

# Garantía de la familia por el art. 39.1 C.E.: La pensión de viudedad y la protección de la familia matrimonial

CARMEN SÁEZ LARA  
Universidad de Córdoba

## SUMARIO

1. Los derechos sociales en la Constitución española: los principios rectores de la política social y económica.
  - 1.1. Origen, caracteres y sentido.
  - 1.2. Naturaleza jurídica y garantías.
2. Las garantías institucionales.
3. La garantía del instituto de la familia, art. 39.1 C.E.
4. La pensión de viudedad y la protección de la familia matrimonial.
  - 4.1. Análisis de los argumentos a favor de la regulación vigente.
  - 4.2. Exigencia de un nuevo planteamiento constitucional.

El art. 39.1 C.E. impone a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, precepto con el que la Constitución garantiza el instituto de la familia. Ubicado en el Capítulo III de la CE la naturaleza jurídica, eficacia o si se prefiere operatividad del citado art. 39.1 debe de analizarse en el contexto del estudio de los derechos sociales, y más concretamente de las garantías institucionales objeto de protección constitucional. Delimitada esta primera cuestión, será preciso plantear si tal garantía institucional se refiere exclusivamente o no a la familia matrimonial, y si constitucionalmente resulta admisible la protección legal de una determinada forma familiar. Sólo

desde estas premisas es posible suscitar la duda de si no habrá llegado ya el momento de que el TC se plantee de nuevo su doctrina en relación con las pensiones de viudedad.

Por todo ello, resultan necesarias unas breves notas introductorias sobre el significado de los principios rectores de la política social y económica, entre los que se inserta el art. 39.1 CE, para pasar a analizar seguidamente el de las garantías institucionales constitucionalmente establecidas, y la garantía de la familia en el Texto Constitucional. Finalmente, se estudiará la doctrina del TC en relación con la regulación legal vigente en materia de prestaciones de viudedad, sus eventuales insuficiencias, en el actual contexto, y las posibles líneas de cambio futuro.

## 1. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

### 1.1. Origen, caracteres y sentido

Como es sabido, los derechos económicos, sociales y culturales o más simplemente los derechos sociales se incorporaron a los textos constituciona-

<sup>1</sup> ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, Madrid, 1986; GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en *Obras completas II*, Madrid, 1991, pp. 1585 y ss.; GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984; MONEREO PEREZ, J.L., *La Política Social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre, 1995; PEREZ ROYO, J., *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, en *REDC*, 10/1984; CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.

<sup>2</sup> Los antecedentes se sitúan en las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa y en la Constitución francesa de 1848, pero serán las constituciones de la postguerra de 1914 las que generalizan las tendencias sociales. Cfr., CASCAJO CASTRO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.C., Madrid, 1988, p. 15. Para DIEGUEZ CUERVO G., (op. cit., p. 328) la sanción de los derechos sociales hay que reconducirlas a las leyes inglesas encabezadas por la de menores-aprendices de 1802, y en Europa a las leyes francesa y prusiana de 1840 sobre la cuestión del trabajo de los menores.

<sup>3</sup> Si bien a lo largo del siglo XIX se configura la ideología del Estado social, como ha sido destacado por G. PECES-BARBA MARTINEZ «el substrato genérico, pero indispensable

para el arraigo de los derechos sociales en la cultura política y jurídica es la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones basadas en el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación», que realiza un análisis de la configuración histórica de este substrato social y cultural; cfr., «Los Derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto», en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 6/1998, pp 15-24.

<sup>4</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, L. «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22/1995, p. 17.

<sup>5</sup> Cfr. J.L. SERRANO, «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», en *Revista de Estudios Políticos*, 56/1987, p.97.

<sup>6</sup> Como señala PRIETO SANCHIS (op. cit. p.10) este punto de partida da lugar a la concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado que sigue siendo, con algunos matices la concepción dominante sobre los derechos, planteándose la cuestión de si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable al conjunto de los derechos hoy recogidos por las Constituciones y los Tratados Internacionales.

<sup>7</sup> Si bien carecen de contenido prestacional derechos fundamentales como la libertad sindical o el derecho de huelga, sin que tampoco puedan calificarse de propiamente prestaciones el derecho a la limitación de la jornada, un salario mínimo, o las vacaciones anuales.

les en el momento histórico en el que se produce el tránsito del Estado liberal clásico al llamado Estado del bienestar, Estado intervencionista o Estado social<sup>1</sup> Salvo algún precedente<sup>2</sup> no puede hablarse de un constitucionalismo social hasta las Constituciones de la postguerra de 1914, la Constitución de Weimar de 1919, y la anterior Constitución mexicana de 1917, momento en el empezaran a producirse los frutos jurídico-positivos de la construcción intelectual del siglo XIX<sup>3</sup>. La Constitución española de 1978 constituye un buen ejemplo de Constitución social. En su Capítulo III, bajo el título de principios rectores de la política social y económica, se ubican un buen número de los derechos sociales. Los mismos constituyen una concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el art. 1.1 C.E., y en particular del valor igualdad<sup>4</sup>, así como de la idea del Estado Social iniciada en el art. 1.1 de la C.E.<sup>5</sup>

Los derechos sociales presentan perfiles difusos y heterogéneos por lo que su caracterización se ensaya desde diversas perspectivas, pues ciertamente un rasgo comúnmente destacado en relación con estos derechos llamados de tercera y cuarta generación es el de su heterogeneidad. Pese a que no resulta constitucionalmente acertado su caracterización, en contraposición con los derechos fundamentales civiles, de partida, si es posible señalar algunas diferencias ilustrativas. Así, los primeros derechos fundamentales que se incorporaron al constitucionalismo de fines del siglo XVIII, tendrían por objeto la protección de valores o bienes que corresponden al ser humano, al margen de la existencia del Estado, su titular es la persona humana, e imponen una abstención por parte de los demás y en particular por parte de las instituciones<sup>6</sup>.

Por el contrario, los derechos sociales se configuran, frecuentemente<sup>7</sup>, como derechos prestacionales, pues exigen antes que la abstención de los poderes públicos (y privados con poder para impedirlos), la provisión de un bien

o servicio, económicamente evaluable por parte del sujeto obligado. Presuponen necesariamente todo un conjunto de prestaciones públicas sólo existentes en el Estado contemporáneo, y son impensables sin una organización institucional que los haga posibles<sup>8</sup>.

En relación con los derechos sociales, merece una particular atención la cuestión relativa a la titularidad de los mismos. El titular de los derechos sociales no será el hombre (derechos civiles) o el ciudadano (derechos políticos)<sup>9</sup>, sino que hablar de titulares nos lleva a identificar determinadas y específicas personas, caracterizadas por su insuficiencia material de medios económicos, en relación con la prestación del bien o servicio que expresa el contenido de estos derechos. No son derechos universales a priori. Estos derechos identifican como titulares exclusivamente a las personas que precisan el apoyo o la promoción en que consisten. La desigualdad existente en el reparto de la riqueza, que determina una situación de necesidad material de ciertas personas justifica el surgimiento de esta clase de derechos. Son derechos pues que partiendo de la desigualdad de hecho buscan lograr la igualdad material, a través de un tratamiento o régimen jurídico diferenciado.

Y es, precisamente, en este proceso de especificación del titular del derecho, donde puede aprehenderse el concepto de los nuevos derechos, denominados derechos de cuarta generación, que son derechos concretos de grupos, derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los minusválidos, de los consumidores<sup>10</sup>.

Por último, antes de abordar la cuestión principal que estos derechos suscitan, la relativa a su naturaleza jurídica y garantía, es preciso destacar la función de los derechos sociales. Los derechos sociales, como ya puede intuirse, atienden a función correctiva del sistema económico-social, cuya instrumentación corresponde y con amplias dosis de discrecionalidad, a los poderes públicos (dada su escasa delimitación al

construirse a menudo mediante conceptos jurídicos indeterminados).

## 1.2. Naturaleza jurídica y garantía

Caracterizados por un particular contenido económico y sociológico resulta difícilmente aprehensible el significado jurídico de una figura ambigua y difícilmente conceptuable como son los derechos sociales.

Frente a las tesis que defenderían, en relación con su Capítulo III, la existencia en la Constitución de preceptos meramente programáticos, al no tener estructura lógica de normas<sup>11</sup>, el carácter normativo de la Constitución en su conjunto, y por tanto también de los principios rectores de la política social y económica, resultaría pronto un presupuesto indiscutible. El carácter normativo sería declarado por la doctrina constitucional desde sus primeras Sentencias, y mantenido doctrinalmente por acreditados comentaristas de la Constitución<sup>12</sup>.

Sin embargo, admitido el carácter de normas jurídicas, no es predicable la misma eficacia de todos los preceptos constitucionales. En particular, la incidencia de estos principios y su garantía (art. 53.3 C.E.) ha de ser interpretada sistemáticamente en el contexto de los postulados del Estado social que los mismos concretan (art. 1.1 C.E.), del principio de igualdad (art. 14 C.E.), y del mandato de igualdad efectiva (art. 9.2 C.E.).

Dispone el art. 53.3 C.E. que el reconocimiento respeto y protección de estos principios informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En términos generales podrían señalarse ciertas **notas comunes** relativas a la eficacia de estos principios:

- Los principios rectores, en principio, vinculan al legislador, como

<sup>8</sup> En todo caso, como acertadamente indica PRIETO SANCHIS (op. cit. p. 16), la técnica prestacional es aplicable también a los derechos fundamentales civiles o políticos. Piénsese así, por ejemplo, en la libertad religiosa. Al respecto, cfr. la STC 166/1996, y en una comprensión más amplia del contenido prestacional de este derecho fundamental, el voto particular formulado a este Sentencia por el Magistrado, don Julio D. Gonzalez Campos.

<sup>9</sup> Condición de hombre y ciudadano que terminarían confluyendo y participando ambos derechos civiles y políticos de la consideración de derechos universales.

<sup>10</sup> Cfr. BOBBIO, «El tiempo de los derechos», en el volumen recopilatorio del mismo título publicado por la Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 109-110; G. PECES-BARBA MARTINEZ, «Los derechos económicos, sociales y culturales...», cit., p. 33.

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, F., (dir) Comentarios a la Constitución, Cívitas, Madrid, 1980, p. 579.

<sup>12</sup> Cfr. la STC 16/1982. Cfr., GARCIA DE ENTERRIA, E. La Constitución como norma jurídica, en PREDIERI, GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático, Cívitas, Madrid, 1980; RUBIO LLORENTE, F., La Constitución como fuente del Derecho, en AAVV, La Constitución española y las fuentes del Derecho, IEF, Madrid, 1979.

<sup>13</sup> Cfr. SSTC 71/1982, 14/1992, 19/1992, 64/1982.

<sup>14</sup> Cfr. SSTC 189/1987, 132/1989, 14/1992, 222/1992, 173/1993, de un lado, y de otros, SSTC 11/1981, 65/1987, 114/1987, 134/1987, 97/1990, 184/1990.

<sup>15</sup> Cfr., SSTC 24/1982, 103/1983, 74/1987, 116/1987, 45/1989. Sobre la omisión legislativa en relación con los derechos sociales, véase ampliamente COBREROS MENDANOA, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 19/1987, p.42.

<sup>16</sup> Cfr., DE OTTO, L., *Derecho Constitucional Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993., p. 49.

<sup>17</sup> Desde la sentencia de 2 de febrero de 1981, el T.C. afirmaría la fuerza derogatoria de todos los apartados de la Constitución, así también de los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución, «allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible».

<sup>18</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, L., *op. cit.*, p. 42, para el que la insuficiencia que pone de relieve la jurisprudencia constitucional es la utilización de los principios más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y en segundo lugar, la dificultad de construir posiciones subjetivas de prestación.

<sup>19</sup> Cfr. la STC 22/1981. En todo caso no puede dejar de llamar la atención la legitimidad de una limitación al derecho al trabajo (art. 35.1 C.E.) fundada en una política de pleno empleo (art. 40 C.E.). Sobre esta cues-

al resto de los poderes públicos<sup>13</sup>, pues ciertamente los principios rectores no pueden ser afectados en su esencia por una regulación legal, y además no son fácilmente reformables (arts. 167 y 168 CE) Sin embargo, el legislador dispone de amplios márgenes para elegir los medios, y el alcance de los mismos<sup>14</sup>, así como en relación con el momento en el que deben de ser logrados. No parece muy probable atendiendo a la jurisprudencia constitucional una sanción constitucional a la omisión del legislador<sup>15</sup>.

La posibilidad pues de que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de un Ley por ser contraria a un principio rector si bien presentaría dificultades, derivadas de la propia configuración de los mismos, debe entenderse posible de partida atendiendo a la jurisprudencia constitucional.

b) Dispone el art. 53.3, finalmente, que sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Este inciso final vendría a indicar, no que no puedan ser alegados ante los Tribunales, sino que la pretensión dirigida a obtener alguno de los bienes que los mismos disponen exigirá la intervención legal y habría de formularse en los términos legales. En ausencia de ley un Tribunal no podrá declarar el derecho de una persona a una vivienda, evitándose así colocar a los órganos judiciales en la posición del legislador<sup>16</sup>.

Estas restricciones que el art. 53.3 *in fine* impone en relación con la tutela judicial ordinaria, no operan, sin embargo, frente a la tutela del Tribunal Constitucional.

Los principios rectores pueden pues ser invocados en cuanto tales en los procesos constitucionales de control de normas, recurso y cuestión de constitucionalidad, así como para la resolución de

controversias competenciales<sup>17</sup>. Y el uso de estos principios en la jurisprudencia constitucional delimita, un panorama alentador, donde los mismos encarnan normas objetivas de eficacia directa e inmediata<sup>18</sup>, tanto como cobertura de una acción estatal y privada que pudiera resultar de otra forma lesiva de algún derecho constitucional<sup>19</sup>, y como criterio de interpretación de normas legales y constitucionales acorde con la idea de Estado Social<sup>20</sup>.

En todo caso, la operatividad de los principios rectores, frente a los órganos judiciales, no ofrece duda en relación con su eficacia interpretativa. Además relacionados con otros derechos de contenido económico del Capítulo Segundo, estos principios permiten delimitar el contenido esencial de éstos. También el órgano judicial que estime la posible infracción de los mismos por una Ley aplicable al caso concreto elevará dicha duda al Tribunal Constitucional, promoviendo la correspondiente cuestión (art. 163 C.E.).

Por último, los principios rectores también reconocen a los ciudadanos un derecho reaccional para impugnar normas o actos que se aparten ostensiblemente de estos principios<sup>21</sup>.

Más allá de estas notas admitidas con carácter general, cuando se delimita la eficacia de los principios rectores garantizados por el Capítulo III, son muchas las cuestiones que su eficacia suscita, así en primer lugar, la de si algunos de estos preceptos constitucionales configurarían verdaderos derechos subjetivos. En segundo lugar, también resulta discutido su invocación en un recurso de amparo, dado el tipo de enunciados que aparecen en este Capítulo III, pues muchos principios se definen a través de conceptos jurídicos indeterminados con múltiples contenidos posibles, lo que dificulta sin duda su utilización en el proceso ordinario y constitucional. Así su invocación exigirá su conexión a un derecho fundamental para possibili-

tar su viabilidad<sup>22</sup>. En tercer lugar, también se discute acerca de la libertad del legislador en el desarrollo de tales principios, y el consiguiente ámbito o limitaciones de la propia facultad fiscalizadora del TC en cuanto al ejercicio de la función legislativa. Por último, a menudo en relación con estos principios se plantea la cuestión relativa a la llamada «irreversibilidad de las conquistas sociales», es decir, si es o no posible la regresión en relación con las regulaciones sociales ya configuradas<sup>23</sup>.

Ahora bien, la respuesta a estos interrogantes no puede realizarse de forma homogénea para todo el Capítulo III, pues como ocurre en relación con otras partes de la Constitución, el Capítulo III no sólo reconoce principios rectores. La búsqueda de respuestas presupone necesariamente una previa labor de identificación de los diferentes tipos normativos presentes en el contenido del Capítulo Tercero.

De hecho, podría incluso resultar llamativo que resaltada insistentemente la heterogeneidad de los enunciados contenidos en el citado Capítulo III, se intentará dar una respuesta homogénea. Así muchos de los problemas que puede suscitar intentar dar respuesta a los anteriores preguntas no son sino consecuencia de referir las misma de forma conjunta a un entramado de preceptos de contenido diverso.

En un análisis de los diversos supuestos normativos contenidos en el Capítulo III CE, es posible observar, normas de igualdad, derechos, garantías institucionales, y normas programáticas. Por lo que aquí interesa sólo se estudiará la figura de la garantía institucional, en relación con la cual se dará respuesta a los anteriores interrogantes.

## 2. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES.

La garantía institucional constituye una técnica de protección frente al legislador y los restantes poderes públicos de aquellas instituciones que la

Constitución ha considerado «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional»<sup>24</sup>. Como declararía el Tribunal Constitucional «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales»<sup>25</sup>.

En la doctrina alemana, sería C. SCHMITT el que acuñaría este términos y acometería la construcción de esta categoría jurídica, a propósito de la autonomía municipal regulada en el art. 127 de la Constitución de Weimar. Procedente de la doctrina alemana, se introduciría en nuestro país por PAREJO ALFONSO, al estudiar las autonomías locales<sup>26</sup>.

La Constitución garantiza así, no sólo instituciones públicas sino también institutos de derecho privado (matrimonio, familia).

Esta técnica de protección asegura la existencia de un «reducto indisponible o núcleo esencial» de la institución garantizada<sup>27</sup>, a cuya preservación la Constitución obliga. Lo que la Constitución protege, desde el ángulo de la garantía institucional, es el núcleo básico de la institución, «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»<sup>28</sup>.

La configuración institucional concreta se encomienda al legislador ordinario, al que la Constitución fija como límite, el de respetar ese núcleo esencial de la institución que la misma garantiza. Esta técnica de protección actúa frente a los eventuales intentos de supresión, así como frente a eventuales acciones de los poderes públicos que la limiten, desvirtúen o desnaturalicen, de tal modo que se le prive prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un mero nombre<sup>29</sup>.

Las garantías institucionales tienen una estructura jurídica distinta de los

ción me ocupe hace ya algún tiempo, cfr., La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria, en *Civitas*, R.E.D.T., 25/1986.

<sup>22</sup> Así la protección de la familia (art. 39 C.E.) es determinante para la limitación de la embargabilidad de los bienes: STC 113/1989.

<sup>23</sup> Cfr. la STC 45/1989.

<sup>24</sup> Por ejemplo el derecho a la motivación de las decisiones judiciales se basa en la conexión del art. 120.3 C.E., al art. 24.1 C.E.: STC 14/1991.

<sup>25</sup> Sobre distintas posturas doctrinales sobre esta cuestión, cfr. COBREROS MENDAZONA, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 19/1987 p. 40.

<sup>26</sup> Cfr. la STC 32/1981, de 28 de julio de 1981, FJ3, que se referirá a esta categoría, en relación con garantía de la autonomía provincial.

<sup>27</sup> Cfr. STC 32/1981, *ibidem*.

<sup>28</sup> Cfr., Garantía institucional y autonomías locales, IEAL, Madrid, 1981.

<sup>29</sup> Cfr., STC 32/1981, antes citada, últimamente reiterado por la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999, FJ 13, y en las allí citadas.

<sup>30</sup> Cfr. STC 26/1987, de 27 de febrero de 1987, fundamento jurídico 4.

<sup>31</sup> Cfr., LOPEZ PINA, De los principios rectores de la política social

y económica, en AAVV Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV, EDESA, Madrid, 1996, p. 35, y STC 32/1981.

<sup>30</sup> Así en relación con el derecho a la educación garantizado por el art. 27.1: cfr., STC 26/1987; para la libertad de cátedra del art. 20.1 c): cfr., STC 86/1982, de 13 de febrero.

Las libertades de expresión e información constituyen no sólo libertades individuales, sino garantía institucional de una opinión pública propia del pluralismo democrático: cfr., SSTC 15/1993, 85/1992, 20/1992. De otra parte, cfr., 336/1993, y las allí citadas, relativas a supuestos no laborales.

En términos generales como señalaría la STC 129/1987 «En su dimensión objetiva los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política» (FJ 3). Los poderes públicos han de garantizar su efectiva vigencia y proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamientos a través de los derechos fundamentales.

<sup>31</sup> BLATGIMENO, F., afirmó que las empresas ideológicas suelen entrar ejercicios de derechos fundamentales de índole institucional susceptibles de entrar en colisión con otros de naturaleza individual, (Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas, MTSS, Madrid, 1986, p. 59).

<sup>32</sup> Cfr. STC 26/1987, cit., fundamento 4, en relación con la autonomía universitaria.

<sup>33</sup> Cfr., STC 222/1992.

derechos y son posibles con derechos subjetivos y sin ellos. En relación con la compatibilidad entre derecho fundamental y garantía institucional el Tribunal Constitucional ya ha declarado concretamente, que no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución constituyen garantías institucionales<sup>30</sup>, aunque también existan garantías institucionales que no están configuradas como derechos fundamentales<sup>31</sup>.

Así, por lo que ahora nos interesa como tales son identificables la garantía del instituto jurídico de la familia (art. 39)<sup>32</sup>; así como la garantía de un «régimen público de Seguridad Social» (art. 41)<sup>33</sup>.

La protección que reclaman las garantías institucionales va más allá que las exigencias que para el legislador y el resto de los poderes públicos expresa el art. 53.3 C.E. al declarar «que el reconocimiento respeto y protección de estos principios informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.....».

Como ha sido señalado por LOPEZ PINA, la garantía institucional se estructura en un triple sentido:

En cuanto a su finalidad: se dirige a la preservación de la institución de las acciones de los poderes públicos, sobre todo del legislador, que puedan deformarla o hacerla desaparecer.

En cuanto a su objeto: la garantía sólo protege el núcleo esencial del instituto o la institución, el que determina su función, la imagen que en cada momento histórico y lugar se tiene de la institución, sobre su concepto y fines.

En cuanto al tiempo, la garantía extiende su protección frente a medidas de los poderes públicos que no sólo en un momento determinado, sino de forma sucesiva pudieran afectar a la institución.

Se trataría en definitiva de determinar los límites de la discrecionalidad del legislador en la configuración institucional de las mismas. Al legislador, en principio, le estaría vedado, constitucionalmente, una regulación que significara una ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución, que en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace<sup>35</sup>.

De esta forma, la limitación al legislador que establece la garantía institucional opera también en relación con derogaciones de anteriores normas dirigidas a proteger la institución de que se trate. Resulta plenamente aplicable en este ámbito el llamado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales, salvo que la evolución entre la imagen comúnmente aceptada de la misma haga obsoleta una determinada regulación protectora. Por tanto la respuesta a la cuestión de la irreversibilidad de las conquistas sociales debe llevarnos a identificar un núcleo esencial inmodificable, primero, y cual es la imagen comúnmente aceptada de la institución de que se trate, después.

### 3. LA GARANTÍA DEL INSTITUTO DE LA FAMILIA, ART. 39.1 C.E.<sup>36</sup>

Impone el art. 39.1 C.E. a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, precepto con el que la Constitución garantiza el instituto de la familia<sup>37</sup>.

Por lo que la primera cuestión sería la de planteamos cual es el concepto constitucional de familia.

Para el Tribunal Constitucional, el concepto constitucional de familia se identificaría con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz «familia». La familia es siempre un marco de solidaridades y dependencias<sup>38</sup>.

A este respecto, la doctrina consti-

tucional ha entendido que en el art. 39.1 C.E. se incluye evidentemente la familia matrimonial<sup>39</sup>; que el concepto constitucional de familia también engloba sin duda el supuesto del matrimonio sin descendencia, o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales, como el respeto de la intimidad familiar, del art. 18.1 C.E., con la orientación de la legislación posconstitucional, y la propia jurisprudencia constitucional.

Y también dentro de este concepto constitucional de familia se encuentra la no fundada en el matrimonio. La Constitución no ha identificado a la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio<sup>40</sup>. Conclusión que se alcanza atendiendo a un triple orden de datos:

- La regulación diferenciada en la Constitución de ambos institutos en el art. 39.1 y 32, respectivamente.
- El mismo sentido tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial en el art. 39, protección que responde a la idea del Estado Social (art. 1.1 y art. 9.2).
- La realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan.

El art. 39.1 ha de ser además interpretado a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este precepto.

De esta forma, la protección social económica y jurídica de la familia debe extenderse a familias matrimoniales y no matrimoniales. Del art. 39.1 no cabría derivar una diferenciación entre ambas familias, que, sin embargo, si resulta posible atendiendo a la específica consideración del matrimonio en el art. 32 C.E.. Es decir, el legislador podría, en principio, deducir consecuencias diversas para una y otra familia, si bien no toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes convivan establemente en unión de hecho, será siempre com-

patible con la igualdad jurídica garantizada por el art. 14 C.E..

Las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial tienen un primer límite: no coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*. Pues, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.) «podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de forma que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte, o a soportar sanciones legales de cualquier índole»<sup>41</sup>.

Y, en segundo lugar, es constitucionalmente exigible que del favorecimiento de la familia matrimonial no se derive una diferencia de trato de los hijos por razón de su filiación (art. 39.2 y 14).

Tras las anteriores consideraciones de carácter general sobre la doctrina constitucional, es preciso abordar la proyección de la misma en nuestro objeto de análisis, las pensiones de viudedad en el seno de las familias no matrimoniales.

#### 4. LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MATRIMONIAL

De todos es conocida la diferencia legal sancionada por la doctrina del Tribunal Constitucional existente entre el miembro superviviente del matrimonio y de la unión de hecho a efectos de ser beneficiario de una pensión de viudedad. El Tribunal Constitucional, de modo continuado desde la STC 184/1990, declara que el requisito impuesto por el legislador y que actualmente se expresa en el art. 174 de la L.G.S.S., en cuanto a la necesidad de haber contraído el vínculo matrimonial para poder acceder a la pensión de viudedad, no vulnera el

<sup>39</sup> Cfr., STC 37/1994. Por el contrario, la concepción de las organizaciones profesionales bajo esta técnica de la garantía institucional sería excluida por la STC 179/1994, FJ 5.

<sup>40</sup> Nuevamente STC 32/1981.

<sup>41</sup> Cfr. SSTC 184/1990, a 66/1994, en relación con las prestaciones de viudedad en relación con el art. 39.1 C.E.; SSTC 222/1992, 43/1993, y 155/1998, en relación con la continuación del disfrute de la vivienda arrendada, y la situación de convivencia de hecho; la STC 116/1999, concepto de familia al hilo del recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción asistida.

<sup>42</sup> La familia es también el fundamento de la protección pública aunque se trate de normas que establezcan ventajas o beneficios de tipo vario, con fundamento en una previa relación familiar disuelta o extinguida *mortis causa*. Cfr., la argumentación de la STC 222/1992, FJ4, para establecer la conexión con el art. 39.1, del art. 58.1 de la L.R.U. planteándose la cuestión de su constitucional por vulneración del art. 14 en relación con el art. 39.1, ambos de la C.E., en cuanto al derecho de subrogación como arrendatario del que en su día había convivido *more uxorio* con el arrendatario fallecido.

<sup>38</sup> Cfr., STC 222/1992, FJ 4.

<sup>39</sup> Cfr., STC 45/1989, FJ 4.

<sup>40</sup> Cfr., STC 22/1992 FJ 5.

<sup>41</sup> Cfr. SSTC 184/1990, 222/1992, ATC 324/1994.

<sup>42</sup> Cfr., SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992, 66/1994, 39/1998, AATC 84/1994, 232/1996.

<sup>43</sup> En cuanto al derecho a las prestaciones de viudedad del conyuge superviviente en las uniones de hecho homosexuales hasta fecha de la respuesta judicial y constitucional es negativa. Sobre este tema en relación con las uniones de hecho homosexuales el ATC 222/1994 entendió aplicable en este supuesto, la doctrina constitucional que ha venido declarando que la exigencia de vínculo matrimonial, como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social, no pugna el art. 14 C.E., ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/190, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992, 66/1994, AATC 84/1994, 232/1996).

<sup>44</sup> Cfr., STC 134/1987.

<sup>45</sup> El derecho a percibir pensión de viudedad sólo se ha extendido por el legislador de la Ley 30/1981 (disposición adicional décima) a las uniones de hecho que reúnen una triple exigencia, de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley citada, y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello, requisito temporal este último que debe interpretarse atendiendo a la finalidad de la norma. Y así dado que esta admisión tiene como base la imposibilidad por impedimento legal de contraer matrimonio al no poderse disolver el anterior antes de la Ley 30/1981, hay que entender ampliado el supuesto a aquel otro en que teniendo lugar la

art. 14 C.E.<sup>42/43</sup>. Y ello atendiendo, se afirma, al diferente tratamiento que tiene en la Constitución la institución matrimonial que no hace irrazonable ni desproporcionado otorgar un trato diferenciado a las parejas unidas por el vínculo matrimonial, respecto de las que no lo están, sin que nada les impida contraer matrimonio.

Sin embargo, la anterior declaración exige indagar, desde la propia doctrina constitucional, sobre los argumentos que puedan justificar esta diferencia de trato.

De partida, hemos de recordar que la garantía constitucional de la familia se refiere a un concepto constitucional de familia que incluye tanto la matrimonial como la extramatrimonial, y también debe ahora recordarse los límites que al legislativo le impone la garantía de esta institución, una vez ya delimitada en su núcleo básico o contenido esencial.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la protección o garantía de este instituto de relevancia constitucional prohíbe una ley (que sería pues susceptible de una eventual declaración de inconstitucional) que en su afán de protección de la familia matrimonial, lleve en la práctica a imponerla, o derive un trato diferente para los hijos por razón de su filiación.

Desde este punto de partida, deben ser analizados los argumentos que permitan fundar la legitimidad constitucional de la vigente protección legal, vía pensión de viudedad, sólo a la familia matrimonial.

#### 4.1. Análisis de los argumentos a favor de la regulación vigente

Los argumentos en favor de justificar la diferencia de trato serían los siguientes:

- En primer lugar, habría que hacer referencia a la propia configuración legal de las prestaciones de Segu-

ridad Social, en la medida en que el legislador dispone de un amplio margen para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales.

Sin embargo, semejante modo de razonar sólo tendría el eventual efecto de trasladar la exigencia de justificación de la diferencia de trato al control del legislador en su configuración del régimen de Seguridad Social, pues el mismo también se encuentra limitado, desde la perspectiva constitucional (art. 41 CE), por el principio de igualdad, y la prohibición de arbitrariedad, y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad<sup>46</sup>. De esta forma, que la pensión de viudedad, en su configuración actual, este dirigida no a atender una situación de necesidad o dependencia económica, sino a compensar frente a un daño, como es la reducción de ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, nada aporta en orden a justificar la diferencia de trato entre la familia matrimonial y la no matrimonial, atendiendo a la finalidad de la medida desigual, pues, en definitiva en la misma situación en relación a ella se encuentra el superviviente de la relación ya fuera esta matrimonial o mera convivencia de hecho.

- En segundo lugar, de la doctrina constitucional puede extraerse que el argumento en el se justifica el trato diverso, es el hecho de que la decisión de vivir en matrimonio o convivir *more uxorio* es libremente adoptada por los sujetos de una y otra unión. Es decir, la argumentación no es otra que la de entender que no concurriendo imposibilidad física o material de contraer matrimonio, quien no lo contrae, no

puede pretender después la protección que el legislador sólo ha anudado a la familia fundada en el matrimonio. El Tribunal Constitucional hace así suyo el argumento legal que extendería la pensión a las uniones de hecho anteriores a la entrada en vigor de la Ley sobre el divorcio, dada la imposibilidad legal, hasta esta Ley, de los casados de contraer ulteriores matrimonios<sup>45</sup>.

A mi juicio, el ajuste de la desigualdad que venimos analizando, a las exigencias que la tutela igualitaria del art. 14 CE dispensa en relación con la protección de la familia constitucionalmente impuesta al legislador (art. 39.1), presenta deficiencias en su argumentación, que explicitan la necesidad de un replanteamiento de la cuestión por el Tribunal Constitucional.

De partida, la diferencia de trato entre el miembro superviviente de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho ha de tener un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional<sup>46</sup>. Sin embargo, el mismo no se ha exteriorizado en relación con la pensión de viudedad. A mi juicio, su finalidad no puede ser estimular el matrimonio de las uniones estables, pues la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad de los que deciden convivir sin contraer matrimonio.

De otra parte, el único argumento en que se justifica el trato desigual, el relativo a que toda persona ha de asumir las consecuencias desfavorables de no haber ejercido su derecho a contraer matrimonio, ha de matizarse en el sentido de que obviamente éste no es un derecho de ejercicio individual sino «dual», que exige el consentimiento mutuo. Y además, en su actual configuración legal, es un derecho de una persona a contraer matrimonio con otra de distinto sexo. Así este argumento, en todo caso, deja abierto el tema de la pareja de hecho homosexual donde si existe un impedimento legal de contraer matrimonio.

Además, en el supuesto nada improbable de que existan hijos dependientes de la unidad familiar, la diferencia de trato conllevaría indirectamente una discriminación entre los hijos por razón de filiación constitucionalmente prohibida (art. 39.2 y 14). A mi juicio, resulta excesivamente formal el argumento de que el supuesto considerado no es una previsión normativa que tenga como destinatarios a los hijos, y que ha de respetar la igualdad de estos ante la ley, con independencia de su filiación y a los cuales habido dentro o fuera del matrimonio los padres deben prestar asistencia de todo tipo<sup>47</sup>.

Esta discriminación por razón de filiación se evidenciaría directamente en el supuesto de que los hijos devengan huérfanos totales, mientras subsistiera el derecho que asiste al hijo huérfano de un progenitor de acrecer la pensión de orfandad con la pensión de viudedad cuando el otro muere<sup>48</sup>.

#### 4.2. Exigencia de un nuevo planteamiento constitucional.

A mi juicio, el vigente trato desigual en relación con la pensión de viudedad, atendiendo a la propia finalidad que desde la Constitución se atribuye al régimen de la Seguridad Social (art. 41), a la relevancia que esta prestación social pueda en ocasiones determinar para la protección de la familia (art. 39.1), y las consecuencias discriminatorias que de este trato desigual puedan derivarse sobre los hijos por razón de su filiación extramatrimonial antes destacadas, resulta difícil de justificar, desde la perspectiva constitucional, y aunque el matrimonio sea una institución también garantizada constitucionalmente.

Asumida la valoración constitucional del instituto familiar, al legislador le estaría vedado normaciones dirigidas a destruir la institución familiar, así como a derogar legislaciones dictadas para la protección de la familia, salvo que hubieran devenido obsoletas pues se basaran en un concepto de familia diverso al comúnmente aceptado.

muerte del causante después de haber entrado en vigor la citada ley, se habían iniciado de manera inmediata los trámites para la obtención del divorcio (pues durante un determinado período de tiempo necesario para obtener la Sentencia de divorcio subsistía la imposibilidad de contraer matrimonio por circunstancias ajenas a las partes) (STC 260/1988); y no aquellos otros en los que los trámites de divorcio se iniciarán después del transcurso de un dilatado período de tiempo tras el cambio normativo, sin que se acreditase la imposibilidad física o material justificadora de la imposibilidad de contraer matrimonio sobre aquel tiempo (STC 29/1992).

<sup>46</sup> Según la doctrina constitucional relativa al juicio de igualdad, y concretamente aplicada por la STC 222/1992, sobre la diferencia de trato en relación con el derecho a subrogarse como arrendatario del miembro superviviente de matrimonio en relación con el que lo fuera de una unión de hecho.

<sup>47</sup> En la STC 74/1997 se afirmaría la lesión del art. 14 C.E. derivada de que la protección penal de los hijos en las crisis familiares frente al impago de obligaciones asistenciales, no ampara a los hijos extramatrimoniales (en relación con el contenido del art. 487 bis del Código Penal de 1973). Protección que el vigente Código Penal de 1995 extiende ya a todos los hijos (art. 227).

<sup>48</sup> Derecho que previsto por el art. 17.2 de la Orden de 13 de septiembre de 1967 (que exigen para reconocer este derecho que previamente exista derecho a pensión de viudedad del padre/madre sobreviviente y que éste muera en el disfrute de la misma, en el caso de pareja de hecho). Previsión que no se ajustaría al art. 14 CE al derivar una dis-

criminación por razón de filiación. Cfr. Sentencias del T.S., Sentencia de 23 de febrero de 1994, y de 10 de julio de 1995 en supuestos de reclamación de este derecho por hijos extramatrimoniales pero sin que concurra la muerte de ambos padres, y donde el TS ha entendido que su denegación no conlleva discriminación alguna para el hijo extramatrimonial, pues admitir el incremento de la pensión de orfandad reconocido a éste haría de mejor condición la filiación extramatrimonial respecto de la matrimonial, puesto que en ésta sólo se produce este incremento cuando falten ambos padres.

<sup>49</sup> Cfr. STC 26/1987, de 27 de febrero de 1987, fundamento jurídico 4.

<sup>50</sup> Cfr. LOPEZ TARRUELLA, VI-QUEIRA PEREZ, La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, en RL, II/1990; y Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad. De nuevo sobre la doctrina del Tribunal Constitucional y la necesaria y urgente reforma de la pensión de viudedad, en RL, I/1991.

Si se configura la familia como una institución protegida desde la Constitución, y se considera que el concepto constitucional de familia también engloba la familia no matrimonial, proteger sólo la familia matrimonial en relación con la concesión de una prestación relevante, constituye una limitación de la tutela legal que desconoce o desnaturaliza este instituto, en los términos que nominalmente se dice que la Constitución lo garantiza.

Afirmar lo contrario, tal y como hace el TC, conlleva una contraposición de ideas que resulta inadmisibles, desde la perspectiva de la técnica de protección en que consiste una garantía institucional.

En definitiva creo que si se admite que el art. 39.1 no protege sólo la familia matrimonial, han de llegar a extraerse las limitaciones que esta garantía institucional impone al legislador, atendiendo al concepto de familia comúnmente aceptado por amplios sectores de la sociedad en la actualidad, pues el instituto debe ser garantizado frente al legislador preservándolo «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»<sup>49</sup>

A mi juicio, el tema necesita por tanto un replanteamiento, desde la perspectiva constitucional, que bien podría iniciarse en relación con la situación de que existan hijos, y en aras de proteger a los

hijos habidos en las uniones de hecho. En segundo lugar, también es preciso dar respuesta a las exigencias de igualdad de trato formuladas desde la población homosexual, pues resulta difícilmente superable, con arreglo a la doctrina constitucional, el argumento relativo a la imposibilidad legal de contraer matrimonio.

Por último, la evolución legislativa que acorde con la Constitución, se oriente a salvaguardar las garantías institucionales del art. 39.1 y 41 debe, a mi juicio, hacer frente a esta exigencia de tutela de la familia no matrimonial ante situaciones de necesidad. Y ello en cumplimiento del art. 39.1 y del art. 41, pues, de un lado, el primero identificaría como familia constitucionalmente protegible, también la familia no matrimonial, y el segundo manda garantizar un sistema de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

En todo caso, resulta además conveniente recordar que, como ya fuera destacado, la finalidad original de la pensión de viudedad fue la de articular un medio para hacer frente al estado de necesidad en el que quedaba el cónyuge sobreviviente que dependía económicamente del causante, por lo que la reforma legal de su régimen jurídico debía de inspirarse en esta línea de reconducir esta pensión a las situaciones de necesidad<sup>50</sup>, lo que constituiría un momento adecuado para atender a las necesidades que al respecto se producen en todo tipo de familias.