

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PENSIONES DE VIUDEDAD

ANTONIO TORRES DEL MORAL

Catedrático de Derecho Constitucional

y

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional

UNED

SUMARIO

I. IGUALDAD Y DEMOCRACIA.— II. LA IGUALDAD COMO DERECHO CO-
NEXO, NO AUTÓNOMO.— III. ACOTACIÓN DEL PROBLEMA.— IV. INCONS-
TITUCIONALIDAD DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL.— *1. Análisis de la sentencia. 2. ¿Ha-
bía una alternativa a la posición del Tribunal?* V. DIFERENCIA EN-
TRE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS Y MUTUALIDADES PRIVADOS.—
VI. RELEVANCIA JURÍDICA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.— VII. CONCLU-
SIONES.

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PENSIONES DE VIUEDAD

POR

ANTONIO TORRES DEL MORAL

Catedrático de Derecho Constitucional

y

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional

UNED

I. IGUALDAD Y DEMOCRACIA

Una de las polémicas más inútiles y en las que se ha hecho mayor acopio de argumentos vacíos es la que opone sistemáticamente la igualdad y la libertad como principios, valores o fines políticos contradictorios entre sí.

Se dice con más voluntad que acierto que la igualdad perjudica a la libertad y se pone como ejemplo la Unión Soviética de hasta hace unas fechas. Del lado contrario, se replica con énfasis que la libertad se construye a costa de la igualdad y se mienta a Estados Unidos como país paradigmático del sistema capitalista. Si en las ciencias sociales todos los asuntos se pudieran despachar con tan alegre superficialidad, sobraría el 99 por 100 de las bibliotecas.

Hemos de añadir que, de esos dos fines políticos esenciales, que junto a la fraternidad o solidaridad componían la divisa revolucionaria, la

igualdad ha sido permanentemente colocada en un segundo lugar en aras del predominio de una sedicente libertad de la que muy pocos llegaban a disfrutar, que muy pocos llegaban a ejercer. Así ha ocurrido al menos en los regímenes demoliberales, en los Estados de Derecho eurooccidentales. Lo curioso es que haya sucedido, según se dice, precisamente para mejor preservar el Estado de Derecho.

Es ésta una teoría que, aunque claramente decimonónica y conectada a los valores liberales predemocráticos, sigue teniendo muchos defensores en la actualidad. Se trata de una teoría que funde la legitimidad con la legalidad sin preocuparse demasiado de lo que esa legalidad encierra y encubre. Los derechos y las libertades que defiende son los civiles y políticos, no los económicos ni los sociales, salvo el de propiedad; derechos que no requieren del Estado prestaciones sociales sino sólo vigilancia y represión de las posibles perturbaciones de la legalidad. Dicho sea todo esto sin perjuicio del reconocimiento del inmenso avance que el Estado liberal significó respecto de la Monarquía absoluta.

Y, sin embargo, toda una corriente de pensamiento ha habido en Europa que entendió con justeza que la idea de democracia no podía desligarse de la de igualdad. Durante el proceso histórico de incubación del Estado constitucional, del Nuevo Régimen, la democracia fue entendida como autogobierno popular directo en una sociedad caracterizada por la igualdad.

En efecto, como es de fácil memoria, Montesquieu cifraba en la igualdad el principio motor de la República democrática. Rousseau cimenta su modelo de sociedad deseable en un contrato social igualitario. Y aún a mediados del siglo XIX, un autor tan poco sospechoso de veleidades democráticas como Tocqueville veía en la igualdad la esencia y el espanto de la democracia, porque, decía, el deseo de igualdad lleva a los ciudadanos a requerir la intervención de los poderes públicos y esa progresiva intervención y crecimiento de la Administración sofocaría irremisiblemente la libertad.

Que después hayamos terminado hablando de democracia en sociedades claramente desiguales es algo que forma parte de la procelosa historia del concepto de democracia. Pero recordemos que todavía a fines del XIX los conservadores españoles, y también la Iglesia Católica oficialmente, se oponían a la democracia con el argumento de que la democracia llevaría necesariamente al socialismo. Hoy en día ninguna ideología política puede monopolizar la idea de democracia, al menos tal y como actualmente se la entiende. Tocqueville, una vez más, lo supo detectar con suma pulcritud: el problema del Nuevo Régimen, tanto en Europa como en América, era la organización de la igualdad en el seno de una sociedad libre. Es decir: la constitución de una sociedad al mismo tiempo libre e igualitaria, una sociedad en la que cupieran y se coimplicaran libertad e igualdad sin detrimento de la una ni de la otra.

II. LA IGUALDAD COMO DERECHO CONEXO, NO AUTÓNOMO

Es ya vieja la polémica acerca de si la igualdad es un derecho o un principio. La Constitución española complica el panorama considerándola también un valor. De su naturaleza axiológica no hemos de hablar ahora. Recordemos únicamente que no es, en rigor, valorada en sí misma, sino por los bienes y derechos respecto de los cuales se predica.

Algo parecido sucede con la consideración de la igualdad como derecho. Queremos decir como derecho jurídicamente exigible. Difícilmente se entenderá una reclamación judicial de igualdad en general. Habrá de cifrarse siempre en bienes y derechos concretos, que son los que en realidad se postulan. Podríamos calificar la igualdad más como un principio que informa el régimen de derechos y libertades que como un derecho; o, en caso de querer seguir llamándolo de este modo, se trata de un derecho conexo, no autónomo.

La Constitución española así lo da a entender cuando ubica la igualdad en la cabecera del capítulo II del título I, como presidiendo las dos secciones que reconocen y garantizan los derechos concretos, pero sin incluirla en ninguna de ellas. Ni siquiera utiliza el artículo 14 la expresión **derecho** a la igualdad ni ninguna asimilable. Sin embargo, de modo explícito o implícito, todos los preceptos subsiguientes aluden a la igualdad como elemento del derecho que consagran. Así hay que interpretar las locuciones **todos tienen derecho, nadie podrá ser obligado**, etc., y también esas otras fórmulas impersonales de **se garantiza, se reconoce**, etc., atribuidas a un derecho. Las excepciones y limitaciones, bien escasas, están expresamente determinadas en la Constitución. El resto hay que considerarlo informado de este principio.

Esta es la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace del también artículo 14 que el Convenio dedica al principio de igualdad. A través de sucesivas sentencias ha ido perfilando una doctrina bastante ajustada y puesta en razón sobre el particular¹.

El artículo 14 del Convenio, dice el Tribunal, no tiene existencia independiente, sino que es complemento de las demás disposiciones normativas del Convenio y de los Protocolos, protegiendo a los individuos y a los grupos contra toda discriminación en el disfrute de los derechos y libertades que aquéllos consagran. Por tanto, cualquier acto que, pese a ser aparentemente conforme con un precepto del Convenio o de los Protocolos, tuviere carácter discriminatorio significaría una violación de ambos preceptos conjuntamente (del art. 14 y del que regule el derecho en

¹ SSTEDH de 23-VII-1968; 13-III-1979; 28-VII-1968; 28-V-1985; 8-VII-1986.

cuestión). De esta manera, el artículo 14 del Convenio forma parte integrante de todos y cada uno de los diversos artículos que garantizan los derechos y las libertades, cualquiera que sea la naturaleza de estos últimos, dice el Tribunal.

Respecto del Ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional ha dado entrada a una interpretación semejante. La igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución «no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de las relaciones jurídicas concretas». Es derecho subjetivo, sí, pero no autónomo. Por eso puede ser objeto de amparo cuando es vulnerada en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de un desarrollo normativo de carácter general². Con buen criterio, pues, el artículo 81.1 de la Constitución excluye la igualdad de las materias reservadas a la ley orgánica y el propio artículo 14 no exige ley para su desarrollo normativo. Carece sencillamente de sentido una ley de la igualdad; la igualdad ha de estar presente en todas las leyes, y de manera principal e inexcusable en las normas relativas a derechos y libertades. De modo que, cuando el artículo 149.1.1.^a reserva al Estado (a los poderes centrales) la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, no está mandando a las Cortes Generales que legislen sobre la igualdad de derechos, sino que legislen sobre los derechos bajo un régimen de igualdad.

Que el artículo 14 de la Constitución española no consagre un derecho subjetivo autónomo no significa que carezca de contenido propio. Este contenido es la prohibición de toda discriminación. Por eso no toda violación de un derecho fundamental es al mismo tiempo violación del artículo 14, pero sí lo es toda aquella que comporte una discriminación³.

III. ACOTACIÓN DEL PROBLEMA

El planteamiento del tema gira en torno a la discriminación por razón de sexo. De todas las posibles causas de discriminación, hemos acotado aquellas sentencias que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad

² STC sobre la igualdad como valor relacional.

³ STC 49/1982, de 7 julio; 107/1984, de 23 noviembre; 90/1984, de 5 octubre; STC 162/1985, de 29 noviembre; 151/1985, de 5 noviembre; 107/1986, de 24 julio; 136/1987, de 22 julio; 114/1987, de 6 junio; 207/1987, de 22 diciembre; 23/1981, de 10 de julio; 7/1982, de 26 febrero; 67/1982, de 15 noviembre; 83/1984, de 24 de julio; 8/1986, de 21 enero.

y recursos de amparo en relación al derecho de percepción de pensiones de viudedad.

Un primer aspecto que resulta curioso es que la mayoría de las sentencias sobre el particular responde a pleitos instados por varones que solicitan cobrar pensión de viudedad tras el fallecimiento de sus esposas. Es lógico que así sea, pues la legislación innegablemente proteccionista —en el peor sentido del término— del régimen anterior partía del supuesto, conformado por la práctica, de la absoluta dependencia económica de la mujer respecto del marido, que debía mantenerla cuando estaba vivo y, tras su fallecimiento, la habilitaba para cobrar una pensión de viudedad.

Este problema puede estructurarse en los siguientes apartados con sus correspondientes consecuencias jurídicas:

1) En primer lugar, se declara inconstitucional el apartado 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social. En este artículo se establecían los requisitos para el cobro de la pensión de viudedad. En el apartado 2 señalado, se determinaban, además, los requisitos específicos que debía reunir el varón que intentase cobrar pensión de viudedad de su esposa. Decía literalmente:

«Art. 160. Pensión de viudedad. 1. Tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción de tal derecho que se establecen reglamentariamente, la viuda, cuando, al fallecimiento de su cónyuge, se den los requisitos siguientes:

a) Que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme la haya reconocido inocente.

b) Que el cónyuge causante, si se tratase de trabajador por cuenta ajena, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine, salvo que la causa de su muerte sea un accidente de trabajo o no laboral, o una enfermedad profesional.

2. El viudo tendrá derecho a pensión únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b) del número anterior, se encontrase al tiempo de fallecer la esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo».

2) En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional diferencia, para apreciar o no discriminación por razón de sexo, entre el ámbito de la Seguridad Social (estatal) y el ámbito propio del Derecho privado. Por este motivo no aprecia discriminación cuando las diferencias en-

tre viudo y viuda se dan en el ámbito de una Mutualidad —La Mutualidad de Enseñanza Primaria— dentro de lo que se denomina coberturas complementarias.

3) En tercer lugar, en esta línea jurisprudencial se mezclan otros aspectos junto con la discriminación por razón de sexo, como son las relaciones matrimoniales, que sistemáticamente son confundidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional con relaciones familiares. Tanto es así que veremos cómo el Tribunal, en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, exige la existencia de vínculo matrimonial para el cobro de la pensión de viudedad. El hecho de que esta última Sentencia se apoye ampliamente en toda la jurisprudencia anterior sobre el problema de pensiones de viudedad nos permite ampliar en parte el objeto que hemos acotado para esta exposición y sobrepasar los límites de la discriminación por razón de sexo, pues, finalmente, esa discriminación se ha introducido y mantenido como resultado de unas concretas teorías sobre las relaciones matrimoniales y sobre el significado de este negocio jurídico en el Ordenamiento. A partir de la promulgación de la Constitución es legítimo preguntarse por la vigencia de aquellas ideas y sobre sus consecuencias jurídicas.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL APARTADO 2 DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Análisis de la sentencia

Empecemos, pues, por abordar el problema de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social que se produjo en la STC 103/1983, de 22 de noviembre. El supuesto era la pretensión de un viudo respecto del cobro de pensión tras el fallecimiento de su mujer.

El Abogado del Estado, en defensa del texto legal, adujo el artículo 41 de la Constitución, el cual establece que «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante **situaciones de necesidad**, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». A la vista de este texto no estima inconstitucional pedir al viudo que probara efectivamente su estado de necesidad.

El Ministerio Fiscal, por su parte, reconoció que la igualdad **ante** la ley debe ser también **en** la ley y no encuentra justificación para el requisito gravoso que se impone al varón.

El Tribunal argumentó de la siguiente manera:

«Son estas exigencias adicionales del derecho de pensión de los viudos del sexo masculino las que... constituyen una discriminación por razón de sexo, que es contraria al mandato de igualdad ante la ley establecido, toda vez que se da un trato diferente ante situaciones de carácter igual. La igualdad de las situaciones queda puesta de manifiesto toda vez que la cotización es igual para ambos sexos y el **vacío económico** que produce la mujer trabajadora es idéntico al que en iguales circunstancias *causa el marido*» (F. J. II; subrayado nuestro) ⁴.

Es cierto, que «la existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones»; y concluye el Tribunal: «Aunque la Seguridad Social se basa bastante en el derecho de seguro privado no es exactamente igual. El legislador puede introducir diferencias en función de las necesidades de la población. Por este motivo existen en el régimen de Seguridad Social mecanismos, como topes mínimos o máximos, períodos de carencia, etc.» (F. J. III).

Esto nos lleva a cuestionarnos la existencia de pensiones automáticas para hombres y mujeres. En nuestra opinión se debería haber reparado más en el artículo 41 de la Constitución, que fundamenta el sistema de la Seguridad Social en la necesidad de la población. Sin embargo, el Tribunal afirma que la idea de necesidad contenida en dicho precepto no se opone a la idea de **perjuicio**. Y siendo esta idea de perjuicio la que justifica la pensión de viudedad, el Tribunal, con cierta torpeza literaria, finaliza: «... si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad ésta debe existir para todos los eventuales titulares de este derecho, y si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares» (F. J. IV). Por ello declara la inconstitucionalidad del precepto referido.

Esta sentencia suscitó dos votos particulares.

Uno de Jerónimo Arozamena, al que se adhiere F. Pera Verdaguer, que discrepa al considerar que se pone en peligro el sistema asistencial de la Seguridad Social al extender a los varones la pensión de viudedad. Por otro lado, objeta que la sentencia tanto podía haber hecho lo que hizo co-

⁴ Esta misma doctrina se ha reiterado en otras sentencias, recientemente, por ejemplo, en la STC 58/1991, de 14 de marzo.

mo lo contrario, es decir, extender la prueba de la necesidad también a la mujer, con lo que se acabaría con la pensión automática de viudedad.

Los Magistrados que suscriben este voto particular entienden que es al legislador al que le corresponde acomodar el sistema de Seguridad Social al Ordenamiento y que no debe hacerlo el Tribunal por ser exclusivamente un legislador negativo.

Entendemos, sin embargo, que es discutible que el matrimonio genere la obligación de una pensión de viudedad, toda vez que es contrario a su naturaleza provocar desigualdad entre los cónyuges. Después de la promulgación de la Constitución el matrimonio debe ser entendido como un contrato civil que debe llevarse a cabo con plena igualdad jurídica de los cónyuges. Por tanto, no es aceptable que se parta de la base de que genera desigualdad económica entre las partes, pues ello supone la aceptación de un reparto de roles con trascendencia jurídica que debe ser eliminado del Ordenamiento jurídico.

Si de hecho existen personas en estado de necesidad por fallecimiento de aquel que las mantenía económicamente, debe proveerse lo necesario, pero no mediante una pensión de viudedad sino a través de otras asistencias y pensiones, incluso de carácter no contributivo.

La pensión está pensada para el titular a partir del momento en que no perciba salario. Es, por tanto, un sistema sustitutorio del salario. Si el salario, en vida del titular, se aplica al mantenimiento de una persona adulta que no tiene impedimentos jurídicos para trabajar, es cosa que decide libremente dicho titular. Pero, fallecido éste, el Ordenamiento no debe seguir suponiendo que le corresponde entregar dicha pensión al supérstite de una relación matrimonial por el perjuicio económico que origina dicho fallecimiento.

No estamos proponiendo, por consiguiente, la desasistencia de personas necesitadas sino todo lo contrario: una asistencia adecuada siempre que se trate efectivamente de personas necesitadas y sin diferencias entre solteros, casados, viudos y divorciados. Esta es la proyección más correcta del principio de igualdad en el problema que tratamos. Lo contrario significa introducir en el régimen jurídico del matrimonio expectativas económicas (la sentencia habla de **perjuicio y vacío económicos**; casi podríamos traducir estas expresiones por las más clásicas de **daño emergente y lucro cesante**) que si de hecho no le suelen ser ajenas, el Ordenamiento jurídico no debe consagrar como consustanciales a dicho régimen. En efecto, tanto la ley como la sentencia comentada presumen —una por modo implícito, otra explícitamente— que la muerte del cónyuge varón causa a la viuda un perjuicio económico, la sume en un vacío económico. La diferencia es que la sentencia extiende la presunción al supuesto del supérstite varón. Una y otra, igualmente, parecen aceptar que estos

conceptos equivalen al de necesidad expresado en el artículo 41 de la Constitución.

Sin embargo, el perjuicio y vacío económicos son cuestiones de hecho que no cabe presumir: o se dan o no se dan; hay que probarlos. No cabe sustituir el rigor del argumento jurídico basado en hechos probados por la inconsistente apreciación de lo que parece —sólo parece— socialmente conveniente.

De otro lado, puede haber perjuicio económico sin vacío económico, a no ser que se entienda vacío parcial. En este caso ambas expresiones serían sinónimas, pero entonces se distancian notablemente del concepto de necesidad: puede haber perjuicio, pérdida y vacío (parcial) económicos sin que el sujeto quede sumido en la necesidad porque se vive en nivel económico desahogado.

Por lo demás, no faltarían ejemplos del enorme beneficio económico —si se nos permite la brutalidad de la expresión— que para una persona significa la muerte de su cónyuge, para que, encima, el Estado aumente tal beneficio con una pensión de viudedad.

El segundo voto particular lo suscribe el Magistrado Francisco Rubio Llorente.

Distingue entre la igualdad ante la ley y en la ley. **La igualdad ante la ley** hace referencia a su eficacia, «a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquellos que se encuentran en las situaciones descritas en el supuesto». **La igualdad en la ley**, apunta, por el contrario, a su contenido y es, en consecuencia, un límite a la libertad del legislador. Para respetarla no puede introducir distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debieran ser considerados iguales, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria y discriminatoria».

«La igualdad en la ley no permite establecer distinción alguna entre los ciudadanos en cuanto tales y, en consecuencia, impide un tratamiento diferenciado de los derechos de participación o de los de libertad. No tiene, ni por mandato constitucional puede tener, la misma rigidez cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta cualidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente 'condición o circunstancia personal o social' de los posibles beneficiarios de la prestación».

Insistiendo en la tesis de los fondos escasos, concluye que la extensión de la pensión a los viudos empeora necesariamente a las viudas.

Como la situación es la de una desigualdad real y efectiva de los viudos y viudas, eliminar el párrafo segundo del artículo 160 de la LGSS empeora la situación de un grupo discriminado: las mujeres. Considera, pues, que la norma intenta compensar legislativamente lo que en la realidad es desigual.

Hasta aquí el segundo voto particular. Su argumentación no nos parece concluyente. Si el régimen anterior supuso que todas las viudas habían estado dedicadas al hogar y por ello era absurdo pedir que probaran su incapacidad para trabajar, no debe extenderse ahora la pensión a los viudos sino plantearse la validez de este tipo de pensión automática. En el fondo deberían establecerse siempre requisitos que tendieran a probar la necesidad de percepción económica, sobre todo cuando se trata de fondos públicos. Si durante años esos requisitos son cumplidos por el 90 por 100 de las mujeres y sólo por el 10 por 100 de los hombres, quizá en el futuro cambie la proporción.

El problema no abordado por el Tribunal es, insistimos en ello, el de la validez del matrimonio como elemento configurador de la situación económica de las personas. De la forma que ha quedado regulada la pensión de viudedad tras la sentencia que comentamos resulta que el casado, al fallecer, consigue que el Estado asuma una obligación jurídica que ni él mismo tenía, como es la de mantener al cónyuge. No resulta ni medianamente inteligible que al Estado le corresponda desempeñar en esta función el papel de «perfecto casado». (Sobre la eficacia del vínculo matrimonial para la percepción de las pensiones de viudedad insistiremos después, al comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990.)

Con todo, un aspecto interesante del segundo voto particular radica en la toma en consideración de una desigualdad real y efectiva de las mujeres que podría, como hemos dicho, justificar una diferenciación jurídica en su favor, lo que en el Derecho anglosajón se denomina ***affirmative action***.

En este sentido, las SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, y la 19/1989, de 31 de enero, especialmente esta última, fundamentan en el artículo 14 de la Constitución la posibilidad de aceptar diferenciaciones que, sin embargo, no generen discriminación. Ambas se apoyan, a su vez, en la STC 128/1987, de 16 de julio en la que ya el Tribunal afirmaba que la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad «sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución». En concreto, uno de los aspectos de la prohibición de discriminación es «la decisión constitucional de acabar con la histórica si-

tuación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo» (del F. J. 4 de la STC 19/1989).

En la mencionada STC 166/1988, que resuelve un recurso de amparo, el Tribunal dice: «Cierto es que la igualdad que reconoce el artículo 14 de la CE no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, e incluso el artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado de principio de igualdad acorde con la misma definición del artículo 1.º CE. De ello cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos poderes públicos, que contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo». Y añade el Tribunal: «... no cabe ciertamente olvidarse que la expresada exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo».

La segunda de las sentencias citadas (STC 19/1989) confirma más claramente esta postura, ya que su fundamentación se apoya en el artículo 14 de la Constitución y de él deduce el Tribunal la constitucionalidad de medidas diferenciadoras por razón de sexo; por ejemplo, al afirmar que, en principio, no pueden «considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación» (F. J. 4).

Estas sentencias, abren la posibilidad de fundamentar las diferenciaciones por razón de sexo, incluso el trato favorable a la mujer, en el artículo 14 de la Constitución en vez de hacerlo exclusiva o preferentemente sobre el artículo 9.2. El matiz no es superfluo en absoluto porque aquel precepto está máximamente tutelado mediante el recurso de amparo, lo que no ocurre con éste.

En este mismo sentido, M.^a Luisa BALAGUER, en su trabajo «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»⁵, parece acercarse más a las tesis del mencionado voto particular, pues estima que la sentencia no tomó en consideración la situación histórica de la mujer y argumentó sobre la base de la igualdad de los sexos como un hecho actual.

En conclusión, la referida Sentencia 103/1983 iniciaba una línea jurisprudencial que podría sintetizarse en tres puntos:

a) Presunción de la existencia de un **perjuicio** y un **vacío económicos** cuando acontece el fallecimiento del cónyuge, sin necesidad de prueba y aceptando igualmente que tal situación presumida cumple el principio de necesidad establecido por el artículo 41 de la Constitución.

b) Aceptación implícita de la generación *post mortem* de efectos económicos de las relaciones matrimoniales a cargo del Estado.

c) Rechazo de las tesis de la **discriminación positiva** como consecuencia de la desigualdad real y efectiva de la mujer con respecto al hombre.

En este sentido, hay que destacar, siguiendo a Carmen FERNÁNDEZ-MIRANDA⁶, que el Tribunal Constitucional, en materia de no discriminación, ha optado casi siempre por entender que, con independencia de la justificación última de los beneficios otorgados a las mujeres, no deben serles negados al hombre sin razón suficiente. Como resultado, los hombres están logrando beneficios que con la legislación preconstitucional sólo tenían las mujeres. En este sentido, es destacable la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, en la que el Tribunal dice:

«... Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso no debe restablecerse

⁵ M.^a Luisa BALAGUER CALLEJÓN, «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 33, Madrid 1991.

⁶ M.^a Carmen FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: «La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, Madrid 1988.

la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional...».

Esta línea jurisprudencial, sin embargo, quiebra en parte con la Sentencia 128/1987, de 16 de julio, ya citada, en la que el Tribunal Constitucional deniega el amparo a un hombre que reivindicaba el derecho a cobrar 4.000 pesetas en concepto de guardería infantil, derecho que le era reconocido a las mujeres con hijos menores.

El Tribunal juzga que la situación del hombre no era igual a la de la mujer y por ello no generaba discriminación otorgar a ésta, y no a aquél, un beneficio económico. Argumenta el Tribunal que «... el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia»; «el tratamiento otorgado a éste no constituye, por tanto, una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución, sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social». Y concluye el Tribunal: «No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios distintos...».

2. ¿Había una alternativa a la posición del Tribunal?

En relación al artículo 14 de la Constitución, es evidente la desigualdad entre las regulaciones que para la mujer y el hombre establecen respectivamente los dos apartados del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, y, como el segundo exige algo que no requiere el primero, el Tribunal aprecia discriminación y lo declara inconstitucional.

Sin embargo, en relación con el artículo 41 de la Constitución, que establece las líneas generales del régimen de la Seguridad Social, apostando por la extensión de ésta a todos los ciudadanos y superando el principio contributivo por el de necesidad, el apartado segundo aparece exclusivamente ajustado pues cifra la pensión de viudedad precisamente en el criterio de la necesidad, lo que no hace el apartado primero. Luego, desde esta perspectiva, de ser inconstitucional alguno de los referidos apartados, lo sería sólo el primero.

Apreciado así, la desigualdad se produce no porque a los hombres se les exija para percibir la pensión de viudedad algo que no se les requiere a las mujeres sino al contrario: porque a éstas se les exonera de un re-

quisito exigido a los hombres, requisito perfectamente acorde con el régimen constitucional de la Seguridad Social.

El artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional faculta a éste para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso. Podía, pues, el Tribunal, y seguramente debía utilizar el artículo 41 de la Constitución en el juicio de constitucionalidad que estamos estudiando. Pero ¿podía apreciar la constitucionalidad del precepto cuestionado y, en cambio, la inconstitucionalidad del no cuestionado?

El artículo 39.1 de su Ley Orgánica parece impedirlo: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente... la de aquellos otros (preceptos) de la misma ley... a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». O lo que es igual: no cabe hacer tales extensiones ni conexiones de inconstitucionalidad cuando la sentencia aprecie la constitucionalidad del precepto impugnado o cuestionado. La rigidez del estatuto jurídico del Alto Tribunal se nos muestra en estas ocasiones bastante disfuncional.

Finalmente, cabe preguntarse si el Tribunal podía, al menos, haber dictado una sentencia interpretativa que apreciara la constitucionalidad del artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social como no discriminatorio de los viudos porque el requisito de la prueba de la necesidad económica hay que entenderlo exigido en todos los casos explícita o implícitamente por así disponerlo el artículo 41 de la Constitución.

La literalidad del precepto cuestionado obstaculiza dicha interpretación puesto que dice expresamente que el requisito de la prueba de necesidad económica es exigido al viudo **además** de los requisitos señalados en el apartado anterior a las viudas. Es decir, que la ley quería expresamente excluir el requisito de la necesidad económica para la percepción de la pensión de viudedad a las mujeres.

La combinación de todos estos desatinos llevó a uno mayor: al Tribunal Constitucional no le quedó otra posibilidad que declarar inconstitucional el precepto más ajustado a la Constitución. El Tribunal podía, como tantas otras veces ha hecho, llamar la atención de los demás poderes públicos sobre ello; pero, por lo visto, no se lo planteó siquiera.

Y como no es lógico que ningún órgano judicial cuestione las ventajas de la actual regulación de la Seguridad Social sino sólo lo desfavorable o más gravoso (pues es esto lo que propicia las demandas ante su jurisdicción), sólo cabe esperar a que un futuro legislador —que no se vislumbra— *extrañamente mentalizado en los excelentes principios del artículo 41 de la Constitución*, se decida a reformar de acuerdo con ellos los

diversos regímenes —o acaso establecer un régimen único— de la Seguridad Social. Mientras tanto seguiremos haciendo del «parcheo» la esencia del Estado social.

V. DIFERENCIA ENTRE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS Y MUTUALIDADES PRIVADOS

Un segundo aspecto del tema del que tratamos es la distinción que el Tribunal ha señalado entre el régimen de Seguridad Social y otros seguros y mutualidades y, sobre todo, la distinción que ha marcado entre prestaciones obligatorias y prestaciones complementarias.

La STC 49/1990, de 26 de marzo, fue generada por la pretensión de un viudo de cobrar pensión de viudedad a cargo de una Mutualidad de Enseñanza Primaria (Mutualidad de Funcionarios Civiles) alegando la jurisprudencia del propio Tribunal representada por las SSTC 103 y 104/1983 (que reitera doctrina anterior) y 42/1984.

En este caso, el Tribunal no aprecia discriminación en la exclusión del viudo del cobro de la pensión. El argumento del Tribunal gira en torno a la *consideración de que las diferencias entre la Seguridad Social y una Mutualidad son lo suficientemente relevantes como para que se puedan introducir en esta última diferencia de trato entre las mujeres y los hombres excluyendo al varón de la pensión de viudedad (hay que entender que también puede ser al revés).*

Las diferencias entre Seguridad Social y Mutualidades, por lo que a la pensión de viudedad se refiere, estriban fundamentalmente en que éstas consideran dicha pensión como cobertura complementaria, no obligatoria.

El Abogado del Estado adujo a este respecto: «Al quedar dicho régimen fuera del de la Seguridad Social, no puede exigírsele la misma intensidad igualatoria que la doctrina del Tribunal requirió a este último... mientras el régimen de la SS constituye un régimen legal no apoyado en el principio contributivo, en las prestaciones complementarias del mutualismo administrativo se trata de un régimen libre, apoyado en el citado principio contributivo y en la gestión de recursos escasos, por lo que es legítima la diferenciación que se discute».

El Ministerio Fiscal, en cambio, negó que en un contrato de adhesión exista autonomía de la voluntad y alegó la STC 42/1984 que estimó discriminatorios los mayores requisitos de los viudos.

El Tribunal desestimó la pretensión acogiendo, como hemos dicho antes, a la relevancia de la diferenciación entre Seguridad Social y Mutualidades. El argumento reside en que, cuando existe libertad de las partes, se convalida la posible diferencia de trato sin llegar a convertirse en discriminación.

Esta doctrina de la diferente exigencia igualatoria motivada por la mayor o menor incidencia del Derecho público en cada supuesto examinado había sido sostenida por el Tribunal en una interesante línea jurisprudencial. En unas sentencias, que afectan al problema de las pensiones de viudedad, el Tribunal exige igualdad estricta en el ámbito de la Seguridad Social. En otras hace lo propio en relación a la Administración Pública. En un último bloque de sentencias, finalmente, permite ciertas diferencias en las empresas públicas por mor de la autonomía de la voluntad.

a) En los casos resueltos por las Sentencias 144/1989, de 18 de septiembre, y 176/1989, de 30 de octubre, encontramos pretensiones de cobro de pensiones de viudedad por parte de maridos cuyas esposas habían cotizado en el extinguido Seguro Obligatorio de Viudedad e Invalidez (SOVI), cuyos beneficiarios se habían integrado en el régimen general de la Seguridad Social. La norma (en este caso el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955) no mencionaba al viudo. No se trataba, pues, de mayores o más gravosos requisitos a cargo del hombre para poder obtener la pensión sino de una exclusión absoluta del mismo.

En ambas Sentencias el Tribunal estimó la existencia de discriminación. No apreció justificación alguna en la exclusión del hombre de la pensión de viudedad y advirtió además que, como había jurisprudencia anterior, debió entender el TCT derogada la norma o plantear, en su caso, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Concretamente, en la citada Sentencia 176/1989 el Tribunal reitera doctrina (STC 253/1988) y dice: «la aplicación, en sus propios términos, del artículo 3.º del Decreto-Ley mencionado implica, como es evidente, una diferenciación de trato basada en el sexo. Tal diferenciación puede suponer un atentado al principio de igualdad en la ley, que no desaparece, como es claro, por el hecho de venir impuesta por una norma con rango de ley, pues el principio de igualdad vincula también al legislador y las normas preconstitucionales han de entenderse carentes de validez desde la entrada en vigor de la Constitución en cuanto le sean contrarias».

Toda vez que no se justifica la diferencia, se declara su inconstitucionalidad.

b) Así el Tribunal ampara a los militares del denominado Ejército republicano y les reconoce todos los derechos que les fueron negados du-

rante el régimen de Francisco Franco, incluidas la antigüedad y los ascensos.

c) Sin embargo, en la STC 148/1990, de 1 de octubre, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España que se habían reincorporado a su trabajo (del que habían sido excluidas, conforme a la legislación del régimen anterior, por haber contraído matrimonio), negándoles los pretendidos derechos de antigüedad y ascensos, que entiende interrumpidos al cesar la prestación de trabajo, aunque esta cesación fue obligada. A lo que se ve la autonomía de la voluntad a la hora de celebrar el contrato de trabajo es relevante a unos efectos y no a otros en orden a la apreciación o no de discriminación.

VI. RELEVANCIA JURÍDICA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Por último, trataremos de la relevancia jurídica que el Tribunal ha apreciado del vínculo matrimonial, con especial referencia a la reciente Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, en la que una mujer solicita el reconocimiento de pensión de viudedad al fallecer el hombre con el que había convivido durante más de cuarenta años. El Tribunal ha reiterado la misma doctrina contenida en la Sentencia 184/1990 en las SSTC 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 31/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 38/1991, de 14 de febrero.

Podemos partir sin excesiva dificultad de una consideración general: durante el régimen de Francisco Franco, la legislación sobre el matrimonio pretendía ser protectora de la mujer y resultaba discriminatoria en tanto que la opción «hogar» era de hecho y muchas veces de Derecho la única posible. Muestra de ello es que también llegó al Tribunal Constitucional la pretensión de múltiples trabajadoras de la Seguridad Social que se habían visto apartadas de sus puestos laborales como consecuencia de la aplicación de la norma que determinaba la excedencia forzosa de las mujeres cuando contraían matrimonio. Las trabajadoras citadas, cuando se incorporaron a sus puestos tras la vigencia de la Constitución, obtuvieron el reconocimiento de todos los derechos que habían dejado de percibir durante los años que estuvieron apartadas del mundo laboral por aplicación de aquella normativa. Posteriormente, como dijimos, la STC 148/1990, de 1 de octubre, niega esos mismos derechos a las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), destacando una vez más la diferencia de la relación de Derecho público (el caso de las trabajadoras de la Seguridad Social) con respecto a la de Derecho privado que unía a la CTNE con sus trabajadoras.

Pues bien, en el problema que nos ocupa, el de la relevancia jurídica del vínculo matrimonial para devengar el derecho a la pensión de viudedad, dicha relevancia se aprecia en tres aspectos:

a) En la extensión de derechos que hizo la Ley 30/1981, que introdujo el divorcio en España. En ella se estableció que todas aquellas parejas vivenciales que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior, y siempre que se hubiera producido el fallecimiento de uno de los convivientes antes de la vigencia de la citada ley, podrían solicitar y obtener, acogiéndose a dicha ley, los beneficios económicos inherentes a la pensión de viudedad.

En este sentido, la STC 260/1988, de 22 de diciembre, delimita el ámbito de aplicación de esta norma, ya que en el supuesto concreto que resuelve se discutía sobre el momento del fallecimiento, toda vez que hasta la efectiva entrada en vigor de la Ley 30/1981 no fue posible la tramitación de los divorcios en nuestro país, pero, ciertamente, con su entrada en vigor no se produjeron de forma automática los divorcios, sino que éstos debieron ser instados y tramitados en debida forma, sin que hasta su total resolución pudieran las partes contraer un nuevo matrimonio. El Tribunal estima que hay que reconocer un plazo posterior a la vigencia de la Ley 30/1981 en el que sus disposiciones sean aplicables. La consecuencia de este reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional es que un conviviente viudo puede solicitar la pensión aunque el otro conviviente hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, siempre que se hubieran iniciado los correspondientes trámites de divorcio que les hubiera permitido contraer ulterior matrimonio con el/la causante.

Citamos este precedente en el que los efectos económicos, en principio restringidos a los cónyuges, se extienden a parejas de convivientes porque en él se han apoyado pretensiones posteriores de parejas no casadas para solicitar pensión de viudedad.

Así ha sucedido en el supuesto contemplado en la STC 184/1990, de 15 de noviembre: una mujer casada y separada **de hecho** de su marido, había convivido con un hombre durante más de cuarenta años con el que no contrajo matrimonio tras la vigencia de la Ley 30/1981, que le permitía tramitar el divorcio de su esposo. El conviviente varón muere con posterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981.

El Tribunal considera determinante en el caso citado el hecho de que la pareja no contrajera matrimonio con posterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981. El legislador, dice el Tribunal, está facultado para no extender los efectos de una pensión de viudedad a quienes, pudiendo contraer matrimonio (puesto que la legislación ya no se lo impedía), no lo han hecho. El argumento final del Tribunal es que **la libertad es relevante** en

este caso y, habiendo optado los convivientes por un determinado tipo de relación, no pueden exigir a los poderes públicos prestaciones que el Ordenamiento reconoce a otras concretas situaciones jurídicas.

El Tribunal reitera la doctrina del ATC 156/1987 acerca de que el matrimonio y la convivencia no son realidades absolutamente equivalentes: «El matrimonio es una institución social (*sic*) garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32 de la Constitución)... El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre el matrimonio y (la) unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de viudedad».

b) Esta sentencia refleja otro aspecto de la relevancia del vínculo matrimonial. Consiste en que el requisito de existencia de dicho vínculo para el cobro de una pensión de viudedad no vulnera el reconocimiento que el artículo 10 de la Constitución hace del **libre desarrollo de la personalidad**, el cual no es conculcado por el no reconocimiento de una pensión de viudedad a los que conviven *more uxorio*.

El libre desarrollo de la personalidad depende en gran medida de la libertad individual (y de la pareja) de elegir su modo de convivencia. La libertad es de nuevo aquí el eje del problema. Por eso el Tribunal afirma que el libre desarrollo de la personalidad impide que el Estado imponga un determinado estado civil y nosotros estimamos, yendo más allá aún, que incluso impide su mero fomento.

c) Y, finalmente, el Tribunal también rechaza la comparación del artículo 160 de la LGSS con el artículo 39.1 de la Constitución, que establece la obligación de los poderes públicos de proteger social, económica y jurídicamente a la familia. Sin embargo, el Tribunal confunde las realidades matrimonial y familiar, como, por otro lado, es absolutamente habitual.

Dice al respecto el Tribunal que «sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si **la protección social, económica y jurídica de la familia** a que este precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medi-

das que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32) siempre, claro es, que con ello no se coarte o se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*. Decisión ésta libremente aceptada por los sujetos» que hay que distinguir —a juicio del Tribunal— «de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia en todo orden (art. 39.3) precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos. Y es asimismo diferente aquel supuesto del que se refiere a la necesaria protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.3) ya que en este caso resultan comprometidos otros intereses y valores distintos a los de los solos integrantes de la unión estable de hecho, unión que, por lo demás, en este caso puede perfectamente no existir» (F. J. 2).

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. Como conclusión introductoria debemos recordar que las medidas proteccionistas de la mujer adoptadas durante el régimen franquista significaban la clausura de ésta en el hogar, y que la idea directriz de un Estado Social de Derecho debe ser otra.

En un Estado Social de Derecho es lícita una diferenciación legal en favor de la mujer siempre que ello redunde en la integración de ésta en el proceso productivo y no en su retirada gozosa al hogar. Esta retirada es la que se estimula cuando se le facilita la jubilación anticipada por las ventajas que encuentra en ello (por ejemplo, jubilarse con el 80 por 100 del salario, frente al 76 por 100 de los hombres), o por razones de la más acrisolada cultura machista (así, verbigracia, la jubilación tempranísima de las azafatas porque la mujer, pasada cierta edad, pierde el atractivo exigible por el usuario). Cuando, lejos de cuestionar tales disposiciones de la legislación «hogareña» franquista, se hace de ello conquistas irreversibles del Estado social (STC 81/1982, de 21 de diciembre) se estará colaborando con el mantenimiento y la reproducción del sistema paternalista.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional se ve así siempre constreñido por los términos de la demanda con sólo muy escaso margen de iniciativa y maniobra. No puede resolver lo no solicitado so riesgo de cometer *incongruencia ni puede perjudicar a quien no es parte del proceso, pero sí puede utilizar los fundamentos de derecho de la sentencia para advertir del problema a los demás poderes públicos, pues estas advertencias y re-*

flexiones son muy pertinentes para la dirección política del país, función en la que el Tribunal participa muy eficazmente.

SEGUNDA. En el problema de las pensiones de viudedad y su relación con el matrimonio y la familia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razón de sexo ha extendido a los hombres los derechos económicos que la legislación preconstitucional reconocía a las viudas, salvo en un caso aislado: el de la STC 128/1987, de 16 de julio.

No ha aplicado el Tribunal Constitucional el principio de igualdad real y efectiva reconocido en el artículo 9.2 de la Constitución, que hubiera permitido, quizá, una interpretación distinta de este problema. Sólo el voto particular de F. Rubio Llorente a la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, apuntó la posible aplicación de este principio, entendiendo que la desigualdad de la norma venía a corregir una **desigualdad real y efectiva** operante en la sociedad.

La llamada discriminación positiva presenta importantes problemas, además del necesario rechazo de la expresión puesto que la Constitución española prohíbe todo tipo de discriminación. Para combatir las habituales discriminaciones por razón de sexo quizá sea más aconsejable operar con el principio jurídico de igualdad (art. 14 de la Constitución), que no sólo permite sino que obliga a dar un trato diferente en función de las distintas situaciones y que está protegido con el recurso de amparo, antes que hacerlo con el principio político de igualdad (art. 9.2 de la Constitución) partiendo del supuesto indiscutido de la inferioridad de las mujeres.

TERCERA. El Tribunal ha entendido que el régimen de Seguridad Social, reconocido en el artículo 41 de la Constitución y ligado al concepto de **necesidad**, no es incompatible con otros fines e intereses y, por ello, la pensión de viudedad no responde a aquel concepto de **necesidad** sino a la idea de **perjuicio**. Perjuicio que se considera producido con el solo fallecimiento del sujeto generador de la pensión. Por este motivo, el Tribunal extiende los beneficios económicos de la pensión de viudedad a los varones en vez de establecer que las viudas prueben su estado de necesidad como requisito para obtener la pensión.

Sin embargo, el Tribunal no se pregunta por la idoneidad de la pensión de viudedad para conseguir el fin que la norma persigue, con lo que queda desdibujado el alcance teleológico de esta norma. En efecto: rechaza el principio constitucional de **necesidad** y se acoge al de **perjuicio**, pero este último aparece escasamente fundamentado en la Constitución y en el Ordenamiento postconstitucional.

El derecho al trabajo y la obtención de un salario está reconocido a todos, hombres y mujeres. Siendo esto así, parece innegable que la idea de **perjuicio** sólo puede apoyarse en:

a) La existencia de unos derechos económicos *post mortem* derivados de la cotización a la Seguridad Social, en los que el matrimonio legitima la percepción de los mismos por el cónyuge supérstite. En este caso, la pensión de viudedad representaría la continuación de la pensión de jubilación (o, en su caso, de incapacidad) y ésta, a su vez, representaría la compensación del salario dejado de percibir.

De esta manera, el sujeto tiene en primer lugar derecho al trabajo y al salario, después derecho a una pensión de jubilación vitalicia (o de incapacidad) y, tras su fallecimiento, este derecho es **heredado** por el cónyuge supérstite.

b) La idea de que el matrimonio genera siempre y en todo caso una **unidad económica** (con independencia de su régimen económico y del nivel de renta de los sujetos), unidad que se rompe al fallecer de uno de los cónyuges con el correspondiente perjuicio económico del supérstite si no se dispone que éste siga percibiendo una cantidad en concepto de pensión de viudedad.

Como se ve, resulta bastante compleja la posible justificación de la existencia de pensiones de **viudedad**. Y es que el reconocimiento de una pensión que neutralice las situaciones de necesidad de la población que, por razones de edad, salud, etc., no pueden atender a su mantenimiento forma parte, en efecto, de los fines más evidentes de un Estado social, pero, en cambio, el establecimiento de una pensión apoyada exclusivamente en el matrimonio ya es más discutible desde esta perspectiva de la socialidad estatal.

CUARTA. Como continuación de la conclusión anterior, cabe señalar que según el Tribunal Constitucional, con independencia de otras posibles pensiones o beneficios económicos de diversa índole que el legislador pueda reconocer a determinados colectivos, la pensión de **viudedad** se devenga exclusivamente entre aquellas personas que tengan la condición jurídica de cónyuges. De ahí que no le sea reconocida esta pensión al supérstite no casado con el causante.

En este sentido, discrepamos de la idea de que el matrimonio debe ser protegido económicamente. Y es precisamente esta tesis la que subyace en el problema que tratamos. El matrimonio es un derecho constitucional (puede incluso discutirse sobre la oportunidad de su constitucionalización), pero de ahí no se deduce que deba ser un derecho primado económicamente. Cabe redargüir que tampoco está prohibida esta posi-

bilidad por la Constitución y que, por ello, el legislador tiene un margen de discrecionalidad para determinar los efectos económicos estatales que otorga a los que contraen matrimonio y permanecen casados. Sin embargo, las disposiciones del legislador y las actuaciones de los poderes públicos, aunque discrecionales dentro de los márgenes constitucionales, no deben estar desprovistas de justificación razonable, y encontrar en los momentos actuales justificación a la protección económica del matrimonio es bastante difícil por varios motivos:

a) Hoy el matrimonio no es el instrumento de reproducción de la especie (porque ésta no es requisito del matrimonio ni obligación de los cónyuges, que pueden excluirla temporal o permanentemente).

b) Tampoco es el medio de legalización de la prole y de mantenimiento de la misma, pues la asistencia a los hijos es exigible con independencia del estado civil de los padres.

c) No es tampoco jurídicamente, ni debe serlo de hecho, el medio de mantener una discriminatoria asignación de roles en función del sexo. El matrimonio, como derecho constitucional, está basado en la plena igualdad de los cónyuges y no es aceptable defender que mediante este contrato civil un amplio sector de población es mantenido y asistido materialmente por otro.

d) No es tampoco de forma inexcusable una **unidad económica**, pues ello depende de su régimen económico.

e) En la actualidad el matrimonio no cumple jurídicamente ninguna de las funciones que lo hicieron nacer como elemento organizador de la sociedad, cosa perfectamente comprensible pues con la extensión de los principios democráticos este contrato ha perdido gran parte de su funcionalidad.

Así, pues, el matrimonio es una opción libre de los ciudadanos en coexistencia con otras opciones vivenciales no contractuales. Así entendido, el que los poderes públicos se empeñen en beneficiarlo económicamente (por ejemplo, manteniendo pensiones de viudedad) tiene escaso fundamento.

El Tribunal Constitucional, una vez más, se veía ceñido a los términos de la demanda y no podía autocuestionarse la constitucionalidad de todas estas adherencias espurias del régimen jurídico del matrimonio, por no ser ello necesario para la resolución del recurso de amparo y sí comportar, por el contrario, el riesgo de incongruencia. Pero podía, también en esto, llamar la atención de los demás poderes públicos en los términos antes comentados.