

**5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. ALGUNOS
PROBLEMAS DERIVADOS DE UNA LINEA
JURISPRUDENCIAL VACILANTE**

CARMEN FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
Departamento de Derecho Constitucional. UNED

SUMARIO

I.—INTRODUCCION. II.—CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL CONCEPTO DE DISCRIMINACION. III.—SOBRE LA DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A) Discriminación respecto a la mujer. B) Discriminación respecto al varón. 1. La Sentencia 81/1982 de 21 de diciembre. 2. La Sentencia 103/1983 de 22 de noviembre. 3. La Sentencia 128/1987 de 16 de julio. IV.—CONCLUSION.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL VACILANTE

POR

CARMEN FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR
Departamento de Derecho Constitucional. UNED

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 establece que:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La mera lectura de este precepto sugiere dos tipos de consideraciones. En primer lugar, que las sentencias dictadas por el órgano constitucional pasan a ocupar el lugar de fuentes del derecho¹ en una superación del esquema positivista de las fuentes, a decir del profesor CASCAJO CASTRO², o bien, siguiendo al profesor RUBIO LLORENTE, como transformación del sistema basado en la Ley en *Case Law*,³; se ratifica así, según expresa la Exposición de Motivos de la propia Ley, «la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los

¹ Junto a la ley, como mantiene el profesor **Aragón Reyes**, o por encima de la ley en opinión del profesor **Rubio Llorente**; de ambos autores, *vid.*: «La jurisdicción constitucional» en la *Constitución española de 1978*, estudio sistemático. Civitas-Madrid, 1980; F. RUBIO LLORENTE: «Tribunal Constitucional y Poder Judicial», *REDC*, n.º 4, 1982, y M. ARAGÓN REYES, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, IEF, Madrid, 1981.

² *Vid.*: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 35.

³ *Vid.* *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *ob. cit.*, pág. 54.

preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos»⁴.

Artículo muy contestado desde distintos sectores de la doctrina y en cuya polémica no se entra por ser ajena al objeto de este trabajo; baste simplemente su constatación⁵.

En segundo lugar, la comentada norma se refiere expresamente a las decisiones judiciales en «todo tipo de procesos»; luego no sólo en aquellos competencia del Pleno, sino también en el recurso de amparo, competencia de las Salas salvo en el supuesto de que el Pleno lo recabe para sí a propuesta del Presidente o de tres magistrados⁶. Así pues, será fuente del derecho la doctrina sentada por el Tribunal en Pleno o en Sala, lo que es, por lo menos, preocupante, y lleva implícito el peligro de desvío e, incluso, de contradicción en la doctrina emanada de las Salas del Tribunal, por insuficiente funcionamiento de los mecanismos de unificación.

Esta investigación pretende demostrar, mediante el examen de algunas sentencias dictadas por el órgano constitucional, y lejos de cualquier dogmatismo, el riesgo que conlleva la redacción de este precepto. Para ello se ha escogido un ámbito muy reducido pero perfectamente documentado, la **discriminación por razón de sexo**, en el que se aprecia una evolución en la doctrina del Tribunal, desde una valoración formal de la igualdad hacia posiciones de tutela antidiscriminatoria.

II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

El artículo 1 de la Constitución eleva la igualdad desde mero principio programático susceptible de ser desarrollado posteriormente por el legislador, a valor fundante del ordenamiento y a principio jurídico general directamente aplicable y vinculante para los poderes públicos y los ciudadanos del Estado⁷. El principio de igualdad recogido en el art. 14 no contiene un mandato unívoco sino múltiple; hace referencia a la igualdad

⁴ «Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial», IV.

⁵ Sobre el valor de la jurisprudencia del T.C., vid.: J. AROZAMENA SIERRA, «Valor de la jurisprudencia constitucional» en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, vol. I, Madrid, 1979; A. GARRORENA MORALES, «La sentencia constitucional», *RDPO*, n.º 11, 1981; L. LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, IEF, vol. II, Madrid, 1981; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984; J. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985.

⁶ Artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1978.

de trato y a la prohibición de discriminación por causas concretas y expresamente rechazables, unido a una pretensión de erradicar las situaciones discriminatorias existentes en la sociedad, que ofenden directamente el concepto actual de dignidad e igualdad de todos los hombres, reconocido en el art. 10 de la Constitución ⁸.

La igualdad **de trato** ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley alude a una igualdad formal ⁹ que limita la actuación de los poderes públicos en cuanto que ante supuestos iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales, exigiendo que toda desigualdad sea razonable y proporcionada y, por ello, justificada y no arbitraria ¹⁰.

La actuación no discriminatoria va más allá, prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables, que afectan a colectividades concretas. La discriminación comprende todo tipo de actuación «basada en una distinción hecha en razón de categorías naturales o sociales que no guardan relación ni con los méritos o capacidades del individuo ni con la conducta concreta de la persona individual ¹¹; es decir, supone la no utilización de criterios objetivos para establecer una diferenciación sino de elementos personales no dependientes del individuo, como el **sexo o la raza**, o de elementos sociales como **la religión, la lengua o la opinión**.

Tales situaciones de desigualdad, creadas por la actuación tanto de los poderes públicos como de la propia sociedad, han existido en todas las culturas, pero es en este siglo y fundamentalmente tras las guerras mundiales cuando han comenzado a considerarse discriminatorias y absolutamente rechazables ¹². Paulatinamente ha ido surgiendo una legislación internacional protectora de esas colectividades victimizadas y excluidas

⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁹ J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, n.º 9, 1983; ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española», *RAP*, n.º 100, 1983.

¹⁰ Ver, entre otras, Sentencia del T.C. (STC) 23/1981 (10 julio), 30/1981 (24 julio), 65/1982 (10 noviembre), 99/1983 (16 noviembre), 98/1985 (29 julio).

¹¹ Mc KEAM, *Equality and discrimination under international law*. Oxford, 1983, pág. 85; RODRÍGUEZ-PIÑERO, ob. cit., págs. 88 y ss.; igualmente ver págs. 108 y ss.

¹² Es a partir de la 1.ª Guerra Mundial, como protección a las minorías étnicas y religiosas de los nuevos Estados, cuando se inicia una conciencia sobre la necesidad de protección de los derechos humanos; movimiento que adquiere mayor importancia tras los desmanes de la 2.ª Guerra Mundial, consagrado primero en el derecho internacional y, muy posteriormente, en el derecho constitucional.

Ver, «Declaración Internacional de Derechos del Hombre», del Instituto de Derecho Internacional (12 de octubre de 1929); «Carta de las Naciones Unidas»; «Declaración Universal de Derechos del Hombre 1948», art. 2 (y, numerosos instrumentos internacionales en su seno); «Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 1950», art. 14, cuya interpretación ha sido fijada por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; «Tratado de Roma» (arts. 7, 36, 37, 40, 119). De todos estos documentos internacionales y de la «Constitución italiana», art. 3,1, es heredero nuestro art. 14.

sistemáticamente de la norma general. El término **discriminación** alude en la actualidad no sólo al establecimiento de una distinción por razones inaceptables sino a que tal distinción coloque al sujeto discriminado en una posición claramente desventajosa y que afecta directamente al goce de los derechos que como ciudadano, igual ante la ley, le concede el ordenamiento jurídico, siendo el motivo una de las razones expresamente prohibidas por el artículo 14, como inaceptables.

El legislador al utilizar el término **no prevalecerá discriminación alguna** no se refiere solamente a la prohibición de acciones positivas por parte de los poderes públicos en tal sentido, sino que pretende evitar una tolerancia pasiva de los mismos respecto a actuaciones sociales discriminatorias y que afectan a seres humanos, individualmente o integrados en un colectivo concreto. La tutela antidiscriminatoria prohíbe, pues, toda distinción entre individuos originada por las razones expresamente mencionadas, pero además pretende erradicar tales situaciones a través de medidas políticas y legislativas que, como establece el artículo 9,2 de la Constitución, promuevan la igualdad real y efectiva removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; es decir, incluso permitiendo actuaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material¹³. Esto supone no solamente una igualdad de trato sino una igualdad de oportunidades que compense las efectivas desigualdades económico-sociales y que supere el mero reconocimiento formal de la igualdad.

El artículo 14 tipifica una serie de circunstancias vedadas expresamente como criterio para establecer una distinción en la aplicación de la norma general; junto a ellas, establece una cláusula general que engloba «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», de forma que la pretensión constitucional de igualdad contemple toda discriminación que pueda surgir y que afecte, como se ha dicho, a características del individuo que nada tengan que ver con sus méritos o capacidades y que le sitúen en una posición desventajosa respecto al goce de los derechos y libertades que como ser humano le corresponde.

Ya en el tema concreto de este trabajo, la discriminación por razón de sexo, la doctrina del Tribunal Constitucional va evolucionando, como se ha mencionado anteriormente, desde una valoración formal de la igualdad hacia una posición de tutela antidiscriminatoria, lo que se verá en las sentencias que a continuación se pasan a analizar.

¹³ STC 98/1985 (29 julio). F.J. 9.

III. SOBRE LA DISCRIMINACION POR RAZÓN DE SEXO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se enfrenta con dos tipos fundamentales de supuestos en relación con la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo: aquellos en los que la discriminada es la **mujer** y los que la víctima del trato diferenciado es el **varón**. Ambos planteamientos son tan distintos que han de ser examinados de forma singular.

A) Discriminación respecto a la mujer

El colectivo discriminado a través de la historia por razones biológicas, éticas e intelectuales profundas y difícilmente erradicables, es el **femenino**; pese a los intentos realizados en este siglo por incorporarlo al mundo laboral en igualdad de condiciones y oportunidades que los varones, los logros no son, en nuestro país, demasiado satisfactorios.

Esta pretensión de promoción de la mujer, rompiendo con la histórica situación de desigualdad jurídica y social, es asumida por el Tribunal Constitucional y manifestada en numerosos fallos sobre discriminaciones positivas respecto a relaciones de trabajo suspendidas debido a excedencia forzosa por razones de matrimonio e inicio del proceso en solicitud de reintegro, con independencia del cumplimiento de la condición, en sí misma rechazable, de convertirse en cabeza de familia. Tales situaciones creadas por disposiciones discriminatorias del régimen anterior, se convierten, según el Tribunal Constitucional, en:

«... jurídicamente lesivas a partir del momento en que una norma de rango superior —el artículo 14 de la Constitución— consagra en términos rotundos el principio de igualdad ante la ley. La fuerza derogatoria de este precepto es tanto mayor cuanto que en él se afirma literalmente que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»¹⁴.

Es necesario añadir dos puntualizaciones, la exigencia de que la situación discriminatoria subsista en el momento de ser promulgada la Constitución, de forma que el valor derogatorio de la misma posibilite la satis-

¹⁴ STC 13/1983 (23 febrero); F.J. único. En igual sentido, STC 67/1982 (15 noviembre); STC 7/1983 (14 febrero); STC 8/1983 (18 de febrero); STC 15/1983 (4 de marzo); STC 86/1983 (26 de octubre); STC 38/1984 (15 de marzo).

facción de la pretensión, y, en segundo lugar, el que no haya prescrito la acción para reclamar el cese de la situación jurídicamente lesiva como consecuencia del principio de igualdad constitucional ¹⁵.

Son ambos puntos señalados, la persistencia de la situación discriminatoria y el límite temporal para la vida de la correspondiente acción, impuesto por el ordenamiento jurídico para remediar la presunta lesión en los derechos fundamentales, el objeto del pronunciamiento de las sentencias impugnadas y de discusión en sede constitucional, y, en ningún momento la existencia, indiscutida, de discriminación por razón de sexo, siendo diáfano el que no se han producido iguales consecuencias de suspensión del contrato laboral por razón de matrimonio respecto al personal masculino del mismo organismo; diferencia evidente e irrazonable y, por tanto, carente de justificación.

Es preciso poner de relieve la doctrina unívoca y contundente del Tribunal Constitucional, circunscrita al ámbito laboral, ante un contenido de la norma anterior a la vigencia constitucional, claramente lesivo para los derechos de la mujer, que con una apariencia de protección hacia ésta, la relega al cumplimiento de un *rol* social, manteniendo una clara desigualdad cuyo motivo es únicamente el sexo. Ahora bien, en otros supuestos planteados, de presunta discriminación por razón de sexo, en que el objeto del litigio no es la aplicación de una reglamentación laboral pre-constitucional, sino decisiones judiciales en las que la carga de la prueba es esencial y su apreciación discrecional por parte de los tribunales ordinarios, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional es mucho más restrictiva y prudente, apreciándose un loable respeto a las decisiones de la jurisdicción ordinaria, como protectora inmediata de los derechos fundamentales ¹⁶.

B) Discriminación respecto al varón

Un segundo tipo de supuestos, decididos por el Tribunal Constitucional de forma menos pacífica que los anteriores, son los relativos a pretensiones fundadas en discriminación por razón de sexo cuya víctima es el varón y el origen de la violación está en decisiones judiciales aplicadoras de normas reglamentarias protectoras de la mujer y, presuntamente lesivas, por discriminatorias, respecto al varón que realiza idéntico trabajo y que pretende acogerse a los beneficios logrados por aquélla a lo largo de los últimos años. Buscando la máxima precisión, parece aconsejable la

¹⁵ STC 58/1984 (25 de abril) y STC 15/1984 (5 de febrero).

¹⁶ Ver F. RUBIO LLORENTE, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, ob. cit., pág. 60. Ver STC 73/1982 (2 de diciembre), F.J. 4 y STC 94/1984 (16 de octubre).

exposición detallada y cronológica de una línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia 81/1982 de 21 de diciembre y que entra en crisis en la última sentencia dictada sobre tema analógico el 16 de julio de 1987.

1. *La Sentencia 81/1982 de 21 de diciembre*

Las partes en el proceso en sede constitucional aceptan la diferencia, indiscutible, respecto al régimen jurídico entre mujeres y varones, con motivo del trabajo nocturno como ATS, establecido por las normas reglamentarias pertinentes, discrepando respecto a la razonabilidad de tal diferencia, o su ausencia, que la convertiría en discriminatoria. Alegan como justificación de la distinción las actuaciones seguidas, tanto en el ámbito internacional como interno, respecto al trabajo nocturno de la mujer de forma que su ocupación familiar no perjudique su *status* profesional y viceversa. La sentencia recurrida de la Magistratura de Trabajo se opone a que tales normas compensatorias, justificadas en el pasado, se apliquen al varón, entendiéndose que si existe igualdad jurídica entre los sexos en el mundo laboral, tales medidas han de revisarse y, si carecen de actualidad, derogarse. **Es decir**, si la tradicional posición de desventaja de la mujer en el sector laboral ha desaparecido, sobran obviamente las medidas tendentes a protegerla, sin que se deba ampliar su ámbito de aplicación a quien no las necesita.

El Tribunal Constitucional otorgará el amparo al actor, aceptando la existencia de discriminación respecto al varón al no entender justificadas, en la actualidad, las normas protectoras de la mujer que organizan de forma distinta el trabajo nocturno del personal femenino y del personal masculino, pese a no existir diferencia alguna en la cualificación laboral:

«... Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9, 2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional...»¹⁷.

De la doctrina del Tribunal Constitucional, en una interpretación formal del principio de igualdad como simple **igualdad de trato**, parece en-

¹⁷ STC *cit.*, F.J. 3.

tenderse que la igualdad jurídica ha logrado que el hombre y la mujer tengan la misma situación socio-económica e idénticas posibilidades de acceso, mantenimiento y promoción laboral. En buena lógica, en supuestos iguales, las consecuencias que de ellos deriven han de ser iguales, pues toda diferencia, si no existe justificación para ella, deviene irrazonable y, por tanto, discriminatoria y lesiva del derecho a la igualdad de los recurrentes, en la ley. En igual sentido se pronuncia el Tribunal en sentencia 98/1983 de 15 de noviembre, en recursos de amparo acumulados con pretensiones análogas. Son, pues, dos sentencias acordes, de las Salas Primera y Segunda, que inician una línea jurisprudencial ratificada por el Pleno en sendas cuestiones de inconstitucionalidad que paso a exponer.

2. *La Sentencia 103/1983 de 22 de noviembre*

En esta sentencia del Pleno, en cuestión de inconstitucionalidad, se amplían, de forma análoga, las consideraciones existentes hasta ahora sobre desigualdad de trato entre mujer y varón, quien pretende beneficiarse de las medidas proteccionistas dirigidas a un colectivo históricamente discriminado y de las que el varón, obviamente, no ha podido disfrutar.

La cuestión de inconstitucionalidad es planteada por la Magistratura de Trabajo n.º 1 de Madrid sobre el artículo 160-2 de la Ley General de la Seguridad Social; en esta disposición se establece que para que el viudo tenga derecho a pensión al fallecer su esposa, necesita, además de los requisitos exigidos a la viuda (convivencia habitual con el causante y, en caso de separación conyugal, ser declarada inocente por sentencia firme), incapacidad laboral y vivir a expensas del cónyuge fallecido.

El abogado del Estado en sus alegaciones en defensa del contenido de la ley, que pretende compensar la desigualdad real entre mujeres y varones, se opone a su presunta inconstitucionalidad, por las siguientes razones que, considera, justifican la distinción legal¹⁸. En primer lugar, la norma en litigio se sitúa en el ámbito de la acción asistencial del Estado, no destinada a todos los ciudadanos sino a los que se encuentran en una situación de necesidad, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución; tal concepto no es absoluto, sino relativo y dependiente del juicio político del legislador. A la mujer, en una presunta situación de necesidad por razones sociológicas de la realidad histórica presente, se le concede siempre; al varón solamente cuando demuestre que se halla en esa situación. En segundo lugar, al ser los ciudadanos miembros del Estado quienes han de soportar la cobertura de tales prestaciones, la admisión de esta nueva pensión supondría, dada la limitación de recursos económico sociales, un claro perjuicio para las exigencias consideradas preferentes por el legis-

¹⁸ STC *cit.*, antecedentes.

lador, entre ellas la de la mujer viuda. **Es decir**, plantea un primer problema de superación de la simple igualdad de trato en pro de una tutela antidiscriminatoria y un segundo problema de respeto a la política económica llevada a cabo por el legislador.

El fiscal, por el contrario, desde una interpretación formalista del principio de igualdad, acepta la presunta inconstitucionalidad del precepto, centrando su argumentación en la exigencia constitucional de razonabilidad en el tratamiento diferente, lo que, a su entender, no se da en este caso que califica de discriminatorio para el varón; es, pues **el sexo**, el determinante de la desigualdad, en contra de la expresa prohibición del artículo 14 de la Constitución. Apoya su razonamiento en el artículo 25,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 1948, norma de acuerdo con la que han de interpretarse los derechos fundamentales, y que establece que «toda persona tiene 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». A su vez, el artículo 41 de la Constitución determina 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».

En esta misma línea de defensa del valor igualdad como igualdad de trato, con claro menosprecio de los datos sociológicos sobre la real desigualdad de la mujer, se puede insertar el fallo del Tribunal Constitucional, corroborado en la Sentencia 104/1983 ¹⁹ en otra cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo artículo de la Ley General de la Seguridad Social.

«... 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» ²⁰ ... para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado 2.º del artículo 160, y el inciso del apartado 1.º donde dice en femenino «la viuda», pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino...» ²¹.

El fallo del Tribunal Constitucional incluye, pues, en la protección de la viudedad al viudo, con iguales condiciones que a la viuda, obviando las razones que tuvo el legislador para establecer tal diferencia. Sin embargo,

¹⁹ De 23 de noviembre, mantenido en STC 42/1984 de 25 de abril en recurso de amparo.

²⁰ STC cit., F.J. 6.

²¹ STC cit., F.J. 7.

la decisión sobre este supuesto no es unívoca sino que existe una minoría discrepante, los magistrados Sres. Arozamena Sierra, Pera Verdaguer y Rubio Llorente, materializada en sendos votos particulares cuyos contenidos son, a mi entender, tan sugerentes, que merecen una atención especial²². Ambos votos disienten del fallo, en la línea de argumentación del abogado del Estado, poniendo de relieve algunos problemas obviados en la Sentencia, que, por su trascendencia es necesario señalar.

El magistrado Sr. Arozamena Sierra, con la adhesión del Sr. Pera Verdaguer, resalta dos puntos fundamentales sugeridos por la sentencia: la función del Tribunal Constitucional y la revisión del sistema de la Seguridad Social. A su juicio, el fallo judicial introduce una modificación esencial en el régimen de pensiones vigente, generalizando tales prestaciones al margen de la exigencia constitucional de la **necesidad**, lo que, en un país de recursos limitados incidirá negativamente sobre las prestaciones existentes. Junto a estas consecuencias materiales de la decisión judicial, denuncia el desvío funcional del Tribunal como legislador negativo, única función que le corresponde.

Efectivamente, el Tribunal a través de una sentencia **manipulativa**²³, alterando gramaticalmente una palabra, ha innovado mediante una decisión judicial lo que corresponde a la decisión política del Gobierno y a la tarea legislativa de las Cortes Generales, auténtico legislador positivo como representante directo de la voluntad popular.

Desde otro punto de vista, en mi opinión complementario, el magistrado Sr. Rubio Llorente, **en una clara posición de tutela antidiscriminatoria**, manifiesta la incompatibilidad del fallo judicial comentado, desde una interpretación formal del artículo 14 de la Constitución, con el mandato constitucional, expresado en el artículo 9, de que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. El fallo del Tribunal en favor de la generalización de las pensiones supone un aumento en las prestaciones de la Seguridad Social sin que aumente la cobertura económica; ello deviene en clara disminución de las que, hasta ahora, recibían las viudas.

Así es, y considerando que el grupo presuntamente beneficiado por la ley, en perjuicio del varón, no tuvo iguales oportunidades de acceso al mundo laboral ni de promoción dentro del mismo, debido al trabajo doméstico del que, hasta ahora era responsable, existe una desigualdad real y efectiva que el legislador ha de asumir y corregir pero que no desaparece por ignorarla y suprimir aquellas normas que tienen una finalidad com-

²² Voto particular formulado por el Sr. Arozamena Sierra, al que se adhiere el Sr. Pera Verdaguer y voto particular del Sr. Rubio Llorente. STC. *cit.*

²³ A ello alude el Tribunal posteriormente en STC 116/1987 de 7 de julio; voto particular de los magistrados Sres. Rubio Llorente y Díez-Picazo; Ver A. PIZZORUSSO, «Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano» en *El Tribunal Constitucional*, IEF, Vol. I, Madrid, 1981.

pensatoria, dentro de una política de tutela antidiscriminatoria, lejos de la mera igualdad formal.

El magistrado Sr. Rubio Llorente señala como tal compensación puede incidir negativamente sobre la situación mencionada, perpetuando la discriminación; el evitarlo es tarea del legislador, con efectos hacia el futuro y 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... mientras era excepcional la situación contraria, y, por tanto, no parece discriminatorio que se le 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...»²⁴.

Efectivamente, la diferente situación profesional y, en consecuencia, económica de la mujer, hasta ahora, es incuestionable y numerosas investigaciones económicas y sociológicas lo han puesto de relieve de forma reiterada²⁵. Por ello la diferencia establecida por el legislador es razonable y justificada. Precisamente existe una ya larga jurisprudencia del Tribunal en materia laboral, mucho más avanzada que la establecida respecto a la discriminación por sexo, que se inicia en el Pleno de 25 de enero de 1983 y es mantenida en sentencias de ambas Salas en sendos recursos de amparo que, de forma analógica, puede traerse a colación²⁶. El Tribunal Constitucional entiende que el artículo 14 de la Constitución no establece un principio de igualdad absoluta que impida apreciar la existencia de situaciones objetivas que justifiquen, de forma razonable, el desigual tratamiento legal cuya finalidad sea el contribuir al restablecimiento de la igualdad real; en estos supuestos, el distinto régimen jurídico no sólo no vulnera la igualdad constitucional sino que deviene en exigencia para lograr su eficacia, superar una igualdad solamente formal y cumplir a través de la compensación legal, el expreso mandato constitucional del artículo 9,2 que

²⁴ STC *cit.*, voto particular 2.º.

²⁵ Ver M.ª Amalia PEINADO LÓPEZ, «Discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español: un análisis empírico de la discriminación salarial», Tesis Doctoral (en trámite de publicación) leída en la Facultad de CC. Económicas y Empresariales de la UNED, en el curso 1986-87; estudio muy completo sobre las causas y efectos de la discriminación salarial y ocupacional de la mujer en España, aportando datos comparativos respecto al entorno europeo.

²⁶ STC del Pleno 3/1983 (25 de enero), F.J. 2, aplicada por las Salas en subsiguientes recursos de amparo; STC 9/1983 (21 de febrero); STC 14/1983 (28 de febrero); STC 46/1983 (27 de mayo); STC 65/1983 (21 de julio); STC 100/1983 (18 de noviembre); STC 109/1983 (29 de noviembre); STC 114/1983 (6 de diciembre); STC 20/1984 (13 de febrero)...

obliga a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas».

Parece que lo contrario produciría, en una demagógica defensa de la igualdad de sexos, una desigualdad real, desigualdad que si bien ha disminuido notablemente en los últimos años, precisa para su difícil erradicación, una política legislativa a largo plazo que, en primer lugar, haga desaparecer la concepción social, aún hoy dominante y mantenida en muchos casos por las propias mujeres, sobre su papel en la sociedad. Mientras ello sea así se precisa una doctrina prudente del Tribunal, en apoyo del legislativo, representante auténtico de la voluntad popular, y a quien corresponde valorar aquellas situaciones sociales necesitadas de unas medidas de protección que, si bien no deseables, pueden ser imprescindibles.

3. Sentencia 128/1987 de 16 de julio

La doctrina comentada anteriormente, de reconocimiento de una situación discriminatoria lesiva para el varón, no considerando razonable la desigualdad de tratamiento establecida por el legislador, fue modificada recientemente en la sentencia 128/1987 de la Sala 2.^a que, en la línea de tutela antidiscriminatoria iniciada por los votos particulares analizados en el epígrafe anterior, **deniega** el amparo solicitado por un Ayudante Técnico Sanitario del Instituto Nacional de la Salud quien alega discriminación en razón de sexo, reivindicando su derecho a disfrutar de las 4.000 pesetas que, como ayuda de guarderías, concede el citado organismo, graciable y discrecionalmente, a sus trabajadoras; fundamenta su pretensión en el trato desigual, basado en el sexo, dado por el Instituto Nacional de la Salud, pues mientras al varón se le exige la condición de viudo para percibir la prestación, en el caso de la mujer es indiferente su estado civil o la situación laboral del esposo.

El Tribunal Constitucional inicia una jurisprudencia **rupturista** en que, obviando la mera igualdad formal considerada hasta el momento, exige un detenido examen sobre las causas profundas de la diferencia de trato, asumiendo la pretensión constitucional de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, de forma que determinadas medidas **compensen** aquellas situaciones sociales, reales, de desventaja en el acceso y mantenimiento del trabajo, y, en concreto, la situación global de la mujer con hijos menores de seis años respecto al varón con hijos de la misma edad²⁷. En este sentido concluye la sentencia:

²⁷ El mismo Tribunal cita, en apoyo de su fallo, datos estadísticos que de forma rotunda ponen de relieve la menor tasa de actividad de la población femenina: respecto a los mayores de 16 años: 29,1 por 100 mujeres y 68,4 por 100 varones; mucho más contundente aún en relación a las personas casadas: 20,9 por 100 mujeres y 70,92 por 100 varones.

«... el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento otorgado a éste no constituye, por tanto, una discriminación prohibida por el artículo 14 C.E., sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social ... no hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios distintos...»²⁸.

El fallo judicial acepta, por tanto, en una, a mi entender, apreciable prudencia política, aquellas medidas adoptadas por el legislador a fin de paliar la histórica posición de desventaja del colectivo femenino, de forma que tales medidas no se consideran discriminatorias, en una superficial aplicación de la igualdad formal, sino tendentes a lograr, no sólo una igualdad de trato sino una igualdad de **oportunidades** y, en suma, una mejor aplicación del precepto constitucional establecido en el artículo 9,2.

IV. CONCLUSIÓN

Con independencia de la fundamentación y decisión, acertada en mi criterio, de la sentencia comentada anteriormente, lo cierto es que se aprecia en ella un claro desvío de la doctrina seguida, hasta ahora por el Tribunal, desvío que en ningún caso es competencia de las Salas sino del Pleno y que, dado el valor de fuente del derecho que tienen las decisiones del Tribunal, pone en tela de juicio la oportunidad del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El señalado peligro se pretende evitar con la aplicación del artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuya literalidad es la siguiente:

«... Cuando una Sala considera necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno».

Es decir, al Pleno corresponde la modificación de la doctrina sentada por el Tribunal, a través de una fundamentación razonable que demuestre que el cambio no es consecuencia de la decisión arbitraria o de la inadvertencia, sino producto de la toma en consideración de nuevos elementos

²⁸ STC *cit.*, F.J. 11.

de juicio²⁹. Pero la propia independencia de criterio de cada Sala, y las soterradas tensiones entre sus miembros, normales en un Estado pluralista y en un órgano cuya composición es claro reflejo del trasfondo político³⁰ puede dar lugar, en la práctica, a un desvío como el que aquí se ha producido³¹.

Lejos de pretender dar fáciles soluciones, me limito a señalar que es posible que en el próximo recurso de amparo sobre materia análoga, el Pleno recabe para sí su conocimiento y con ello uniformice la contradictoria jurisprudencia ocasionada. Si no es así y tal decisión corresponde a la otra Sala y ésta actúa con criterio distinto, el propio Tribunal, a través de sus Salas, habrá incurrido en una vulneración del principio constitucional a la seguridad jurídica, que exige el que los ciudadanos posean una

«razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad y puedan ajustar a ella sus comportamientos sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable»³².

Incluso me atrevería a sugerir que por la propia acción normal del Tribunal Constitucional podría sufrir el principio de igualdad en la aplicación de la ley³³, otorgando un contradictorio tratamiento jurisdiccional debido a distinta interpretación de la ley.

²⁹ Ver jurisprudencia análoga en STC 64/1984 de 21 de mayo, F.J. 3, reiterada en STC 49/1985 (28 de marzo); 103/1984 (12 de noviembre); 127/1984 (26 de diciembre); 14/1985 (1 de febrero); 57/1985 (29 de abril); 140/1985 (21 de octubre); 166/1985 (9 de diciembre); 52/1986 (30 de abril); 58/1986 (14 de mayo); 25/1987 (26 de febrero); 66/1987 (21 de mayo).

Ver M. JAÉN VALLEJO, «El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Rev. Jurídica General*, n.º 2, marzo-abril, 1987.

³⁰ O. ALZAGA, *La Constitución española*, Comentario sistemático, pág. 912.

³¹ En este caso existe una constatación clara del desvío; sospecho que puede haber más.

³² STC 63/1984 (21 de marzo), F.J. 4.

³³ Ver doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a la igualdad en la aplicación de la ley por los Tribunales ordinarios, STC 49/1982 (14 de julio); STC 52/1982 (22 de julio); STC 2/1983 (24 de enero); 61/1983 (11 de julio); 39/1984 (20 de marzo); 47/1984 (4 de abril); 63/1984 (21 de marzo); 78/1984 (9 de julio); 36/1985 (8 de marzo); 27/1986 (19 de febrero), y 66/1987 (21 de mayo).