

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 103/1983 de 22 Nov. 1983, rec. 301/1982

Ponente: Díez-Picazo Ponce de León, Luís.  
Nº de Sentencia: 103/1983  
Nº de Recurso: 301/1982

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Requisitos. Normas inconstitucionales. En materia laboral y de Seguridad Social.  
PRINCIPIO DE IGUALDAD. Igualdad de los presupuestos de hecho. Igualdad en la aplicación de la Ley. Poder legislativo.

Normativa aplicada

### TEXTO

El Pleno del TC, compuesto por Sr. García-Pelayo y Alonso, Sr. Arozamena Sierra, Sr. Latorre Segura, Sr. Díez de Velasco Vallejo, Sr. Rubio Lorente, Sra. Begué Cantón, Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, Sr. Tomás y Valiente, Sr. Gómez-Ferrer Morant, Sr. Escudero del Corral, Sr. Truyol Serra y Sr. Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado.

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/82, planteada por la MT núm. 1 de Madrid, en autos seguidos a instancia de D. Tomás contra el INSS sobre reclamación de prestaciones de muerte y viudedad a causa del fallecimiento de su esposa. Han sido partes el Fiscal general del Estado y el Abogado del Estado y ha sido Ponente el Magistrado Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer del Tribunal.

### Antecedentes

Primero: D. Tomás es desde 1969 pensionista por invalidez permanente absoluta, estuvo adscrito a la antigua Mutualidad Laboral Siderometalúrgica y percibe en concepto de invalidez una pensión de la SS. D. Tomás estuvo casado con D.<sup>a</sup> Nieves, con la que convivió hasta el fallecimiento de dicha señora. D.<sup>a</sup> Nieves fue, en su momento, declarada en situación de invalidez, en grado de incapacidad permanente absoluta, y se le reconoció el derecho de percibir una pensión vitalicia con efectos económicos a partir del día 1 Dic. 1973.

Segundo: D.<sup>a</sup> Nieves falleció en Madrid el día 2 Jul. 1980. En ese momento D. Tomás se dirigió al INSS solicitando la prestación de viudedad causado por el fallecimiento de su esposa, por serle a su juicio debida y ser además compatible con la que por invalidez venía percibiendo el mismo.

La Dirección Provincial de Madrid del INSS, por R 24 Sep. 1981, notificó a D. Tomás que se le había denegado la prestación de viudedad solicitada, en razón -se decía- a que el solicitante tiene medios de subsistencia, citándose expresamente que es pensionista de invalidez. En apoyo de tal resolución, se citó el ap. 2.º del 7 OM 13 Feb. 1967.

Contra la mencionada Resolución interpuso D. Tomás recurso de reposición ante el Director provincial del INSS. En su mencionado escrito, D. Tomás consideraba que él cumplía los requisitos del art. 160 LSS para percibir pensión de viudedad, toda

vez que había convenido con su fallecida esposa y se encontraba a cargo de ella, ya que para subsistir ambos necesitaban acumular las dos pensiones. En el mismo escrito D. Tomás consideraba que el art. 7.2.º 13 Feb. 1967 había que considerarlo derogado y aplicable en cambio el art. 10 de la citada Orden ministerial que establece la compatibilidad de la pensión de viudedad con las rentas de trabajo o con otras pensiones.

La mencionada reclamación fue desestimada por la Dirección Provincial de Madrid del INSS y en vista de ello, con fecha 11 Dic. 1981, D. Tomás formuló demanda ante la MT núm. 1 de Madrid contra el INSS reclamando el reconocimiento con efectos retroactivos al momento del fallecimiento de su esposa del derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia.

En su escrito de demanda señalaba el demandante que el art. 10 CM 13 Feb. 1967 establece la compatibilidad de la pensión de viudedad con cualquier otra renta que perciba la viuda por trabajo o por pensión, y alegaba que las normas que contienen discriminaciones por razón de sexo han sido expresamente derogadas por la CE en cuanto lesionen el art. 14 de la Carta Constitucional, razón por la cual bastaba -a su juicio- demostrar la convivencia y la certeza de las cotizaciones para poder acumular su pensión de invalidez con la viudedad causada por su esposa.

En el acto del juicio la representación del INSS se opuso a la demanda y alegó, entre otros preceptos, el art. 160, núm. 2, LSS en su TR aprobado por D 2065/1974, de 30 May.

**Tercero:** Por escrito fechado el 5 Jun. 1982, D. Tomás solicitó de MT núm. 1 de Madrid que planteara cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 160 LSS TR aprobado por D 2065/1974, de 30 May. como contrario a los arts. 14 y 41 CE.

El Fiscal evacuó su dictamen con fecha 15 Jul. 1982, adhiriéndose a la petición de que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad, y entendiendo que existe la contradicción entre el mencionado art. 160 LSS de 30 May. 1974 y los arts. 14 y 41 CE.

**Cuarto:** La MT núm. 1 de Madrid, por A 21 Jul. 1982, acordó promover la cuestión de inconstitucionalidad por contravenir el precepto legal discutido los arts. 14 y 41 CE elevando su resolución, en unión de un testimonio de los autos y de las alegaciones del demandante y del MF a este Tribunal a los efectos procedentes.

Como fundamento de su resolución estableció la MT núm. 1 de Madrid que sobre la base de los arts. 14 y 41 CE que formulan los principios de igualdad, no discriminación y derecho a las prestaciones de la SS todos los ciudadanos, sin establecer distinción por razón de sexo, la denegación de la prestación de la viudedad del actor decidida por la parte demandada, con base en el art. 160, núm. 2, LSS, que dispone expresamente que para que el viudo tenga derecho a pensión, además de los requisitos señalados en los apartados anteriores para la viuda, es necesario que se encuentre al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo y viva a su cargo o expensas, establece un factor discriminatorio y atentatorio a los principios de la igualdad ante la Ley de los españoles reflejados en los repetidos arts. 14 y 41 CE por lo que debe ser declarado inconstitucional el precepto aludido.

**Quinto:** Admitida a trámite la cuestión planteada se acordó dar traslado de la misma al Congreso y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo común e improrrogable de 15 días pudieran personarse en el procedimiento y formular las correspondientes alegaciones.

**Sexto:** El Abogado del Estado se personó en el procedimiento por escrito de 4 Oct. 1982. En su escrito, el Abogado del Estado sollicitaba que se declarara la inadmisibilidad de la cuestión propuesta y, alternativamente si se entrara en el fondo del asunto, que se declare la plena constitucionalidad del precepto cuestionado.

Señala el Abogado del Estado que es doctrina fijada por este Tribunal, para toda clase de procesos constitucionales, y en particular para las cuestiones de inconstitucionalidad, que la posibilidad de rechazo reconocida en trámite de admisión no excluye la facultad de hacerlo así mediante sentencia cuando en aquel trámite no se hubiera utilizado.

En el caso presente, entiende el Abogado del Estado que no se ha cumplido la exigencia estatuida en el art. 35 LOTC de acuerdo

con el cual el órgano jurisdiccional proponente de la cuestión debe justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, requisito que fue justamente valorado por el Tribunal en su S 1 Oct. 1981, donde se fijó que la cuestión de inconstitucionalidad sólo es admisible en la medida en que la respuesta que el Tribunal se solicite resulte imprescindible para fundamentar el fallo.

Esta doctrina debe conducir a un pronunciamiento de inadmisibilidad pues el juzgador se ha limitado a un juicio puramente abstracto sobre la constitucionalidad del art. 160.2 sin la más leve referencia a los términos de la relación de causalidad entre la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el fallo que hubiera de dictarse en el proceso.

Arguye el Abogado del Estado que la procedencia de entrar a examinar el fondo del asunto sólo podría justificarse mediante la presunción de la existencia de un juicio implícito en la actuación del órgano judicial proponente de la cuestión y que sólo a él compete formular, a saber, que al demandante le falta alguno de los requisitos exigidos en el art. 160.2 para acreditar su derecho al percibo de la pensión, cosa que no es discernible porque no puede saberse si ello ocurre así porque estándolo no se hallaba a cargo de su esposa al tiempo de fallecer ésta o porque faltaran ambos requisitos.

Ahora bien, hay que cuestionar si esta hipótesis interpretativa de lo presupuesto por el juzgador es porque no es cierto que el demandante se hallare incapacitado para el trabajo o porque estándolo no se hallaba a cargo de su esposa al tiempo de fallecer ésta o por falta de ambos requisitos.

Señala asimismo el Abogado del Estado que el tratamiento del principio de igualdad requiere más que cualquier otro una precisa determinación de las situaciones que han de servir de presupuesto para la aplicación de la norma y para el correcto enfoque de las comparaciones, que han de trazarse en su aplicación, así como para la precisa elección del tertium comparationis. Nada de esto es posible, sin invadir la esfera de la competencia jurisdiccional que corresponde de manera irrenunciable a quien resuelve proponer una cuestión de inconstitucionalidad.

Sería inútil todo intento de juzgar la norma a la luz de un caso concreto, cuando el caso concreto no está delimitado en absoluto. Sólo se podrían ofrecer criterios abstractos de compatibilidad entre dos normas al margen de la situación particular y concreta que sirve de presupuesto al proceso constitucional que nos ocupa.

Situándose en este plano, no le parece inexacto al Abogado del Estado afirmar que la norma cuestionada se sitúa en el más típico marco de la acción asistencial del Estado. La terminología que identifica los tipos o modalidades de la acción prestacional es muy variada -auxilios, pensiones, subvenciones, etc.-, pero en cualquier caso refleja algo muy distinto a una retribución o compensación surgida de un esquema contractual privado. Situado el problema en el ámbito de la acción asistencial del Estado, es incuestionable que el signo de las prestaciones de SS. asumen un carácter singular a la hora de contemplarlas a la luz del principio de igualdad. El Estado no arbitra la prestación de estos auxilios económicos o no económicos en función de la simple condición de ciudadano, de modo que su otorgamiento derive de un mero juicio de capacidad jurídica -donde el principio de discriminación de sexos que invoca el órgano proponente de la cuestión podría tener su mejor aplicación-, sino en beneficio de los que se encuentren en una determinada situación de necesidad, como inequívocamente demuestra la redacción del art. 41 CE.

La noción de «situación de necesidad» es una noción relativa, confiada al juicio político del legislador, cuya decisión es y será siempre difícilmente cuestionable según parámetros cuantitativos.

El que una persona afirme estar en situación de necesidad, acusando a la norma que regula su cobertura de insuficiencia, difícilmente puede llevar al juzgador a cambiar el alcance de la norma, aunque adquiera la convicción más profunda de la certeza de esa insuficiencia. Y ello es así en la medida en que la cobertura de esa necesidad se hace a costa del sacrificio de las necesidades de los demás miembros de la comunidad jurídica, que son los llamados a soportar económicamente el conjunto de las prestaciones.

Esta perspectiva es de imprescindible consideración para el problema planteado. El que juzga la situación concreta de necesidad

de una persona, no puede ordenar con justicia la cobertura de esa necesidad, sin ponderar las necesidades que sacrificaría al mismo tiempo de otros miembros de la comunidad jurídica.

Se ve así cuán lejos se encuentra la cuestión que se propone de la temática propia del principio de igualdad concebido en su más profundo sentido ético en la función de eliminar las discriminaciones arbitrarias que posterguen a una persona por razón de una condición personal o social que no legitime tal discriminación.

La igualdad que se postula en el auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad sería una igualdad puramente niveladora de diferencias externas, sin consideración alguna a la situación de necesidad que puedan acusar tales diferencias, y sin ponderar en absoluto que el reconocimiento de esta nueva forma de pensión no prevista por la ley más que en casos concretos de necesidad podría llevar a perjudicar otras necesidades, que el legislador presumiblemente atento a las exigencias de la realidad social ha juzgado de satisfacción preferente.

¿Podría negarse, acaso, que dada la limitación de recursos económicos sociales, el reconocimiento a favor del demandante de dos pensiones no llevaría -dada la magnitud económica del problema- a disminuir la cuantía de las pensiones individuales, o a reducir la asistencia sanitaria de los enfermos?

La primera de las perspectivas comparativas que deben hacerse para enjuiciar esta cuestión no puede prescindir del esquema general establecido en la ley para asegurar la óptima satisfacción igualitaria de las necesidades sociales. Sólo, pues, y en causa a un rechazo general del propio sistema cabría dar cauce a la pretensión de inconstitucionalidad.

Pero aun situándonos en el campo de una prestación concreta -y el mismo art. 160 del TR confirma- la norma contiene diversos elementos de diferenciación y de igualdad.

El párrafo primero de este precepto discrimina a las esposas que no han convivido con los causantes, respecto de las que hayan cumplido la condición de la convivencia. Y dentro del plano de la convivencia podría decirse que el precepto discrimina por razón de estado civil a los que hubieran convivido con el causante sin ser su cónyuge.

Estos y otros elementos de diferenciación podrían llevar, según el Abogado del Estado en un examen superficial del problema a estimar conculcado el principio de igualdad, si el tertium comparationis escogido es diferente al que constitucionalmente debe impregnar la regulación, que es, como se ha expuesto, el de la situación de necesidad.

Situados en el plano de la necesidad como parámetro válido es lícito cuestionarse si puede afirmarse que al demandante en el proceso laboral se le ha postergado en comparación con otros ciudadanos sujetos a la misma necesidad, para así suplir una supuesta omisión legislativa introduciendo una nueva norma creadora de una nueva e imprevista prestación.

Cabe, en efecto, afirmar que la ley confiere a la mujer casada lo que le niega al varón casado, pero de este dato no se infiere que se acuse un efecto de desigualdad en función del parámetro aplicable, cuando el marido ostenta derecho a la prestación, precisamente en los casos de necesidad, según expresa con toda claridad el ap. 2 art. 160 TR LSS. Sería entonces cuestionable la norma que invariablemente confiere derecho a la prestación a la mujer viuda, prescindiendo de toda situación de necesidad. Sin embargo, esta cuestión se sitúa realmente en el marco más modesto de las puras técnicas legislativas que se ven forzadas a una labor de simplificación en favor de la necesaria generalización de los preceptos, partiendo de una especie de presunción de necesidad en atención a los datos sociológicos de la realidad histórica presente, y seguramente en la idea de instituir una pensión familiar única, que lógicamente ha de conectarse en cuanto a su devengo a la persona de uno de los cónyuges.

Por su parte, el Fiscal general del Estado ha sostenido que debe acogerse la inconstitucionalidad preconizada.

El art. 14 CE -dice el Fiscal- contiene dos declaraciones, que se completan entre sí. La primera de ellas, proclama que «los españoles son iguales ante la ley».

La segunda que, frente a aquélla, no puede «prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo...». Ahora

bien, conviene recordar que el principio de «igualdad ante la ley» tiene en nuestra estructura constitucional rango preeminente, ya que el art. 1 resulta elevado, juntamente con otros, a «valor superior» de nuestro ordenamiento jurídico, lo que comporta que en todo momento, y en situaciones dubitativas, este rango ha de prevalecer provocando una interpretación de cualquier otra declaración constitucional o regulación positiva, que haga posible el respeto de tal «valor», hasta el punto de que, incluso en el art. 9.2, se asigne a los «poderes públicos» la tarea de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos... sean reales y efectivas».

De aquí que el tratamiento de la igualdad no se verifique solamente «ante la ley» sino «en la ley». Es decir, no basta con que la ley sea aplicada con carácter de universalidad e igualmente respecto de todos aquéllos que se encuentren en situaciones iguales, sino que la ley misma venga ya a establecer un tratamiento igual para todos los individuos, o los grupos, que se encuentren en identidad de situaciones.

En este orden de cosas, es de indiscutible interés traer a colación, a raíz de la S 14 Feb. 1982 del Tribunal Federal Suizo, los antecedentes de anteriores decisiones del propio Tribunal que marcan el -iter- jurisprudencial seguido en cuanto a la distinción que curiosamente y casi, en ocasiones, con terminología idéntica, viene recogiendo nuestro TC entre otros.

De la «igualdad en la ley» se ha dicho que «una disposición es contraria al art. 4º de la Constitución Federal cuando carece de base objetiva o sólida, sin sentido ni fin, o establece distinciones sin justificación razonable en los hechos» (Arret. Bachman de 31 Mar. 1966). Asimismo que «una disposición viola el art. 4 Constitución Federal bien al establecer entre varios casos distinciones jurídicas no justificadas en ningún hecho importante, bien al someter a un régimen idéntico situaciones que presenten tales diferencias que hagan necesario un tratamiento diferente» (Arret Bullet, de 23 Ene. 1963). Finalmente, que «El principio de igualdad de la Constitución Federal exige que las situaciones se traten de manera similar cuando sean similares y de manera diferente en cuanto sean diferentes; incumbe por tanto a las autoridades legislativas la adopción de las reglas excepcionales que se aparten de la regulación general, cuando así lo exija la diferencia de las situaciones» (Arret Graber, de 23 May. 1962).

La sentencia de que traen causas estos comentarios termina proclamando la inaceptación de los baremos diferenciadores entre estudiantes de distintos sexos, acordados por el gobierno Cantonal de Vaud a pretexto de conservar un cierto equilibrio entre el número de estudiantes de ambos sexos. No importa aquí el hecho enjuiciado o el carácter de la decisión gubernamental, sino la oportunidad de jugar con esas dos ideas de «igualdad en la ley» e «igualdad ante la ley», puesto que una lectura un tanto precipitada de los textos constitucionales podría llevar a concluir que solamente la expresión «ante» la ley justifica la aplicación del principio, con olvido del otro aspecto de la cuestión ínsito en la exigencia de respetar el principio de igualdad en la ley misma, máxime si cuando tal principio, por lo que a nuestra Constitución se refiere, ha sido tomado como valor superior del ordenamiento y como exigencia de actuación de los «poderes públicos» y de entre ellos para el legislador mismo.

Nuestro TC había seguido esta misma línea. En efecto, en 14 Jul. 1982 ha sostenido que «la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el art. 14 CE contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley...».

Al propio tiempo ha destacado que «... el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales debe darse tratamientos iguales» (S 10 Jul. 1981), pero no supone ni «prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso que pueda incluso venir exigido en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la CE consagra con el carácter de superiores del ordenamiento... Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación..., es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable» (S 12 Nov. 1981); sentencia que se reitera en la de 26 Feb. 1982 en la que tras recordar que «el referido principio de igualdad... vincula a todos los poderes públicos porque así lo

afirma taxativamente el art. 53.1 CE...», vuelve a insistir en la idea de que «... el referido art. 14 CE es el relativo al derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable...». Precisamente por esta exigencia de que la desigualdad, para que no se oponga al principio reconocido en el art. 14 CE debe ser justificada y razonable; el Tribunal estima que debe utilizarse «... un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad...» (S 5 May. 1982).

Partiendo, por consiguiente, de que el principio de «igualdad ante la ley» entraña también la igualdad «en la ley», de un lado y, de otro, que tal principio y la interdicción de discriminación que conlleva, admiten supuestos de excepción no opuestos por ello a tal exigencia, si bien la desigualdad legal ha de tener una causa justificada y razonable, y la valoración de tal causa ha de producirse sobre la base de un examen sujeto a especial rigor, puede ahora contemplarse el precepto cuestionado, es decir el art. 160, párr. 2.º LSS a la luz de tales consideraciones y en cotejo con el art. 14 CE.

El precepto legal supone un trato desigual en perjuicio del varón desde el momento en que el fallecimiento de éste es determinante, en todo caso, de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente si concurren las exigencias específicas que allí se señalan arrastra idéntica consecuencia en favor de aquél.

Este trato desigual, en perjuicio del varón, es un hecho indiscutible. A identidad de circunstancias, el legislador atribuye secuelas distintas, desde el punto y hora en que el varón, solo excepcionalmente, podrá percibir pensión de viudedad.

Es el sexo el que determina la diferenciación de trato con lo que, en principio, parece se incide en la prohibición que se contiene en el art. 14 CE.

En materia laboral, el art. 35 CE reconoce «el deber de trabajar y el derecho al trabajo», así como a «una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia» a quien trabajó «sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

De nuevo el texto fundamental incide en la prohibición por razón de sexo, tantas veces mencionada en el cuerpo de este escrito. Y aquí conviene tener en cuenta:

- a) Que el deber y derecho de trabajar y al trabajo es postulado sin distinción alguna.
- b) Que la exigencia de «remuneración suficiente» tanto es de aplicación, sin necesidad de mayor dato, al varón como a la mujer.
- c) Resta entonces comentar si la prohibición de discriminación es específica, es decir, referida exclusivamente al orden económico -remuneración por razón de trabajo- o a todas las secuelas de la relación laboral. Al no establecerse distinción alguna, y dadas las declaraciones constitucionales de los arts. 1, 9.2, 14 y 53.1, entre otros, parece que la interpretación correcta es esta última y por ende que la discriminación no puede operar, en términos generales, de cara a las consecuencias de la condición de trabajador y de familiar de un trabajador, sea éste de uno u otro sexo.

En esta tesis abunda el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 Dic. 1948, que, entre otras cosas, afirma que «toda persona... tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

La referencia a «toda persona» excluye obviamente diferenciación por razón alguna y, no se olvide que entre las materias que se relacionan en el precepto y que hemos subrayado, se incluye la viudedad.

Por imperativo del art. 10.2 CE las normas relativas a derechos fundamentales -y entre ellos, en primer lugar aparece el de igualdad ante la ley y en la ley- «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos» y demás textos allí recogidos. Todo ello sin perjuicio de que el art. 41 CE concluya afirmando 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...».

La concreta referencia, una vez más a «todos los ciudadanos» sin distinción alguna, y la relativa a «situaciones de necesidad» abundan en favor de cuanto hasta aquí se ha sostenido.

Séptimo.- Por providencia de 3 Dic. 1983 se señaló el día 10 para deliberación y fallo. En tal día se deliberó y votó.

### Fundamentos de Derecho

Primero: Antes de entrar a examinar el fondo de este asunto, se hace necesario analizar y decidir la cuestión de admisibilidad propuesta por el Abogado del Estado, quien tiene razón al señalar que, según el criterio de este Tribunal y la interpretación que permite su LOTC, en todos los procesos de inconstitucionalidad puede articularse un trámite de admisión para depurar si se han cumplido o no los presupuestos legales necesarios para su comienzo y que en aquellos casos en que así no se haya hecho, las cuestiones de admisión pueden unirse a las de fondo y ser decididas conjuntamente en la sentencia. Es, por ello, procesalmente correcta la alegación que el Abogado del Estado hace en este asunto, mas de ella no se sigue que en el caso actual la cuestión de inconstitucionalidad que plantea la MT núm. 1 de Madrid no hubiera debido ser admitida y tenga por tanto ahora que ser rechazada.

Según el art. 35 LOTC cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la CE planteará la cuestión al TC, con sujeción a lo dispuesto en dicha ley, el art. 37 de la cual permite que el Tribunal rechace en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad «cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notablemente infundada la cuestión suscitada».

Para lo que aquí interesa, aparte las mentadas condiciones procesales -en las que no es preciso profundizar ahora-, son indudables requisitos de admisión de una cuestión de constitucionalidad los siguientes: 1) que la ley, cuya constitucionalidad se cuestione, sea aplicable al caso que deba decidir el Juez o el Tribunal proponente de la cuestión; 2) que el fallo que haya de dictarse en el proceso a quo dependa de la validez o falta de validez de la norma cuestionada o, lo que es lo mismo, que exista una directa relación entre validez o invalidez de la norma y fallo a dictar; 3) que al plantearse o proponerse la cuestión se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo, fundamentación que no ha de estar constituida por una exposición exhaustiva de la totalidad de las razones que en el asunto puedan jugar, sino por aquellos argumentos que deban considerarse racionalmente suficientes para que la cuestión pueda ser tomada en cuenta o, como en otra sede dice la Ley de este Tribunal, que se justifique una decisión del Tribunal por poseer la materia un contenido constitucional. La norma seleccionada por el Juez, de la cual se cuestiona la constitucionalidad, ha de ser aplicable al caso, que ante dicho Juez pende, y la estructura del razonamiento que conduce al fallo debe ser idónea en relación con el caso enjuiciado. No se exige, en cambio, que la norma cuestionada sea la única posible para resolver el caso, ni tampoco que el caso no pudiera resolverse por otras vías, con otras normas o con otros razonamientos porque no compete a este Tribunal enjuiciar la fundamentación que el Juez a quo haya hecho más que en aquellos casos en que resulte notoriamente inadecuada en relación con lo que es generalmente admitido en derecho.

En el caso que ahora se discute, no puede ponerse en tela de juicio que el art. 160 LSS es aplicable al caso que la MT núm. 1 de Madrid tiene que decidir, dado que, según resulta de los antecedentes, el INSS demandado en el proceso a quo opuso precisamente este artículo a la pretensión inicial de D. Tomás. Y es inconcuso que el fallo sobre la pretensión de D. Tomás será uno u otro según que el art. 160 LSS sea constitucionalmente válido o no lo sea, sin que a nosotros nos sea dable decidir si el razonamiento para resolver la pretensión de D. Tomás pudiera haber sido otro, aunque sea cierto que D. Tomás demandó la pensión de viudedad por considerar que en él concurrían todos los requisitos impuestos por la legalidad vigente y que una interpretación, no excesivamente literal, hubiera podido conducir a una conclusión afirmativa.

**Segundo:** La cuestión promovida por la MT núm. 1 de Madrid se centra en torno a la posible inconstitucionalidad del art. 160.2 LSS. Entiende el Magistrado proponente de la misma que según la citada norma, la viuda de un trabajador tiene derecho a percibir una pensión de viudedad si concurren las dos siguientes condiciones: que hubiese convivido habitualmente con el causante de la pensión o que, en caso de separación conyugal, la sentencia firme la haya reconocido como inocente; y que el cónyuge causante de la pensión, si fuese trabajador por cuenta ajena, hubiese completado el período de cotizaciones que reglamentariamente se determinan, salvo que la causa de la muerte sea un accidente de trabajo o no laboral. El derecho del viudo de sexo masculino está sometido a un condicionamiento adicional por el referido art. 160.2 LSS. Tiene derecho a la pensión si, además de concurrir los requisitos señalados para las viudas, al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión se encontraba incapacitado para el trabajo y estaba a cargo de ella. La vigente legislación de la S.S. establece, pues, un sistema jurídico diferente en orden a las pensiones de las viudas y a las de los viudos, ya que para las primeras exige sólo la previa relación conyugal y la convivencia habitual con el consorte, en tanto que para los segundos exige además la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica respecto del otro cónyuge. Son estas exigencias adicionales del derecho de pensión de los viudos del sexo masculino las que, según se supone al proponer la cuestión, constituyen una discriminación por razón del sexo, que es contraria al mandato de igualdad ante la Ley establecido por el art. 14 CE. Existe la discriminación 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 casos causa el marido.

**Tercero:** La existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones. Es cierto que nuestro sistema de seguridad social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo, y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la actual S.S. Sin embargo, la relación automática entre cuota y prestación no es necesaria. Multitud de mecanismos, tales como la existencia de topes mínimos o máximos, la exigencia de requisitos específicos para una determinada prestación y las incompatibilidades entre las prestaciones lo demuestran sobradamente. Desde el momento en que la seguridad social se convierte en una función del Estado, la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas.

**Cuarto:** El art. 41 CE establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de S.S. para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en «situaciones de necesidad». La adopción de este término no se opone a la idea de perjuicio. La referencia a una «situación de necesidad» o a un «estado de necesidad» obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de «riesgo» o «contingencia»; que se produjo en la Ley de Bases de la S.S. 1963, aun cuando todavía subsiste parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva; accidente de trabajo o no.

Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.).

**Quinto:** Como ha dicho con reiteración este Tribunal, el art. 14 CE al consagrar el principio llamado de «igualdad ante la ley», ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo en los términos expresados en nuestra S 76/83, de 5 Ago. (Fundamento Jurídico 2.A). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota. También ha sido dicho que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que



deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional.

El art. 14 CE, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentra sin ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona.

Finalmente, no es impertinente recordar que, según la jurisprudencia de este Tribunal, cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el art. 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos y, en su caso, propuestos por el legislador, a que antes hemos hecho referencia.

Si hacemos aplicación de estas premisas al caso presente, resulta manifiesto que la situación de partida de la norma contenida en el art. 160.1 y el art. 160.2 LSS presenta una práctica igualdad; en uno y otro caso se trata del fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado al régimen de la S.S. que ha efectuado las correspondientes cotizaciones y del derecho de su consorte a obtener una pensión de viudedad. Hay, sin embargo, una diferencia notoria de régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y el de los viudos. La condición del derecho de pensión de las viudas es únicamente la convivencia habitual con el cónyuge causante o, en todo caso, la separación legal con sentencia firme que le haya reconocido como inocente, además de haber completado el período de cotización reglamentario, salvo cuando la causa de la muerte sea accidente de trabajo o no laboral o enfermedad profesional. El derecho de pensión del viudo es más limitado, como gráficamente lo pone de manifiesto el legislador cuando dice que el viudo tendrá derecho «únicamente en el caso de...».

El derecho de pensión del viudo se condiciona a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se trata de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la fallecida. No se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el art. 160 contempla en sus dos apartados es el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del art. 14 CE.

Como dice el Fiscal General del Estado -y es de destacar que solicita que estimemos la inconstitucionalidad que se nos propone- el precepto legal cuestionado supone un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste es determinante en todo caso de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo es si concurren las exigencias específicas que allí se señalan, pues sólo ellas determinan que sea idéntica la consecuencia. El trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas.

**Sexto:** Situados en este terreno, parece necesario hacer aplicación de la doctrina, según la cual los defensores de la norma deben justificar la desigualdad que en ella se introduce. El Abogado del Estado ha tratado de salvar la norma, señalando que el parámetro que debe tomarse en consideración para valorarla, no es sólo la persona, sino también la necesidad, por lo que, a su juicio, cabe afirmar que si bien la Ley confiere a la mujer casada lo que le niega al varón casado, de este dato no se infiere que se acuse un efecto de desigualdad en función del parámetro aplicable, pues el marido ostenta el derecho en atención a la necesidad, y tal derecho no se ve oscurecido. Sin embargo, este razonamiento no resulta convincente. Es verdad que el art. 41 CE dice que «los Poderes Públicos mantendrán un régimen de S.S para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y

prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Sin embargo, no puede ser discutido -como ya anteriormente hemos destacado- que del hecho de que el art. 41 otorgue una garantía en las situaciones de necesidad, haya que deducir que sólo en las situaciones de necesidad la protección se otorga. El derecho del art. 41 es un mínimun constitucionalmente garantizado. El legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección. En nuestro Derecho, la idea de la «situación de necesidad» o «estado de necesidad», como determinante de la protección de la S.S., se produjo con anterioridad a la Ley que ahora estamos examinando, aun cuando subsista todavía, parcialmente, una actuación diferenciada del estado de necesidad en algunos casos. Concretamente, en el supuesto de las pensiones de viudedad de las viudas la situación o estado de necesidad no es tomada en cuenta, aunque sí lo es en la de los viudos, por lo que el razonamiento nos devuelve a la igualdad rota y a su justificación, y en este sentido no debe olvidarse, como acertadamente señala el MT que la igualdad es un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, el que debe existir para todos los eventuales titulares de este artículo 1.º. CE. Lo cual quiere decir que si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad ésta debe existir para todos los eventuales titulares de este derecho y que si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares.

En este punto viene, finalmente, el Abogado del Estado a coincidir cuando, tras introducir lo que llama parámetro de la igualdad, concretado en el estado de necesidad, termina su alegato afirmando que es cuestionable que la norma confiere invariablemente el derecho de prestación a la mujer viuda, prescindiendo de toda situación de necesidad, y trata de salvar la dificultad diciendo que esta cuestión se sitúa realmente «en el marco más modesto de las puras técnicas legislativas», que se ven forzadas a una «simple labor de simplificación», en favor de la necesaria generalización de los preceptos, partiendo de una presunción de necesidad. Mas si ello fuera así, ocurriría, sin duda, que la situación más beneficiosa de las viudas se concreta, por lo menos, en dos puntos capitales, que son: a) El automatismo en la producción de la consecuencia jurídica, sin necesidad de la intermediación de trámites o de comprobaciones, y b) La presunción de necesidad de la pensión, que es *juris et de jure*.

Contemplada desde este ángulo la cuestión, tampoco se ofrece fácilmente la justificación que se busca, pues si el automatismo en la aplicación de las normas y la simplificación de los trámites, con su secuela de economía procesal, es un bien jurídicamente deseable, no es, en cambio, un interés al que deba sacrificarse un valor de rango constitucional superior, y la hipotética presunción, *juris et de jure* de necesidad de la mujer, que se quiere fundar en datos sociológicos y en la realidad histórica tampoco ofrece por sí sólo un fundamento suficiente, y es, además, justamente lo contrario a la igualdad preconizada por el art. 14.

**Séptimo:** Falta de la necesaria fundamentación que la justifique, la desigualdad del régimen jurídico de los aps. 1 y 2, art. 160 LSS se presenta nítidamente como contraria a los dictados de la CE. Por ello, para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el ap. 2º, art. 160, y el inciso del ap. 1º, donde dice, en femenino, «la viuda» pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la S.S. tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Todo ello, naturalmente, ha de entenderse sin perjuicio de la potestad de los órganos de producción jurídica del Estado para articular un sistema diferente, siempre que en el mismo se respeten los principios y dictados de la CE, y, en especial, el principio de igualdad.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto el TC por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido:

Declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el párr. 2.º, art. 160, LSS y el inciso del párr. 1.º de dicho artículo, que dice «la viuda».

Madrid. 22 Nov. 1983.

Voto particular que formula el magistrado Sr. Arozamena Sierra, al que se adhiere el también Magistrado Sr. Pera Verdaguer, a la sentencia de 22 Nov. 1983, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982.

Disiento de la decisión y de la fundamentación que la precede que ha llevado al Pleno del Tribunal a declarar la nulidad del párr. 2º art. 160 y el inciso del párr. 1º de dicho artículo que dice «la viuda».

Lo que me lleva a formular el presente voto, después de una reflexión acerca de lo que, a mi entender, significa la sentencia de la que discrepo en orden a la función del Tribunal, y desde otro aspecto de no menor preocupación, en lo que se refiere a la revisión del sistema de S.S. dentro de las previsiones constitucionales, necesita, según creo, de una consideración respecto al resultado a que lleva esta sentencia.

La sentencia incluye en la situación protegida de viudedad al viudo en iguales condiciones que la viuda. Dentro del complejo problema de la viudedad, desde la perspectiva de la S.S. entendida por lo demás, en su sentido más amplio, que agrupa todo colectivo sujeto a un régimen de S.S. general o especial, la sentencia, aunque en el caso ceñida al sistema general de la S.S., introduce una modificación sustancial tanto considerada atendiendo al coste económico de la modificación como examinada a la luz de los principios de una revisión del sistema. La consecuencia económica en un sistema de medios escasos y de contingencias múltiples, con inevitable efecto en el conjunto, es, sin duda, de gran importancia. En el otro orden de consideraciones, la sentencia conduce en materia de viudedad a un sistema que, según creo, no está en la línea que marca el art. 41 CE. Prescinde del dato de la necesidad, para generalizar un sistema fundado -por lo general- en la sola existencia de un matrimonio previo y la convivencia habitual, y presupone como elemento de igualdad de tratamiento, el dato de la cotización que en el régimen de una seguridad basada en la solidaridad pasa a un segundo plano.

Para mí, que el control de constitucionalidad de las leyes, desde el ángulo de la no discriminación por razón del sexo, no ha podido llevar a la conclusión que se adopta en la sentencia. Si esta fuera el único punto de vista para enjuiciar si el sistema de S.S. en cuanto a la contingencia de muerte, y, en concreto en cuanto al régimen de pensiones, podría tender tanto al reconocimiento de la pensión al viudo sin otras exigencias que las previstas para las viudas como a constreñir el derecho de las viudas a los condicionamientos más rigurosos previstos para los viudos. Una y otra solución, con lo que tienen de forzadas respuestas a una exigencia de un sistema racional que, respetando, claro es, todo el conjunto constitucional, y, desde luego, el art. 14, debe arrancar de lo que manda el art. 41 y de lo que igualmente manda el art. 9.2, CE., en modo alguno puede introducirse mediante una sentencia. Corresponde, obviamente, a la decisión política dentro del marco constitucional acomodar a las exigencias constitucionales el régimen en cuanto al tratamiento de la viudedad, que bien puede entenderse que tanto la solución de reconocer la pensionabilidad general a los viudos, equiparándolas al tratamiento del art. 160.1, como reducir el de las viudas a los condicionamientos del art. 160.2, son ambos irrazonables. El problema es más complejo que el verlo desde una abstracta consideración de la igualdad de tratamiento de los viudos y de las viudas, sin tener en cuenta otros factores relevantes desde la base firme de los valores que proclama el citado art. 9.2. Podrá, acaso, cuestionarse el criterio de la pensionabilidad prácticamente absoluta de las viudas, pero lo que no podrá desconocerse es que una generalización de este criterio a los viudos, con lo que supone de contrario al sistema de S.S. que está presente en la CE (art. 41), gravitará negativamente sobre todo el conjunto del sistema, creando con una incidencia grave en la cobertura económica, una disminución en vitales prestaciones. Y es que buen número de factores de los que no es menester hacer aquí una mención se encuentran en el fondo, y se entrecruzan, a la hora de diseñar un sistema que respetando la exigencia constitucional de la no discriminación por razón del sexo, tenga muy presente los indicados principios de los arts. 9.2 y 41.

He querido poner de manifiesto con lo que antecede que la adaptación del sistema de la S.S. a los postulados constitucionales, obra previsiblemente de difícil enfoque desde criterios parciales, es una gran tarea que corresponde al Gobierno y a las Cortes Generales. Se trata de una tarea que -sobre todo tratándose de una legislación preconstitucional- no es realizable por la vía

negativa de excluir del ordenamiento jurídico piezas que son integrantes de un conjunto. Quiero decir que las técnicas de inconstitucionalidad que conduce al pronunciamiento que dice el art. 39 LOTC, aun con las variantes de las que algunos han llamado sentencias interpretativas, no son el instrumento para tratar de acomodar a los principios constitucionales el sistema de la seguridad social.

La cuestión es aún más clara, según creo, si tenemos muy presente que el precepto afectado, del que en uno de sus apartados se declara su nulidad y en el otro se introduce, no una interpretación, sino una modificación que pretende extender al viudo el régimen establecido para la viuda, es preconstitucional, pues lo establece el TR LSS que es de fecha 30 May. 1974 y que refunde la LSS de 21 Abr. 1966, incorporando preceptos contenidos en otras disposiciones. Aquí, en su caso, la pérdida de fuerza obligatoria tendría su título en la disposición derogatoria tercera de la CE. El texto judicial aquí no puede ser más que declarativo de una derogación operada por la CE. Una declaración de pérdida de fuerza obligatoria. Lo que hace la sentencia -a mi modo de ver, y con todo el respeto a la decisión mayoritaria- no es declarar derogada una disposición; tampoco una derogación y, a la vez, interpretación de la norma subsistente. Lo que hace es integrar el ordenamiento de la S.S. incorporando al régimen de viudedad el derecho de los viudos en unos términos de generalidad, sin atender al dato de la situación de necesidad. Se trata de una innovación por la vía de la sentencia del derecho de la S.S.

Podrá decirse, al llegar aquí, que detectada una discriminación por razón de sexo, el precepto que la acoge es contrario a la CE y, por esto, demanda que por una u otra vía se le excluya del ordenamiento jurídico. Ya se ha visto que no es este el resultado al que conduce la sentencia, pues lo que hace es generalizar un régimen prácticamente de pensionabilidad absoluta, lo que obviamente, no es una tarea propia de la que se ha llamado función de legislador negativo como única que compete al TC. Para mi entender, que aun aceptando que en el sistema de viudedad haya un componente que puede contrariar la exigencia constitucional de la no discriminación por razón del sexo, no es este un elemento aislable que pueda llevar a estimar que el art. 160 LSS ha quedado en todo o en parte, derogado por la CE. Se tratará, acaso, de todo un sistema que requiere, más en la línea de los arts. 9.2 y 41, respetando, el art. 14, una revisión, una puesta a punto constitucional. Corresponde a los Poderes Públicos, que tienen la responsabilidad de la gobernación, acometer esta tarea dentro de las exigencias de aquellos preceptos constitucionales, lo que es compatible con una jurisprudencia que en la línea del art. 53.3 confiera al art. 41 una potencialidad interpretativa que permita excluir los rigores extremos a lo que una literalidad del art. 160.2 de la mencionada Ley pudiera llevar.

Creo que el pronunciamiento de la sentencia no se acomoda al efecto extintivo que proclama la disposición derogatoria tercera de la CE. Creo que no puede anudarse a esta disposición -en relación con el art. 14- la privación de efectos del art. 160.2 y la innovación introducida en el art. 160.1. La revisión del sistema de la S.S. está entre las grandes tareas que compete a los Poderes Públicos, que tienen la responsabilidad de gobernar, y se sitúa sobre todo en el marco de los arts. 9.2 y 41. Desde esta globalidad no puede enjuiciarse como una limitada confrontación entre el art. 160 LSS y el art. 14 CE. Debió, éste es mi parecer, desestimarse la cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, 22 Nov. 1983.

Voto particular que formula el magistrado Sr. Rubio Lorente a la S 22 Nov. 1983, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982.

Disiento de la opinión de la mayoría, construida a partir de una interpretación del art. 14 CE, que considero inadecuada, por ser, a mi juicio, incompatible con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, que es también plasmación del valor superior de la igualdad.

En la interpretación de la mayoría se identifican, en efecto, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, que son, como es obvio, categorías distintas, a las que nuestra CE de 1931 dedicaba dos distintos preceptos (art. 2º y 25), y cuya diferente

naturaleza no desaparece por el hecho de que el enunciado constitucional no las distinga. La igualdad ante la ley hace referencia a su eficacia, es decir, a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquéllos que se encuentran en la situación descrita 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, éste no puede establecer 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 derechos 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, para dar cumplimiento al mandato constitucional que ordena al legislador, como a los demás poderes públicos, «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas». La configuración legal de un derecho de prestación sólo puede ser considerada discriminatoria por tanto, no por el simple hecho de establecer diferencias, sino sólo cuando la diferencia de tratamiento dada a distintos grupos sociales carezca de justificación razonable.

La norma que la mayoría declara inconstitucional, reguladora de una prestación de la S.S. es anulada por considerarla discriminatoria para los viudos. Su anulación y el consiguiente reconocimiento del derecho que asisten a los viudos para recibir una pensión de viudedad en los mismos términos que hoy reciben las viudas, implica, como es evidente, una nueva y no desdeñable carga económica para la S.S. La limitación de los recursos de que ésta dispone habrá de llevar, en consecuencia (y a esta consecuencia parece aludir el párrafo final de la sentencia), o bien a una disminución general en la cuantía de las pensiones, de manera que con los mismos fondos existentes se paguen tanto las de las viudas como las de los viudos, o bien a una regulación más restrictiva del derecho que hoy se reconoce en términos muy generales a las viudas, que si se equipara con el que hoy tienen los viudos, habrán de demostrar, no sólo que estaban «a cargo de su esposo», sino también «incapacitadas para el trabajo». La eliminación de la supuesta discriminación de los unos redundará así, inevitablemente, en un empeoramiento de la situación de las otras.

Los grupos sociales a los que la norma da en este caso distinto tratamiento son, sin embargo, grupos cuya condición es realmente muy distinta, pues es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nitidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre ella la parte más importante, cuando no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeña tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres, siendo iguales las circunstancias restantes. Esta desigualdad «real y efectiva» debe ser eliminada por el legislador por la vía y en el momento que juzgue más oportunos para dar cumplimiento al mandato del art. 9.2 CE, pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y que se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla.

Hay muchas razones para sostener que esta «compensación» legislativa ayuda a perpetuar la discriminación social y que, en consecuencia, debe ser suprimida para eliminarla. Pero esta supresión es una medida de política legislativa cuya oportunidad y forma sólo el legislador ha de determinar y cuya incidencia sobre las pautas sociales de comportamiento sólo tiene efectos, como es obvio, hacia el futuro, no hacia el pasado. En el pasado, y de ello se trata ahora, la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir «a cargo» del marido (por irónica que la expresión pueda resultar), mientras era excepcional la situación contraria, y por tanto no parece discriminatorio que se la dispense de probar esta situación, en tanto que sí ha de probarla el varón, como no es absurdo, sino razonable, que se le exija a éste la prueba de no estar incapacitado para el trabajo y sería absolutamente irrazonable condicionar a la incapacidad para trabajar la percepción de la pensión de viudedad de una mujer que

durante toda su vida ha dedicado su esfuerzo a unas tareas domésticas fatigosas y absorbentes que le han impedido adquirir, entre otras cosas, una formación profesional.

La diferencia social hasta ahora existente entre hombres y mujeres impide, en resumen considerar irrazonable la diferencia que el art. 160 LSS establece entre viudos y viudas. El precepto no es por ello, a mi juicio, «contrario» a la CE y no ha resultado derogado por ésta.

Madrid, 22 Nov. 1983.