

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**7058** *Pleno. Sentencia 92/2014, de 10 de junio de 2014. Cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Prohibición de discriminación por razón de sexo: constitucionalidad del precepto legal que limita el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente (STC 41/2013). Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 693-2013, planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del segundo inciso del art. 14 CE. Han comparecido, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante providencia de 26 de febrero de 2013, el Pleno de este Tribunal admitió a trámite la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno en relación con el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del segundo inciso del art. 14 CE. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó reservarse para sí el conocimiento de la presente cuestión.

En la misma providencia se acordó, conforme a lo establecido art. 37.3 LOTIC, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo de quince días se personaran y presentaran las oportunas alegaciones. Por último, se acordó que de conformidad con el art. 35.3 LOTIC, permaneciera suspendido el recurso de amparo núm. 6704-2004 hasta que el Tribunal resolviese la presente cuestión y se ordenó la publicación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Los antecedentes de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Mediante demanda que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 12 de noviembre de 2004, se interpuso por el Procurador de los Tribunales recurso de amparo en nombre y representación de don Arturo F. L., contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 8 de octubre de 2004, considerando que vulnera el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE.

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes. Don Arturo F. L., y don Manuel A. G., convivieron ininterrumpidamente más de cuarenta años hasta el fallecimiento de don Manuel A. G., el día 6 de agosto de 2002. En esa fecha tenía la condición de pensionista de jubilación. El demandante de amparo solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad, entendiéndose que había de ser incluido por analogía dentro del art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, lo que fue denegado en resolución de 14 de octubre de 2002 al no acreditar el solicitante matrimonio con el fallecido. Formalizó reclamación previa reiterando su pretensión, que resultó igualmente desestimada por resolución de 11 de diciembre de 2002.

El día 9 de enero de 2003 el recurrente en amparo presentó demanda para el reconocimiento de su derecho, que fue turnada al Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, el cual dictó Sentencia el 15 de mayo de 2003 desestimando la pretensión por entender que el demandante no cumplía el requisito de la previa relación conyugal predicable de quien pretende ser beneficiario de una pensión de viudedad. Formalizado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó Sentencia, el día 8 de octubre de 2004, desestimando el recurso con fundamento en la falta de cobertura legal de la pretensión del actor, ya que el art. 174 LGSS, al regular el reconocimiento de la prestación de viudedad, no contempla el supuesto litigioso, sin que sea posible la aplicación analógica que el demandante invocaba.

b) El demandante de amparo aduce que se ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) en relación con el art. 39 del texto constitucional. A su juicio, la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual que convivió ininterrumpidamente más de cuarenta años como si de un matrimonio se tratase supone una desigualdad de trato respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por exclusiva razón de sexo, toda vez que al no existir posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo nunca pueden éstas encontrarse en la situación legal del art. 174 LGSS, en la medida en que dicho precepto sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite. Por lo demás, afirma, el art. 174 LGSS viene a establecer una diferencia de trato entre miembros supervivientes de uniones estables según haya existido o no vínculo matrimonial, independientemente de la duración de la convivencia, la situación de necesidad o del desequilibrio económico causado por el fallecimiento, lo que contradice la consideración de un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad pues la norma protectora relativa a las pensiones de viudedad tiene como fin compensar frente a un daño y afrontar las repercusiones económicas negativas, y tal daño en las uniones estables se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial.

c) Por providencia de 8 de noviembre de 2006, la Sección Primera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo.

d) Por providencia del Pleno de este Tribunal de 11 de marzo de 2008, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTC, se acordó, a propuesta de la Sala Primera de este Tribunal, recabar para el mismo el conocimiento del recurso de amparo.

e) El Pleno, mediante Auto de 15 de enero de 2013, acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad.

3. El día 12 de marzo de 2013 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por el que se persona en el presente proceso constitucional en ejercicio de la facultad habilitada por el art. 37.2 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007.

4. El 13 de marzo de 2013 se registró comunicación del Presidente del Senado dando cuenta de que la Mesa de la Cámara acordó dar por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. El 14 de marzo de 2013 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara, de 5 de marzo de 2013, personándose en el procedimiento y ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC, con remisión a la Dirección de estudios y documentación de la Secretaría General.

5. El Abogado del Estado presentó escrito en el Registro General de este Tribunal el 27 de marzo de 2013, personándose en esta cuestión interna de inconstitucionalidad y formulando alegaciones a favor de su desestimación.

En ellas analizaba las siguientes cuestiones, a saber: a) la aplicabilidad de la normativa vigente en la fecha del hecho causante; b) la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de igualdad en la relación con el régimen de prestaciones de la Seguridad Social; y c) la ausencia de discriminación por razón de sexo que conlleve vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE).

a) En relación con la primera cuestión, recuerda el Abogado del Estado que el criterio normalmente adoptado para fijar la eficacia temporal de las normas de Seguridad Social relativas a los requisitos de acceso a las prestaciones viene determinado «por la normativa vigente en el momento del hecho causante» (así, ATC 306/2008, de 7 de octubre, FJ 8). Las diferencias de trato nacidas de la sucesión normativa son constitucionalmente irrelevantes. La Constitución en general –y el principio de igualdad en particular– no presta fundamento a pretensiones para imponer la eficacia retroactiva de las mejoras de protección social. Ello permite justificar desde la perspectiva del artículo 14 CE, la conservación *pro tempore* de regímenes jurídicos derogados o sustituidos por otros. La diferenciación jurídica que nace de ese mantenimiento de la situación normativa *ex ante* no puede tacharse, en sí misma, de discriminatoria, orientada como está a preservar la seguridad jurídica. Señala el Abogado del Estado que «el principio de igualdad, no exige que, en los casos de introducción de mejoras por una norma nueva, la nueva norma, sobre todo si la misma es de carácter prestacional, haya de tener retroactividad alguna en el tiempo, lo cual resulta, además, coherente con el amplio margen del que goza el legislador a la hora de configurar el sistema de la Seguridad Social» (ATC 306/2008, FJ 6).

Prosigue el escrito del Abogado del Estado examinando la modificación normativa introducida por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por ser ésta, afirma, sumamente ilustrativa de que la eficacia retroactiva de las prestaciones como opción de política legislativa reside exclusivamente en la voluntad del legislador.

Subraya el Abogado del Estado que en la fecha del hecho causante de la prestación pretendida, 6 de agosto de 2002 (momento en que se produjo el fallecimiento del pensionista conviviente de hecho), según lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden de 18 de enero de 1967, las normas reguladoras de la pensión de viudedad, artículos 174.1 LGSS y 44 del Código civil en la redacción vigente en el año 2002, exigían como requisito para su percepción el vínculo matrimonial, exigencia que no podían cumplir las parejas homosexuales antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio. Para el Abogado del Estado tal exigencia no vulneraba en modo alguno el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE.

b) Aborda a continuación el Abogado del Estado el examen de la segunda cuestión, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de igualdad en la relación con el régimen de prestaciones de la Seguridad Social, recordando lo afirmado

en la STC 75/2011, de 19 de mayo. En aquella decisión el Tribunal subrayó que «la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales ‘es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –artículo 53.3 CE–’, sin embargo ‘este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)’.» [STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 5].

En concreto, en relación con el principio de igualdad, el Tribunal recuerda que «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados» (STC 75/2011, FJ 6).

Para el Abogado del Estado, como recuerda la STC 125/2003, de 19 de junio, «el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”. Dicho de otra manera, sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar “elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable” (STC 39/2002, de 14 de febrero, F 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un término de comparación adecuado, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos” (ATC 209/1985, de 20 de marzo, F 2)» (STC 75/2011, FJ 6).

c) Entra así el escrito del Abogado del Estado a examinar la tercera cuestión, la relativa a la ausencia, en el caso concreto, de discriminación por razón de sexo que conlleve vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y por tanto la constitucionalidad del artículo 174 LGSS.

Para el Abogado del Estado, el artículo 174.1 LGSS, cuya constitucionalidad se cuestiona, carece de finalidad discriminatoria directa ya que está redactado de manera neutral en relación con la orientación sexual de los cónyuges, sin que pueda entenderse, sin embargo, que puede existir discriminación indirecta, que obliga a comparar la incidencia de una disposición no sobre los individuos sino sobre los «grupos sociales», pues, según el Abogado del Estado, la interdicción de discriminaciones indirectas es una técnica al servicio de la promoción del grupo desfavorecido y, por ello, tiene sentido aplicarla en normas que han de regir *pro futuro*, careciendo de sentido en casos como el que nos ocupa, a saber, una norma cuyos casos de aplicación se han realizado ya en el pasado de manera irrevocable e irremediable, para toda suerte de parejas de heterosexuales u homosexuales.

Para el Abogado del Estado para determinar si hemos de afrontar un problema de cláusula general o un problema de prohibición de discriminaciones es preciso decidir si el legislador ha tomado un rasgo prohibido (la orientación sexual en este caso) como «factor

exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados». Según el Abogado del Estado la respuesta a esta cuestión en el presente supuesto ha de ser negativa. El requisito de la existencia del vínculo matrimonial no toma la orientación sexual como factor ni exclusivo ni determinante del acceso a la pensión de viudedad. Ahora bien, el efecto perjudicial del requisito del vínculo matrimonial no está significativamente concentrado en las parejas de hecho homosexuales. Afecta también a las parejas heterosexuales. También el superviviente de una de estas parejas queda excluido por el requisito.

Para el Abogado del Estado, enfocado como problema de cláusula general de igualdad la diferencia de trato que el art. 174.1 LGSS cuestionado establece entre matrimonios (homosexuales o heterosexuales) y parejas de hecho (homosexuales y heterosexuales) se basa en «criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados» sin que, además, «las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción» puedan calificarse de desproporcionadas. En efecto, recuerda el escrito del Abogado del Estado cómo desde la STC 184/1990, de 15 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha venido declarando que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema público de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, toda vez que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes».

Señala el Abogado del Estado toda una doctrina posterior que lo ratifica y entre la que se encuentra el ATC 203/2005 que recuerda que «la exigencia del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, con exclusión de quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es ninguna disposición arbitraria ni discriminatoria».

No obstante lo anterior, subraya el Abogado del Estado, cómo el Tribunal Constitucional en su cuestión interna de constitucionalidad plantea la vulneración del derecho a la igualdad, no solo como un mero supuesto de tratamiento diferenciado de una idéntica situación, sino además, como hipótesis específica de discriminación por razón de sexo, en tanto que causa contemplada expresamente en el segundo inciso del artículo 14 CE.

Para rechazar tal vulneración acude el escrito del Abogado del Estado al ATC 222/1994, de 11 de julio, donde el Tribunal, al hilo de la reclamación de una pensión de viudedad por parte del superviviente de una pareja homosexual, afirma que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo» (ATC 222/1994, de 11 de julio, F 2).

Prosigue el Abogado del Estado planteándose si la discriminación existiría comparando, no ya las uniones de hecho en general, sino las uniones de hecho homosexuales con aquellas uniones heterosexuales cuyos componentes no pudieron contraer matrimonio como consecuencia de lo establecido en la legislación anterior a la Ley 30/1981, y a las que la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 reconoció, siempre que el fallecimiento hubiera acaecido antes de la entrada en vigor de dicha Ley, el derecho a la obtención de la pensión de viudedad.

Para el Abogado del Estado no puede estimarse, que las uniones heterosexuales que no pudieron acceder al matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981, constituyan término adecuado de comparación, puesto que el motivo de tan excepcional reconocimiento de la pensión de viudedad en tales casos en la Ley 30/1981 y como recuerda la STC 184/1990, se ha venido fundamentando en la especificidad de la situación jurídico-política predemocrática.

Rechaza finalmente el escrito del Abogado del Estado que pueda realizarse una interpretación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, referido a las uniones heterosexuales, para reconocer el derecho a la pensión de viudedad en aquellos supuestos de uniones homosexuales, cuando el fallecimiento del causante de la pensión se ha producido en fecha anterior a la de 2 de julio de 2005, fecha de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para el Abogado del Estado la razón de ser que inspira la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 era la imposibilidad legal de disolver el primer vínculo y contraer nuevo matrimonio, pero esta razón no es la que motiva la Ley 13/2005, pues la apariencia de matrimonio no cabe apreciarla en la convivencia de parejas del mismo sexo antes de dicha Ley.

Con arreglo a las alegaciones formuladas, concluye el Abogado del Estado solicitando la desestimación de la cuestión planteada.

6. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 19 de abril de 2013, solicitó al Tribunal que declarase la plena constitucionalidad del art. 174.1 LGSS en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por no resultar discriminatorio en los términos establecidos en el artículo 14 *in fine* de la Constitución Española.

Tras sintetizar los hechos relevantes del recurso de amparo del que procede esta cuestión interna de inconstitucionalidad examina si en la fecha del hecho causante de la prestación pretendida, fecha del fallecimiento según lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden de 18 de enero de 1967, las normas reguladoras de la pensión de viudedad, artículos 174.1 LGSS y el artículo 44 del Código civil en la redacción vigente en el año 2002, vulneraban el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Señala el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que el Tribunal Constitucional ha dictado una extensa doctrina sobre la constitucionalidad de la exigencia del vínculo del matrimonio, para obtener la pensión de viudedad en el momento del hecho causante de la prestación. Así recuerda que desde la STC 184/1990, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE (SSTC 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 29/1992), añadiendo a continuación que tal y como ha afirmado el Tribunal «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento».

Partiendo de la anterior premisa, es decir, de la constitucionalidad de la exigencia del requisito de matrimonio como presupuesto de la pensión de viudedad, prosigue el Letrado de la Administración de la Seguridad Social recordando el ATC 222/94, de 11 de julio, donde el Tribunal se habría ya pronunciado sobre la cuestión que nos ocupa, esto es determinar si el no reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad que trae su origen mediato en la imposibilidad legal de los homosexuales de contraer matrimonio –ya que el artículo 44 del Código civil sólo se refería entonces al matrimonio de dos personas de distinto sexo– vulnera el principio constitucional de igualdad. Recuerda el escrito del Letrado de la Seguridad Social que el Tribunal en aquella ocasión admitió «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como en la fecha del hecho causante el Código Civil preveía, de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión homosexual. Esto no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo». Para el Tribunal «aunque la desaparición de uno de

los dos miembros de la pareja de homosexuales que hubiese convivido habitualmente produce el mismo efecto, en cuanto a la pérdida de ingresos que la muerte de alguno de los cónyuges, sin embargo, la exigencia del vínculo determina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando es un homosexual no».

No es posible hallar en este trato más favorable a la unión familiar vestigio alguno de discriminación, pues al margen de que tal situación ha de ser apreciada en el contexto señalado de que es legítimo que el legislador haga derivar del vínculo familiar determinados efectos, ha de tenerse en cuenta que el legislador tiene 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. No puede excluirse, por ello, que el legislador realice ciertas opciones selectivas bien sea para cada conjunto de situaciones, determinando el nivel y condiciones de las prestaciones; de tal manera que no pueden considerarse sin más, discriminatorias o atentatorias contra el artículo 14 de la Constitución Española estas disposiciones selectivas, a menos que las mismas no se amparen en causas y fundamentos razonables (SSTC 189/1987, 30/1988, 166/1990)» [ATC 222/1994, de 11 de julio].

A continuación señala el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que la constitucionalidad de la opción del tratamiento diferenciado en el régimen jurídico de matrimonio heterosexual y de la convivencia *more uxorio* de parejas de personas del mismo sexo se avala también en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, cuando señala que «la jurisprudencia constitucional ha realizado hasta ahora una interpretación del contenido esencial del artículo 32 CE que deja un amplio margen al legislador no sólo para configurar las formas de matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos –configuración de la que se ha ocupado el legislador estatal en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 149.1.8 CE– para regular las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (STC 51/2011, de 14 de abril), sino también para establecer los regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado».

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social hace suya la afirmación efectuada por el Magistrado Aragón Reyes en su Voto particular a la STC 198/2012 cuando indica: «el cumplimiento de los mandatos de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución contiene no obligaban al legislador a garantizar la unión de personas del mismo sexo a través de la institución del matrimonio y la jurisprudencia antidiscriminatoria del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos tampoco».

Finaliza el Letrado de la Administración de la Seguridad Social señalando que según la doctrina de ese Tribunal la vinculación del percibo de la pensión a la existencia de un matrimonio entre hombre y mujer, en la fecha del hecho causante heterosexual, no vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, puesto que el derecho a la pensión se contempla como un derecho de configuración legal que protege los derechos constitucionalmente reconocidos, de modo que la extensión del derecho a las uniones de convivencia entre homosexuales requiere la previsión legal. Previsión que se ha establecido en la Ley 13/2005 si bien dicha norma no cabe ser aplicada al caso que nos ocupa.

Con arreglo a las alegaciones formuladas, concluye el Letrado de la Administración de la Seguridad Social solicitando al Tribunal que declare la plena constitucionalidad del art. 174.1 LGSS en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por no resultar discriminatorio en los términos establecidos en el artículo 14 *in fine* de la Constitución Española.

7. El Fiscal General del Estado, mediante escrito de 25 de abril de 2013, interesó que se declarase que el artículo 174.1 LGSS (en su redacción dada por el artículo 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) no es contrario a la Constitución.

El escrito del Fiscal fundamenta su petición en las siguientes alegaciones:

a) Se plantea como inicial premisa, la exacta identificación del precepto que el Tribunal Constitucional invoca como núcleo del procedimiento de constitucionalidad, pues el Fiscal entiende que lo que el Tribunal parece cuestionar, no es exactamente el cumplimiento del requisito de la conyugalidad que con carácter general impone la literalidad del precepto, pues de ser así, difícilmente tendría encaje sistemático el actual planteamiento en el marco de la más que consolidada doctrina constitucional establecida a lo largo de más de veinte años, según la cual, la exigencia de dicho requisito no es contraria a la Constitución, ya que la protección que dispensa ésta al matrimonio no puede parangonarse sin más con la que merecen las uniones *more uxorio*.

De acuerdo con el escrito del Fiscal al cuestionarse la falta de capacidad matrimonial, lo que en realidad se pone en tela de juicio por su señalado carácter discriminatorio, no es la exigencia sin más de un requisito –que nunca se ha estimado contraria al art. 14 CE–, sino, la imposibilidad previa de cumplimentarlo al negar capacidad matrimonial el artículo 44 del Código civil en su redacción anterior a la dada por Ley 13/2005, de 1 de julio.

Para el Fiscal desde esta perspectiva, no parece que sea la tesis de la supuesta discriminación la que ha sostenido hasta ahora ese Tribunal, señaladamente en la Sentencia del Pleno 198/2012, de 6 de noviembre, cuando viene a afirmar que el matrimonio es una institución de configuración legal, pues «lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido». El Ministerio Fiscal estima que el Tribunal Constitucional ha establecido que la Constitución no impone (o no imponía) un determinado tipo de matrimonio en el que cupieran tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales, sino que «la interpretación evolutiva» del art. 32.1 CE, ha permitido que el legislador optara en un momento por un matrimonio basado en la dualidad sexual, y en otro posterior, por otro tipo de matrimonio que comprenda tanto la dualidad como la unidad sexual.

b) Señalado lo anterior el Fiscal se refiere a la hipotética carencia de objeto de este particular procedimiento de control de constitucionalidad, habida cuenta de que el art. 174.1 LGSS –en su redacción dada por el artículo 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que es el precepto que ahora se cuestiona–, ha recibido posteriores redacciones, presentando en la actualidad la conferida por el artículo 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Si la finalidad del procedimiento previsto en el artículo 35 y ss. LOTC es la depuración del ordenamiento jurídico mediante la expulsión de su seno de aquellas normas contrarias a la Constitución, resultará entonces carente de objeto la «expulsión» de una norma que el propio legislador ya ha derogado. No obstante lo anterior, el Fiscal, con cita en la doctrina constitucional, señala que no cabe sino sostener la pervivencia del objeto que justifica el autoplanteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el juicio de constitucionalidad del artículo 174.1 (redacción de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre), se debe conectar con su aplicación a un concreto proceso de amparo (pendiente).

c) Se plantea a continuación el Fiscal la necesidad de extender por conexión o consecuencia la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 174.1 –en su redacción conforme a la Ley 50/1998–, a otros preceptos actualmente en vigor como es el apartado 3 del artículo 174 que establece mayores exigencias para las uniones extramatrimoniales que para las uniones matrimoniales ya que condiciona el reconocimiento del derecho, a la concurrencia de determinados requisitos. El Fiscal, no obstante, parece descartar tal extensión al señalar que la justificación de la diferencia de trato radicaría en la capacidad o no para contraer matrimonio después de la Ley 13/2005, de 1 de julio que modifica el Código civil en materia de matrimonio permitiendo la celebración de éste entre personas del mismo sexo.



Ello daría lugar a una paradoja, pues en caso de declararse la inconstitucionalidad del artículo 174.1 –en su redacción conforme a la Ley 50/1998– deberían estimarse por el INSS peticiones de reconocimiento del derecho de uniones homosexuales, sin vínculo conyugal por no poderse producir éste, en razón de hechos causantes acaecidos en cualquier momento anterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, mientras no se reconociera el derecho de las uniones homosexuales sin vínculo conyugal por hechos causantes acaecidos en cualquier momento posterior a la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, salvo que se acreditase el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 174.3 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, pues en este caso no existiría la imposibilidad de contraer vínculo matrimonial.

Para resolver la paradoja referida el Fiscal postula considerar que la evolución normativa observada en el actuar del legislador, muestra la progresiva asunción de nuevos fenómenos sociales que acaso no recibieron en tiempos pretéritos el apoyo social mayoritario del que ahora sí gozan.

d) A continuación afirma el Fiscal que la cuestión planteada supone formular una inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, pues es la falta de previsión por el legislador de un determinado supuesto lo que se apunta por el Tribunal Constitucional como contrario al artículo 14 CE en su segundo inciso.

Prosigue el Fiscal refiriéndose a que la diferencia entre las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales en el momento en que se produce el hecho causante radicaría para el Tribunal Constitucional en que no existía entonces posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Para el Fiscal tal planteamiento no es exactamente real porque se basa en la presunción de que todas las parejas homosexuales quisieron casarse pero no pudieron hacerlo. Es por ello por lo que afirma el Fiscal que si no resulta acreditada en el amparo del que trae causa la autocuestión tal hipotética intención de contraer matrimonio, el supuesto en nada difiere de aquellos que han dado lugar a la consolidada doctrina constitucional sobre las uniones *more uxorio*, en las que ese Tribunal siempre ha sostenido la falta de lesión del derecho a la igualdad ante la ley.

Finaliza el escrito del Fiscal afirmando que en el caso de declararse la inconstitucionalidad del art. 174.1 LGSS (en su redacción dada en virtud de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre), podría estarse lesionando al tiempo el mismo art. 14 CE en su relación con el art. 16.1 CE de las uniones heterosexuales, pues se estaría estableciendo como requisitos del derecho a la pensión: a) la voluntad dirigida a contraer matrimonio y b) la imposibilidad legal de contraerlo; exigencia la primera que supondría, según el Fiscal, la imposición a las parejas heterosexuales de una opción ideológica concreta. Por todo lo anterior solicita que se declare que el art. 174.1 LGSS (en su redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) no es contrario a la Constitución.

8. Por providencia de 10 de junio de 2014 se fijó para deliberación y fallo de esta Sentencia el día 10 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión interna de inconstitucionalidad objeto del presente proceso se plantea por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del segundo inciso del art. 14 CE.

El apartado 1 del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, dispone:

«Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se

establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine.

Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

No obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.»

2. La cuestión interna de inconstitucionalidad se suscita en relación con un precepto, el referido art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, de cuya aplicación depende el fallo del recurso de amparo núm. 6704-2004. Tal como se desprende del Auto de planteamiento de la cuestión (ATC 8/2013, de 15 de enero), la duda de constitucionalidad se refiere concretamente a si el precepto cuestionado, en la medida en que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite, pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del artículo 14 CE, toda vez que al no existir, en el momento en que se le denegó la pensión al recurrente en el amparo del que trae causa la presente cuestión, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida por el art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

Así, el ATC 8/2013 que promueve la cuestión no fundamenta su duda sobre la constitucionalidad del precepto legal en relación con la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, sino en relación con las concretas prohibiciones de discriminación que este mismo precepto constitucional enuncia a continuación en su segundo inciso.

Según resulta de sus alegaciones, referidas con detalle en los antecedentes de esta resolución, el Abogado del Estado, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, y el Ministerio Fiscal solicitan la desestimación de la cuestión.

3. Una vez establecidos los términos de la cuestión interna que nos ocupa, debemos, antes de entrar en el fondo del asunto, recordar que aunque el marco legal sobre el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad ha sido modificado con posterioridad a que se plantease el recurso de amparo del que trae causa la cuestión –a través, sustancialmente, de la reforma del art. 44 del Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio o del propio art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social–, tal modificación no hace inaplicable el marco legal anterior a aquel supuesto.

Como recuerda la STC 87/2012, de 18 de abril, FJ 3, para las cuestiones de inconstitucionalidad, hemos declarado que «los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso *a quo* sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo».

En el presente caso, la modificación del marco legal referido a la pensión de viudedad no permite apreciar la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión interna de inconstitucionalidad, pues el marco legal vigente en el año 2002 es el aplicable en el proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar en el mismo. En efecto, en el presente supuesto, las normas aplicables, en lo que se refiere al derecho a la pensión de viudedad, se encuentran determinadas por la fecha del hecho causante de la prestación pretendida por el recurrente en amparo, 6 de agosto de 2002 (momento en que se produjo del fallecimiento del pensionista conviviente de hecho). Fecha en la que las normas reguladoras de la pensión de viudedad, arts. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social y 44 del Código civil, en la redacción vigente en el año 2002, exigían como requisito para su percepción el vínculo matrimonial, vínculo que no podían contraer las personas del mismo sexo.

4. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 CE «ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)» [STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6].

A esta conclusión ha llegado este Tribunal, a partir de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

5. Establecido lo anterior, cumple añadir que la eventual contradicción, por parte del precepto sometido a nuestro enjuiciamiento, con el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual que proscribía el segundo inciso del artículo 14 CE, se circunscribe a un aspecto concreto, cual es que solamente los cónyuges podían ser beneficiarios de la pensión de viudedad y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vedado acceder a esa prestación, puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, aquéllos no podían contraer vínculo matrimonial.

Precisamente, la posibilidad de contraer o no matrimonio ha sido un aspecto de especial significación para la doctrina constitucional, a la hora de enjuiciar supuestos en que el ordenamiento jurídico brindaba a los cónyuges un tratamiento más favorable que el dispensado a las parejas de hecho, incluidos los casos relacionados con prestaciones de la Seguridad Social. El Tribunal ha afirmado que «es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes» y que las diferencias entre una y otra situación podían «ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3), pero también que la existencia de libertad para contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento (por todas, STC 184/1990, de 15 de noviembre, y más recientemente AATC 188/2003, de 3 de junio, 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, 177/2004, de 12 de mayo, o 203/2005, de 10 de mayo).

Ahora bien, tales aserciones no implican, indefectiblemente, que en cualquier situación en que los convivientes *more uxorio* se vean impedidos de contraer matrimonio, tal eventualidad deba engendrar una obligación, a cargo de los poderes públicos, de brindar a los miembros de parejas de hecho un tratamiento jurídico equiparado al previsto para los cónyuges pues, en caso de no existir tal libertad, es necesario valorar si la causa impeditiva del matrimonio pugna con los principios y reglas constitucionales, de manera que este Tribunal deberá comprobar si las causas que hipotéticamente lo impiden resultan constitucionalmente admisibles. Tal es el modo de razonar de la STC 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, en el que, con cita de doctrina anterior, se estableció la siguiente conclusión:

«[N]o toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente.»

«Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial.»

6. Afirmado lo anterior, debemos por tanto examinar si la causa que en el presente supuesto limita la libertad de contraer el vínculo matrimonial es una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales.

Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina sentada recientemente por el Tribunal en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, la configuración del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que esa sea la única configuración constitucionalmente legítima de la institución.

Por ello, como ha afirmado este Tribunal en su ATC 222/1994, de 11 de julio, pronunciándose sobre un supuesto como el que ahora nos ocupa (relativo también a la posible vulneración del art. 14 CE por la denegación de pensión de viudedad a superviviente de una pareja homosexual), «la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con 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 184/1990 y 66/1994)».

No pugna con el art. 14 CE por la razón esencial de que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes» (STC 184/1990 y ATC 222/1994). Y ello implica que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio, como la pensión de viudedad, «a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual» (ATC 222/1994, FJ 2).

El legislador tiene, como ha afirmado este Tribunal reiteradamente, un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social (por todas, STC 41/2013 y las allí citadas).

Dentro de ese amplio margen de apreciación, el legislador en la Ley general de la Seguridad Social de 1994 decidió perfilar una pensión de viudedad que si bien, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, no responde a la existencia de una situación de necesidad, sino «a la compensación de un daño cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)» (STC 41/2013, FJ 4), se restringe a los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario como forma singular de protección de la unión familiar que cumple con determinados requisitos legales, que son los del matrimonio. No estaba, pues, entonces concebida la pensión de viudedad como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio.

Las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir con los requisitos legales, debiendo, por tanto, correr con las consecuencias de ello (STC 184/1990, FJ 1). Las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después– era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad. Conviene recordar a estos efectos que, como tuvimos ocasión de señalar, la extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento [STC 184/1990 (FJ 5)]. Es más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tuvo ocasión de pronunciarse, en el caso *Mata Estévez c. España*, sobre la conformidad al derecho a la igualdad y a la no discriminación del sistema español que vinculaba el acceso a la pensión de viudedad a la previa

existencia de vínculo matrimonial, afirmó, en su Sentencia de 10 de mayo de 2001, que tal regulación no era discriminatoria puesto que perseguía un fin legítimo –«a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio»– y existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin en cuestión. El Tribunal estimó, pues, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. Idea que ha reiterado más recientemente, en su Sentencia de 24 de junio de 2010 (caso *Schalk and Kopf c. Austria*, § 108), en la cual ante la alegación de los demandantes de que si un Estado ofrece a las parejas de un mismo sexo un medio de reconocimiento alternativo al matrimonio, está obligado a otorgarles un estatus que se corresponda a todos los efectos con el propio de la institución matrimonial, el Tribunal afirma no compartir ese argumento, al entender que «los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación respecto de la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento».

Así lo ha sostenido también este Tribunal que, recientemente, en su STC 41/2013 (FJ 3), recordaba que «se ha venido considerando de forma reiterada por nuestra doctrina que la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales».

Ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público– el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance. Así lo ha hecho el legislador con posterioridad, tanto con la regulación del matrimonio homosexual en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que permite a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extiende este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales, previendo, además, en su disposición adicional tercera, su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. Una decisión de política legislativa ciertamente legítima (STC 41/2013, FJ 3), como también lo era, no obstante, la anterior, que ninguna tacha ofrecía, por las razones ya expuestas, desde la perspectiva del art. 14 CE.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diez de junio de dos mil catorce.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos respecto de la Sentencia dictada en la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 693-2013*

1. Pese a haber sido Ponente de esta Sentencia debo manifestar, acogiéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mi respetuosa discrepancia con la misma en atención a las razones que defendí durante su deliberación en el Pleno. Razones que, como expondré a continuación, hubieran debido llevar a la estimación de la cuestión y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad del art. 174.1 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2. Vaya por delante que comparto, como no podía ser de otro modo, el planteamiento del problema constitucional que había de resolverse. En concreto, si el cuestionado art. 174.1 en la medida en que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, pudiera suponer una vulneración del art. 14 CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y por tanto una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del artículo 14 CE, toda vez que al no existir, en el momento en que se le denegó la pensión al recurrente en el amparo del que trae causa la presente cuestión, posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida por el precepto cuestionado, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

Sin embargo, para la Sentencia de la mayoría tal vulneración no se produce ya que, a partir del trato diferenciado entre uniones de hecho y matrimonio, de la cita del ATC 222/1994, de 11 de julio, e invocando la amplia libertad del legislador para configurar las prestaciones de la Seguridad Social, señala que la finalidad de la pensión de viudedad que establecía el precepto cuestionado era la compensación por la minoración de ingresos que sufría el superviviente, cuando ese daño se producía «en el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio», lo que determinaba la exclusión de las parejas de hecho heterosexuales, pues, pudiendo contraer matrimonio, decidían libremente no hacerlo, así como de las parejas homosexuales, si bien por una razón distinta, la «configuración clásica o tradicional del mismo [del matrimonio], que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad», cerrando la argumentación con una oscura referencia a la resistencia del Tribunal a actuar como «legislador positivo retrospectivo», remitiendo al legislador la decisión de extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables heterosexuales u homosexuales.

3. Ya he adelantado que no puedo compartir la conclusión desestimatoria ni la argumentación que pretende sustentarla. En mi opinión, no se trata, como a primera vista pudiera parecer, un problema de diferencia de trato normativo entre matrimonio y parejas de hecho, sino de otro distinto y previo. La discriminación que nos planteábamos no se produce porque la norma trate de forma diferenciada a las personas casadas y a las que integran una unión de hecho libre y voluntariamente constituida, sino por el hecho de que, en el supuesto sometido a nuestra consideración, no existe libertad para optar entre contraer matrimonio o no contraerlo, en la medida en que, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social. De hecho, la doctrina constitucional sobre la diferencia de tratamiento entre matrimonio y unión de hecho no puede entenderse sin atender a la premisa que la condiciona y sustenta: la existencia o no de libertad para contraer

matrimonio (así, en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Dicho en otros términos, olvidados por la Sentencia, el hecho de que, en sí misma, la inexistencia de reconocimiento del matrimonio homosexual hasta la modificación del Código civil en el año 2005 no pugnase con las reglas y principios constitucionales no eximía a este Tribunal de analizar la legitimidad del trato diferenciado que tal exigencia suponía en relación con el acceso a una prestación de Seguridad Social.

Es decir, constatada la existencia de un impedimento legal que afectaba a determinadas uniones de hecho y no a otras a la hora de producirles unas consecuencias restrictivas de derechos (en el caso el acceso a una determinada prestación de la Seguridad Social), lo que debía valorarse es si en la regulación de la pensión de viudedad aplicable al caso *a quo* el legislador habría incurrido en la utilización de un criterio discriminatorio en razón de la orientación sexual, por cuanto, como las parejas de hecho del mismo sexo no podían contraer matrimonio, se habría establecido una condición de imposible cumplimiento para sus integrantes.

Pues bien, si la existencia de libertad de elección es condición inexcusable para legitimar el tratamiento diferenciado de aquellos dos tipos de convivencia (matrimonial o de hecho), debía descartarse que ese fundamento legitimador del diferente trato concurra en el presente supuesto, pues la norma de Seguridad Social enjuiciada determina una exclusión absoluta del derecho a la pensión en perjuicio de quienes no podían cumplir con los requisitos de acceso a la misma precisamente por su orientación sexual, en la medida en que los homosexuales no podía contraer matrimonio. Y esa exclusión no se fundamenta en la finalidad a la que la pensión sirve, que no es otra que la de compensar frente a un daño, la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los miembros de la pareja cuya convivencia es notoria o prolongada en el tiempo), (STC 41/2013, de 14 de febrero, FFJJ 4, 7 y 8, e igualmente en la STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 4). Daño y repercusiones que se producían igualmente en el supuesto de fallecimiento del miembro de una pareja homosexual que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal pero no tiene libertad para contraer matrimonio.

Es decir, teniendo en cuenta la finalidad de la prestación, debe advertirse que de nuestra doctrina se desprende la imposibilidad de que puedan establecerse como requisitos para el acceso a las prestaciones, condiciones de imposible cumplimiento por alguno de sus posibles beneficiarios. Y conviene reparar en el concepto de condición de imposible cumplimiento se incluyen aquellas derivadas de lo que la STC 41/2013 denomina razones biológicas (como es el hecho de que las parejas homosexuales o heterosexuales estériles no pudieran tener hijos biológicos) como jurídicas (pues no de otra forma cabe interpretar las referencias a la imposibilidad de adopción por las parejas de hecho homosexuales que se contienen en la conclusión del fundamento jurídico 8 de la citada STC 41/2013).

La condición que aquí se examinaba es del segundo tipo, pues, en la fecha del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho homosexual, estas parejas no tenían reconocido el derecho a contraer matrimonio. Se trataba de un requisito aparentemente neutro, pero respecto al cual no todos podían optar y cumplir con idéntica libertad. De ello se sigue que no podían cumplir, por la propia regulación legal que impedía el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, con el requisito establecido por el legislador de seguridad social. Se trata por tanto de una condición jurídica de imposible cumplimiento, condición que, además, tampoco guarda relación alguna con la finalidad a la que, conforme a la doctrina constitucional, sirve la pensión de viudedad en la configuración vigente en el momento de plantearse el recurso de amparo del que trae causa la cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013. Es decir, debía concluirse que las actuales razones que justifican la pensión de viudedad, concurrían igualmente en el supuesto de autos, relativo a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio, por lo que no es posible justificar la constitucionalidad de la diferencia de trato.

Idéntica imposibilidad de justificar la diferencia de trato se aprecia en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de su interpretación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual como principio general del derecho de la Unión. Así se recuerda en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12, *Frédéric Hay y Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, donde se subraya que la circunstancia de que el denominado en Francia pacto civil de convivencia por el que se crea una pareja de hecho registrada «no esté reservado a las parejas homosexuales ... es irrelevante y, en particular, no modifica la naturaleza de la discriminación contra las parejas homosexuales, las cuales, a diferencia de las parejas heterosexuales, no podían legalmente contraer matrimonio en el momento de los hechos del litigio principal» [párrafo 43]. Es cierto que dicha Sentencia tuvo por objeto dilucidar si el supuesto de hecho se ajustaba a los parámetros de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, lo que en principio excluye el ámbito de los regímenes públicos de Seguridad Social o protección social. Pero es que debe advertirse que se trata de un exponente de la interpretación que dicho Tribunal realiza del principio de no discriminación por razón de orientación sexual como principio general del derecho de la Unión, incorporado además al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto tal, y por imperativo del art. 10.2, integrador de un valioso criterio hermenéutico del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, en tanto que proviene de un órgano de garantía establecido por un tratado internacional (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para determinar el alcance de la prohibición de discriminación por orientación sexual comprendida en el artículo 14 CE.

4. Frente a todo lo anterior estimo que ninguno de los argumentos que emplea la Sentencia de la mayoría sirven para desvirtuar una conclusión que, a mi juicio, era clara.

Su razonamiento destaca que el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y, por tanto, de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social. Sin embargo, siendo ello cierto –y siendo legítima la idea que subyace a tal afirmación que no es otra que el objetivo de garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales– nunca se podrá promover tal objetivo a través de un medio que sea discriminatorio.

Tampoco me parece de recibo, para justificar esa ausencia de discriminación, la cita del ATC 222/1994, del que se omite que fue dictado por una sección en el trámite de inadmisión de un recurso de amparo. En todo caso, además del tiempo transcurrido y del hecho de que se trate de una situación nueva, en sentido contrario puede citarse la doctrina de la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 8, en la que este Tribunal recalca que «es notorio que históricamente se han producido situaciones de parejas que, pese a su voluntad explícita de contraer matrimonio, se encontraban con impedimentos legales para llevarlo a cabo, situaciones a las que la jurisprudencia de este Tribunal ha tratado de dar respuesta en algunos casos», para a continuación aludir a la STC 184/1990, de 15 de noviembre, sobre la denegación en tales supuestos de pensiones de viudedad, y la STC 155/1998, de 13 de julio, relativa a un supuesto de resolución de un arrendamiento por no haber mantenido la recurrente una relación matrimonial, sino una unión de hecho con la persona arrendataria de la vivienda.

Por otra parte, fundamentar la exclusión en lo que se califica como distinta funcionalidad de la unión de hecho homosexual frente a la familia sustentada en el previo matrimonio me parece emplear un argumento sencillamente inaceptable en el juicio de constitucionalidad que se nos demandaba. Dicha distinción, que no aparece mínimamente explicada, desconoce la doctrina consolidada de este Tribunal que ha negado la posibilidad de considerar que la Constitución permita diferenciar, sin justificación suficiente, entre familia tradicional fundada en el matrimonio y otros tipos de familia (así,



en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5). En aquella ocasión el Tribunal una vez consideró que la Constitución no impone una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales se preguntó si, a pesar de ello, cabía diferenciar en atención a la idea de la familia matrimonial (que no es otra cosa que la que ahora aparece como familia sustentada en el previo matrimonio). La respuesta fue que para poder considerar admisible esa diferencia de trato es necesaria una justificación más allá de la de que se trata de una pareja vinculada por matrimonio. Por tanto, la justificación de la diferencia de trato en la distinta funcionalidad que cumplen las uniones heterosexuales matrimoniales, sin mayor argumentación, no es constitucionalmente admisible. Para poder considerar admisible una diferencia de trato entre la unión fundada en el matrimonio y otro tipo de uniones es necesaria una justificación específica, más allá de la de que se trata de una unión con una funcionalidad distinta, sea esta cuál fuere y que la mayoría no estima necesario explicitar.

Tampoco comprendo las alusiones de la Sentencia a la supuesta actuación retrospectiva de este Tribunal. Si con ello se pretende decir que la conclusión estimatoria está impedida por el hecho de que en 2014 no podríamos declarar la inconstitucionalidad de una norma aprobada en 1998, me parece que con ello la mayoría se impone una autolimitación incompatible con la función constitucional que este Tribunal tiene asignada, pues, tanto el entorno social como la doctrina de este Tribunal han evolucionado desde el año 1998, de manera que el test de razonabilidad de la norma ha de ser aplicado en el momento en el que la misma se enjuicia y conforme a los criterios actuales de enjuiciamiento. Pero, sobre todo, desconoce que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes no tiene un sentido histórico sino una función nomofiláctica o de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales, finalidad a la que atienden tanto la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad (en ese sentido, SSTC 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2, o 102/1995, de 26 de junio, FJ 2).

Esto es, el cambio de circunstancias sobrevenido ha de ser necesariamente tenido en cuenta en la interpretación constitucionalmente admisible del precepto. En este sentido la necesidad de una interpretación evolutiva del texto constitucional ya ha sido reconocida por este Tribunal (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12), según la cual «el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta». Necesidad tanto mayor cuanto que se trata de un problema que, hasta la fecha, no se había planteado directamente ante este Tribunal y le permite actualizar el sistema de valores que la Constitución consagra. Por lo demás, el examen de las normas atendiendo a las circunstancias presentes en el momento de su enjuiciamiento y no al momento en que la norma fue aprobada es práctica habitual de este Tribunal, como la resolución de controversias competenciales pone de manifiesto (así, en las SSTC 1/2003, de 16 de enero; 162/2009, de 29 de junio, y 159/2012, de 17 de septiembre). Si esa es la práctica del Tribunal al resolver controversias competenciales, tanto más ha de serlo cuando lo que está en juego es la aplicación de las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE.

Finalmente, frente a las reticencias que expresa la Sentencia acerca de supuestos «desembolsos económicos del erario público», no considero que sea una consideración a tener en cuenta en un proceso abstracto a la ley como es la cuestión de inconstitucionalidad, y, de hecho, no lo ha sido en otras ocasiones. Pero es que, además, es dudoso que el fallo estimatorio de la presente cuestión sea fácilmente trasladable a otros supuestos que, en la hipótesis de que se planteen, deberían ser examinados caso a caso, siendo difícil que concurren las circunstancias que aquí se dan. Obsérvese que se razona sobre dos elementos: a) la ausencia de libertad para contraer, que es lo que diferencia el supuesto de hecho de otros ya analizados por este Tribunal e impide que el caso se plantee en situaciones posteriores a la aprobación de la Ley 13/2005 y b) la finalidad de la pensión de viudedad. Es, precisamente, la conjunción de ambos lo que

determina la conclusión que se alcanza, lo que, de por sí, dificulta la extensión de este fallo a otras instituciones y ámbitos. En todo caso, para combatir dicho efecto, se hubiera podido proceder a la modulación de los efectos del fallo, preservando la cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes de manera que la declaración de inconstitucionalidad sólo hubiera sido eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no hubiera recaído una resolución firme.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, diez de junio de dos mil catorce.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.