que por lo que respecta a la vida familiar del artículo 8 del Convenio, esta noción no incluye únicamente dimensiones de una naturaleza social, moral o cultural, si no que también abarca intereses materiales (*Merger y Cros v. Francia*, nº 68864/01, § 46, de 22 de diciembre de 2004).
73. En el caso actual, el demandante formuló su demanda con arreglo al artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el Gobierno no disputó la aplicabilidad de dichas disposiciones, en referencia a *Schalk y Kopf v. Austria*,

- citado anteriormente, §§ 92-95. El Tribunal declara apropiado seguir este razonamiento (*Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 88).
74. El Tribunal ha señalado repetidamente que el artículo 14 complementa a las restantes disposiciones sustantivas del Convenio y de sus Protocolos. Su existencia no es independiente dado que tiene efecto únicamente en relación con el “disfrute de derechos y libertades” amparado por esas disposiciones. Aunque la aplicación del artículo 14 no presupone una vulneración de esas disposiciones –y en ese sentido es autónomo- no hay cabida para su aplicación a no ser que los hechos en cuestión entren en el ámbito de una o más de estas últimas (ver, entre otra jurisprudencia, *Petrovic v. Austria*, de 27 de marzo de 1998, § 22, *Informes 1998-II*; *E.B. v. Francia* [GC], nº 43546/02, § 47, de 22 de enero de 2008; *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 89; *X y otros v. Austria* [GC], nº 19010/07, § 94, TEDH 2013; y *Vallianatos y otros v. Grecia* [GC], nº 29381/09 y 32684/09, § 72, TEDH 2013 (extractos)). La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 se dirige a aquellos derechos adicionales, en el ámbito general de cualquier artículo del Convenio, que el Estado ha decidido voluntariamente sustentar (ver *E.B. v. Francia*, citado anteriormente, § 48; y *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, § 42).
75. El Tribunal indica, en base al expediente, que el demandante mantuvo una unión de hecho homosexual estable con su última pareja durante más de once años. No se cuestiona que su relación se encuadre en el ámbito de noción de “vida privada” en el sentido del artículo 8 del Convenio. El Tribunal destaca igualmente que en su sentencia *Schalk y Kopf*, se considera que, en vista de la rápida evolución en un número considerable de Estados miembros respecto a la concesión de reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales tras la decisión de *Mata Estevez* (citado anteriormente), “[sería] artificial mantener la opinión de que, a diferencia de las parejas heterosexuales, una pareja homosexual [no podría] disfrutar de “vida familiar” a efectos del artículo 8” (ver *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 94, respecto a la convivencia de parejas homosexuales en una unión de hecho estable; ver también, para parejas homosexuales sin convivencia, *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 73). El Tribunal opina que la relación del demandante con su última pareja entran en el ámbito de la “vida privada” y de la “vida familiar”.
76. Además, mientras que el artículo 8 no aborda el asunto de las pensiones de viudedad, la legislación española mantenía el citado derecho a los cónyuges y a los miembros supervivientes de las parejas heterosexuales solteras a quienes no se les permitió casarse antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (ver, *mutatis mutandis*, *Manenc v. Francia* (dec.), nº 66686/09, de 21 de septiembre de 2010). En consecuencia, el Estado, que fue más allá de sus obligaciones con arreglo al artículo 8 al crear el citado derecho –una posibilidad abierta con arreglo al artículo 53 del Convenio- no puede, en aplicación de ese derecho, tomar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14.
77. Por tanto, las circunstancias del caso actual entran en el ámbito del artículo 8 del Convenio, y es aplicable el artículo 14.
78. No se ha cuestionado que el caso actual entra en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1. El Tribunal ha manifestado previamente que el interés en recibir una pensión de viudedad por parte del Estado puede entrar en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Şerife Yiğit v. Turquía* [GC], nº 3976/05, § 58, de 2 de noviembre de 2010; *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, §§ 42-46). Por tanto, el artículo 14 se aplica igualmente puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1.

**b) Conformidad con el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1.**

*i. Principios generales*

79. De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, para que se suscite una controversia con arreglo al artículo 14, debe haber una diferencia de trato de sujetos en situaciones esencialmente análogas (*Burden v. Reino Unido* [GC], nº 13378/05, § 60, TEDH 2008). Esta diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue una finalidad legítima o si no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad que se intenta conseguir. Los Estados Contratantes disfrutaban de un margen de discrecionalidad en evaluar si las diferencias en situaciones análogas en su defecto justifican un trato diferente y hasta qué punto (ver *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 96; y *X y otros*, citado anteriormente, § 98). La noción de discriminación en el sentido del artículo 14 incluye aquellos casos en los que a una persona o a un grupo se les trata, sin justificación adecuada, de forma menos favorable que a otros, incluso cuando el trato más favorable no se plantea en el Convenio (ver *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, § 82, Serie A nº 94).
80. El Tribunal ha manifestado igualmente que el artículo 14 no prohíbe a un Estado contratante tratar a los grupos de forma diferente con el fin de corregir las “desigualdades jurídicas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias el incumplimiento en intentar corregir las desigualdades por medio de un trato diferente puede, sin una justificación objetiva y razonable, vulnerar dicho artículo (ver *Thlimmenos v. Grecia* [GC], nº 34369/97, § 44, TEDH 2000-IV; *Stec y otros v. Reino Unido* [GC], nº 65731/01 y 65900/01, § 51, TEDH 2006-VI; y *Muñoz Díaz*, citado anteriormente, § 48).
81. La orientación sexual es un concepto incluido en el artículo 14. El Tribunal ha manifestado de forma repetida que, igual que las diferencias basadas en el género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y onerosas” para justificarlas (ver, por ejemplo, *Smith y Grady v. Reino Unido*, nº 33985/96 y 33986/96, § 90, TEDH 1999-VI; *Karner v. Austria*, Nº 40016/98, §§ 37 Y 42, TEDH 2003-IX; Y *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 77). Cuando la diferencia de trato se basa en el género o en la orientación sexual, el margen de discrecionalidad del Estado es limitado (ver *Karner*, citado anteriormente, § 41, y *Kozak v. Polonia*, nº 13102/02, § 92, de 2 de marzo de 2010). Las diferencias basadas únicamente en consideraciones sobre la orientación sexual son inaceptables con arreglo al Convenio (ver *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, nº 33290/96, § 36, TEDH 1999-IX; *E.B.*, citado anteriormente, §§ 93 y 96; *X y otros*, citado anteriormente, § 99; y *Vallianatos y otros*, citado anteriormente, § 77).
82. Por otro lado, al Estado se le permite normalmente un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al Convenio cuando se trata de medidas económicas o sociales, que están estrechamente vinculadas con los recursos financieros del Estado (ver, por ejemplo, *Stec y otros*, citado anteriormente, § 52; y *Şerife Yiğit*, citado anteriormente, § 70). El conocimiento directo por parte de las autoridades de la sociedad y sus necesidades significa que en principio están en mejor posición que

el juez internacional para apreciar cual es el interés público. En este caso, el Tribunal respetaría en general la elección del legislador a no ser que “no tenga manifiestamente una base razonable” (ver *Dickson v. Reino Unido* [GC], nº 44362/04, § 78, TEDH 2007-V, y *Manzanas Martín v. España*, nº 17966/10, § 41, de 3 de abril de 2012). Es más, en el ámbito de derechos desarrollados sin un consenso establecido, el Tribunal ha admitido que los Estados deben disfrutar de un margen de discrecionalidad en el momento de introducir los cambios legislativos (ver *Stec y otros*, citado anteriormente, §§63-65; ver, en concreto, *Schalk y Kopf*, citado anteriormente, § 105, *M.W. v. Reino Unido* (dec.), nº 11313/02, de 23 de junio de 2009, y *Courten v. Reino Unido* (dec.), nº 4479/06, de 4 de noviembre de 2008, en relación con la introducción en Austria y Reino Unido de normativa sobre uniones civiles o inscritas).

ii. *Aplicación de los principios anteriores a los hechos del caso.*

83. El Tribunal observa desde el principio que la finalidad de la Ley 13/2005 era suprimir la distinción existente entre las parejas homosexuales y heterosexuales en relación con el derecho a casarse, desde la fecha de su entrada en vigor. En cuanto a las circunstancias del caso, el Tribunal indica que el rechazo de las autoridades internas en otorgar al demandante una pensión de viudedad se basaba exclusivamente en el hecho de que en aquel momento el demandante no estaba casado con su pareja fallecida, siendo el matrimonio una condición necesaria para recibir una pensión de viudedad y habiendo fallecido su pareja tres años antes del reconocimiento del matrimonio homosexual de conformidad con la Ley 13/2005. La demanda se refiere a la interpretación y aplicación de la normativa interna por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que no se reconoce el efecto retroactivo de la Ley 13/2005 a efectos del derecho a una pensión de viudedad, a diferencia de la solución facilitada por la Ley 30/1981 a las parejas de hecho heterosexuales, quienes, mientras era legalmente imposible casarse antes de la entrada en vigor de dicha ley, cumplían los requisitos para obtener una pensión de viudedad en virtud de la cláusula de retroactividad contenida en la disposición adicional 10.2. Para el demandante, al decidir no aplicar esta cláusula de retroactividad a su situación jurídica, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid provocó un trato discriminatorio basado únicamente en su orientación sexual.
84. El Tribunal reitera que su papel no es dictaminar sobre qué interpretación de la legislación interna es más correcta, si no determinar si la forma en la que la legislación se ha aplicado ha infringido los derechos garantizados al demandante con arreglo al artículo 14 del Convenio (ver, entre otra jurisprudencia, y *mutatis mutandis*, *Pla y Puncernau v. Andorra*, nº 69498/01, § 46, TEDH 2004 VIII; y *Fabris v. Francia* [GC], nº 16574/08, § 63, TEDH 2013 (extractos)).
85. En este caso, el demandante reclamó que su situación era absolutamente parecida o análoga a la del miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, quien, aunque tenía legalmente prohibido casarse con su pareja antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, tenía derecho a una pensión de viudedad en virtud de la cláusula de retroactividad expresamente incluida en dicha ley. El Gobierno, sin embargo, alegó en base a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que no había una verdadera similitud ya que las parejas homosexuales no podían casarse en absoluto antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005,

mientras que las parejas heterosexuales podían hacerlo pero no podían ejercer ese derecho ya que el divorcio era ilegal. Por tanto, la cuestión que debe abordar el Tribunal es si la situación del demandante es comparable a la situación suscitada en España un cuarto de siglo antes, respecto a un miembro superviviente de una pareja de hecho heterosexual, en la que una o ambas partes no puede volver a casarse porque están todavía casados con una tercera persona de la que no podían divorciarse con arreglo a la legislación en vigor en ese momento.

86. El Tribunal observa que existen ciertas similitudes entre ambas situaciones en lo abstracto: un obtáculo legal impide a las parejas homosexuales como la del demandante y a las parejas de hecho heterosexuales casarse y beneficiarse de los efectos legales inherentes a dicha institución; las parejas solteras habían convivido como pareja y uno de sus miembros falleció antes de la entrada en vigor de la nueva legislación que eliminó el impedimento legal para casarse.
87. Sin embargo, el Tribunal considera que estos elementos aislados no son suficientes para situar al demandante en 2005 en una posición absolutamente parecida a la de un miembro superviviente de una pareja heterosexual a quien no se le permitía casarse porque el divorcio hasta 1981 era ilegal. Tal y como indica el Gobierno, la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 tenía el fin específico de proporcionar una solución provisional y extraordinaria a aquellas parejas, otorgando al miembro superviviente el acceso a una pensión de viudedad con arreglo a ciertas condiciones (ver el párrafo 27 anterior). Ello, cabe suponer, en el contexto de una situación en la que la obtención del derecho a una pensión por trabajo remunerado no estaba distribuida equitativamente entre ambos sexos, ya que las mujeres estaban laboralmente infrarepresentadas.

Además, aunque en ambos casos existía un impedimento legal para casarse, este impedimento era de diferente naturaleza. En el caso del demandante, no tenía posibilidad de casarse con su pareja debido al hecho de que la legislación en vigor en el momento pertinente (a lo largo de la vida de su pareja) imposibilitó el matrimonio homosexual. Las parejas homosexuales en consecuencia no podían casarse conforme a la legislación, que no se consideraba anticonstitucional por parte de los tribunales internos (ver párrafos 24 y 37-45 anteriores). Por lo que respecta a las parejas heterosexuales que no podían casarse antes de la legalización del divorcio en 1981, el impedimento se basaba en el hecho de que uno o ambos miembros estaban casados todavía en el momento pertinente con una tercera persona de la que no podían divorciarse. La imposibilidad para casarse de una pareja en dicha situación antes de 1981 no se debía al género o a la orientación sexual de sus miembros, si no al hecho de que ambos miembros estaban legalmente casados con una tercera persona y a que el divorcio era ilegal a la muerte de uno de ellos. Lo que estaba en juego era la imposibilidad de volver a casarse que afectaba a uno o a ambos miembros, no una imposibilidad para casarse: la situación concreta legal y jurídica resuelta por la legislación de 1981 no podía realmente compararse con la posición de una pareja homosexual que no podía casarse en términos absolutos, independientemente del estado civil de uno o ambos de sus miembros.

88. Desde el punto de vista del Tribunal, la diferencia de contexto y la diferencia en la naturaleza de la imposibilidad legal de casarse, hace que la situación del demandante en 2005 sea básicamente diferente de aquella de las parejas heterosexuales incluidas en la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981.
89. Este punto de vista no se ve afectado por el hecho de que el legislador interno reconoció el derecho a una pensión de viudedad a parejas homosexuales tras la

muerte de la pareja del demandante, aprobando en 2005 el matrimonio homosexual (permitiendo así a las parejas homosexuales casadas beneficiarse de una pensión de viudedad), y extendiendo en 2007 el derecho a una pensión de viudedad a uniones de hecho estables, heterosexuales y homosexuales, bajo ciertas condiciones (ver párrafo 36 anterior). La aprobación de esta normativa no puede tomarse como el reconocimiento por parte de las autoridades internas de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual o su exclusión de algunos derechos y beneficios disponibles para parejas casadas, era en el momento pertinente incompatible con el Convenio (ver igualmente los párrafos 37-45 más arriba en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo).

90. A este respecto, el Tribunal recuerda que en 2010 manifestó en el caso *Schalk y Kopf* que los Estados disfrutaban de un margen de discrecionalidad respecto al momento de introducir cambios legislativos en el ámbito del reconocimiento jurídico de parejas homosexuales y la posición concreta otorgada, un ámbito considerado como un derecho en evolución sin consenso establecido (ver *Schalk y Kopf*, anteriormente citado, §§ 105 y 108; ver como ejemplos más recientes, *Oliari y Others v. Italia*, nº 18766/11 y 36030/11, § 163, de 21 de julio de 2015). Asimismo, ha manifestado que el Convenio no obliga a los Estados contratantes a otorgar el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales (ver *Schalk y Kopf*, anteriormente citado, §§ 63 y 101, y *Hämäläinen v. Finlandia* [GC], nº 37359/09, § 71, TEDH 2014), siendo ampliamente aceptado que el matrimonio confiere un derecho y estatus particular a quienes lo contraen (ver *Burden*, anteriormente citado, § 63, y *Şerife Yiğit*, anteriormente citado, § 72). Por tanto, el legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos del Convenio, por no haber aprobado la legislación de 2005 o de 2007 en una fecha anterior que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad (ver, *mutatis mutandis*, *M.W. y Courten*, ambas citadas anteriormente).
91. En conclusión, el Tribunal considera que el demandante no se encuentra en una situación absolutamente análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedimento legal antes de 1981, y que afectaba a uno o a ambos miembros. En consecuencia no ha habido discriminación y, por tanto, no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

**POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,**

1. *Declara*, por mayoría, la demanda admisible;
2. *Manifiesta*, de forma unánime, que no se ha vulnerado el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

Hecho en inglés, y notificado por escrito el 14 de junio de 2016, de conformidad con el artículo 77.2 y 77.3 del Reglamento del Tribunal.

Stephen Phillips  
Secretario

Helena Jäderblom  
Presidenta

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y el artículo 74.2 del Reglamento, el voto particular del juez Keller se adjunta a esta sentencia.

H.J.  
J.S.P

### VOTO PARTICULAR DEL JUEZ KELLER

1. Voté en contra de la mayoría en el primer punto de la parte dispositiva en esta sentencia, pero estuve de acuerdo con mis colegas en la segunda parte. En mi opinión, el Tribunal debería haber examinado este caso exclusivamente con arreglo al artículo 14 puesto en relación con el artículo 1 del Protocolo 1. La mayoría, sin embargo, escogió un enfoque diferente y examinó el caso a la luz del artículo 14 puesto en relación con el artículo 8 y el artículo 1 del Protocolo 1, respectivamente. Este enfoque no tiene en cuenta que el ámbito de ambos derechos es distinto. En muchos casos, esta diferencia no juega un papel decisivo. Sin embargo, para algunos países –Mónaco y Suiza- que no han ratificado el Protocolo 1, la diferencia es importante.
2. Tal y como he alegado previamente, junto a los jueces Spano y Kjølbro en nuestro voto particular en el caso *Di Trizio v. Suiza* (nº 7189/09, sentencia de 2 de febrero de 2016), una prestación económica en forma de ayuda estatal fundamentalmente entra en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 (ver, por ejemplo, *Moskal v. Polonia*, nº 10373/05, §§ 93 *et seq.*, 15 de setiembre de 2009, y *Stec y otros v. Reino Unido* [GC], nº 65731/01 y 65900/01, § 53, TEDH 2006-VI). Únicamente cuando se satisfacen algunos elementos adicionales, como un intento legislativo claro de aportar un incentivo para la organización de vida familiar (ver, por ejemplo, *Konstantin Markin v. Rusia* [GC], nº 30078/08, § 130, TEDH 2012), una indemnización puramente económica puede incluirse en el ámbito del artículo 8 y puede por tanto examinarse a la luz del artículo 14. Decidir lo contrario desdibujaría las líneas entre la protección de los derechos de propiedad por un lado y la vida privada y familiar por otro.
3. El demandante en el caso actual invocó exclusivamente el artículo 14 puesto en relación con el artículo 8. El Tribunal comunicó el caso con arreglo al artículo 8 y al artículo 1 del Protocolo 1 (ambos puestos en relación con el artículo 14) y volvió a calificar jurídicamente el asunto en el párrafo 57 de la sentencia. Aunque esto es posible con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de acuerdo con el principio *jura novit curia* (comparar, *inter alia*, *Tarakhel v. Suiza* [GC], nº 29217/12, § 55, TEDH 2014; *Aksu v. Turquía* [GC], nº 4149/04 y 41029/04, § 43, TEDH 2012; y *Scoppola*

v. *Italia* (nº 2) [GC], nº 10249/03, § 54, de 17 de septiembre de 2009), se debería tener en cuenta que dicho enfoque debería ser la excepción y no la norma, ya que regularmente provoca problemas con respecto al agotamiento de recursos internos (lo cual es también es cierto en el caso actual, ver párrafo 59 sobre la objeción del Gobierno). A la vista del principio de subsidiariedad, siempre resulta lamentable que los tribunales internos no tengan la opción de encargarse de una cuestión jurídica concreta antes de ser examinada por el Tribunal.

4. En el párrafo 75 de la sentencia actual, el Tribunal simplemente manifiesta que la relación de hecho entre el demandante y su última pareja se incluye en el ámbito del artículo 8. Esto es inequívocamente cierto. Sin embargo, no es esta la cuestión en este caso. Más bien, la cuestión tiene que ver con el derecho a un trato retroactivo igualitario en *temas puramente económicos* de parejas de hecho homosexuales que no podían casarse a causa de su orientación sexual, comparada con las parejas heterosexuales que mantenían una relación de hecho porque no podían divorciarse de su cónyuge.
5. En mi opinión, la mayoría no aporta ninguna razón convincente para explicar por qué la pensión en cuestión debería incluirse en el ámbito de la vida privada o familiar amparada con arreglo al artículo 8 así como con arreglo al derecho consagrado en el artículo 1 del Protocolo 1.
6. Una vez que el Tribunal declaró admisible la demanda, no tuve problema alguno en unirme a la mayoría. El elemento decisivo en este caso es la comparación entre dos grupos: por un lado, las parejas heterosexuales que mantenían una relación de hecho con una nueva pareja mientras el divorcio era ilegal, y, por otro lado, las parejas de hecho homosexuales. El análisis jurídico se hace particularmente difícil por el hecho de que el legislador actuó teniendo en cuenta al primer grupo 25 años antes que en el segundo caso. Conceder al Estado un amplio margen de discrecionalidad en una situación tan difícil, que además tiene implicaciones financieras considerables, me parece el enfoque correcto.