

LA INTERDICCION CONSTITUCIONAL DE LA DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Por MANUEL AZNAR LOPEZ

Sumario: OBSERVACION PRELIMINAR.-1. TODOS SOMOS IGUALES: 1.1 La interdicción de la discriminación por razón de sexo en la Constitución. La doctrina del Tribunal Constitucional.-1.2 Por las sendas de la legislación de Seguridad Social.-1.3 Hacia Bruselas.-2 ... PERO ALGUNOS SOMOS MÁS IGUALES QUE OTROS: 2.1 Las discriminaciones subterráneas.-2.2 La reforma que llega.-EP'LOGO.

OBSERVACION PRELIMINAR

Este trabajo tiene como antecedente directo una conferencia pronunciada en el mes de junio de 1985 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Con posterioridad, la apresurada y compleja tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social ha aportado algunas modificaciones de importancia, señaladamente en materia de prestaciones de protección a la familia.

En la tesitura de incorporar dichas modificaciones al texto o de incluirlas en forma de Addenda, nos hemos inclinado por la primera de estas opciones, pese a que, ante la necesidad de concluir definitivamente el trabajo por los ineludibles imperativos de orden editorial, en el

momento en que estas líneas se escriben la citada Ley, si bien ha agotado su «íter parlamentario», no ha sido aún publicada en el «Boletín Oficial del Estado». La alternativa escogida permite que el texto, sin perder coherencia, quede adaptado a las recientes novedades introducidas en la regulación del sistema de Seguridad Social, liberando además al lector de la enojosa tarea de verse obligado a cotejar las alteraciones derivadas de la Ley de Medidas Urgentes.

He juzgado conveniente, sin embargo, mantener prácticamente en su integridad las consideraciones que se efectuaban acerca de la reforma de la Seguridad Social. La razón estriba en que la Ley de Medidas Urgentes, por su carácter parcial, no afecta a las aseveraciones que se realizaban en torno al marco general de la reforma que se contiene en el denominado «Documento Base para la Reforma de la Seguridad Social» (más popularmente conocido por «Libro Naranja»). Es más, la lectura de la Ley parece confirmar determinadas impresiones, como es el punto relativo a las pensiones asistenciales. En efecto, la Ley antes citada se limita a disponer el aumento del importe de estas pensiones, pero no prevé la modificación de los requisitos establecidos hasta el momento para beneficiarse de las mismas. Por consiguiente, dado el rigor de estos requisitos, difícilmente podrá paliarse el efecto de «expulsión» del sistema a través de estas pensiones, a no ser que se proceda a la urgente modificación de las condiciones a las que está subordinada su percepción.

No parece que tal modificación vaya a producirse de inmediato. Pero, en todo caso, dados los peculiares avatares que ha venido sufriendo la Ley de Medidas Urgentes, no me atrevo a descartar tal posibilidad. El enorme dinamismo de la materia, acentuado en estos momentos, hace que escribir sobre seguridad social implique un cierto riesgo de que «la fotografía salga movida». Queda, por tanto, avisado el lector por si se produjera alguna novedad en el lapso de tiempo que, de modo inevitable, ha de transcurrir entre la entrega de un original y su publicación.

Por lo demás, la reforma de la seguridad social es asunto que, después de la Ley de Medidas Urgentes, requerirá aún mucha dedicación y sobre el que habrá, sin duda, oportunidad de escribir largo y tendido.

1. Todos somos iguales

1.1 LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONSTITUCIÓN. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Salvo en contados países (1), no es frecuente que los textos constitucionales proclamen específicamente la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en materia de seguridad social. Dicha igualdad habrá de derivarse, en consecuencia, de la proyección del principio general de la interdicción de la discriminación por razón de sexo sobre cada concreto campo jurídico. Así sucede en el caso español.

La Constitución de 1978 proclama la igualdad como «valor superior» del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y recoge el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo expresamente la prevalencia de toda discriminación por razón de sexo (art. 14). Ahora bien, no para el texto constitucional en el reconocimiento del sentido «formal» de este principio, en sus dos vertientes de igualdad «ante la ley» y «en la ley», sino que extiende el mismo a la noción de igualdad «sustancial», al atribuir a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la misma sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2).

Es, por tanto, en la consideración conjunta de los artículos 1.1, 9.2 y 14 del texto constitucional donde cobra su verdadera dimensión el principio de igualdad.

Admitida, con un alcance compensatorio (2), la diferencia de tratamiento cuando ésta venga impuesta por situaciones desiguales, se abre así paso a la existencia de «discriminaciones positivas» que, con la finalidad de compensar una desigualdad fáctica, lejos de conculcar el principio de igualdad, devuelven a éste su cabal sentido.

En esta dirección se pronuncia la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, si bien

(1) Albania: «... La mujer goza de iguales derechos que el hombre en... la seguridad social...» (art. 46 de la Constitución de 29 de diciembre de 1976); Polonia: «La igualdad de derechos de la mujer se hará efectiva mediante: 1) el mismo derecho que el hombre en cuanto ...a la seguridad social...» (art. 78.2 de la Constitución de 22 de julio de 1952) (V. M. DARANAS PELÁEZ: *Las Constituciones Europeas*, Madrid, Editora Nacional, 1979, t. I, p. 31 y t. II, p. 1512).

(2) V. L. SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 3.^a ed., Madrid, Editora Nacional, 1984, pp. 105-106.

resaltando la temporalidad de estas «discriminaciones positivas», que deberán eliminarse una vez alcanzados los objetivos igualitarios:

«La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad "de facto" entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero en ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato» (art. 4.º).

En relación a la seguridad social, esta interpretación del principio de igualdad adquiere una especial relevancia. Si el Estado social de derecho se fundamenta en el principio de igualdad «sustancial» (3), exigiendo la puesta en práctica de una política de bienestar, la seguridad social se constituye en uno de los elementos básicos para la promoción de una igualdad efectiva, como ha hecho notar la doctrina italiana al comentar el artículo 3.º de la Constitución transalpina, de notoria semejanza con el artículo 9.2 de nuestra Constitución (4).

Junto a los preceptos constitucionales habrán de tenerse en cuenta las exigencias derivadas de las previsiones contenidas en los artículos 10.2 y 96 del texto constitucional, y que, en materia de seguridad social, se concretan en la ya citada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983.

Conforme a esta Convención, nuestro país viene obligado a asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para el trabajo, así como el derecho a vacaciones pagadas [art. 11.1.e)].
- El derecho a prestaciones familiares (art. 13).

Para ello, resulta necesario «adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar Leyes, Regla-

(3) P. LUCAS VERDÚ: *Voz «Igualdad»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XI, Barcelona, Seix, 1979, página 296.

(4) V. P. BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho constitucional*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 680.

mentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer» (art. 2.º).

La construcción de la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al principio de igualdad ha tenido como soporte, en diversas ocasiones, problemas relacionados, de modo directo o indirecto, con la seguridad social. Al analizar la posible inconstitucionalidad de la «jubilación forzosa», como consecuencia del establecimiento de una edad máxima de permanencia en el trabajo, el Tribunal Constitucional sienta los criterios de *objetividad* y *razonabilidad* como parámetros para medir la compatibilidad de un tratamiento desigual con el artículo 14 del texto constitucional (5):

«... ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica...; la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (sentencia de 2 de julio de 1981) (6).

Más adelante, al examinar una cuestión relativa a la legislación de Clases Pasivas, el Tribunal tiene la ocasión de relacionar el principio de igualdad del artículo 14 del texto constitucional con los artículos 1 y 9.2, contemplando, por tanto, en su conjunto el alcance de dicho principio:

«... el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye, además, a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la

(5) Sobre la «razonabilidad» y, en general, el principio de igualdad, ver J. JIMÉNEZ CAMPO: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, 1983, pp. 71-114.

(6) Acerca de esta sentencia, V. E. TAGLIAVIA LÓPEZ: «La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 8, 1981, pp. 513-519 y núm. 9, pp. 677-686; J. L. TORTUERO PLAZA: «La jubilación forzosa del trabajador», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 375-402.

igualdad sea real y efectiva (art. 9.2). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable» (sentencia de 10 de noviembre de 1981).

En las sentencias de 5 de mayo de 1982, 26 de julio de 1983 y 12 de noviembre de 1984, el Tribunal Constitucional ha analizado el principio de igualdad en relación a diversas modificaciones operadas por la sucesiva normativa en materia de seguridad social.

Es, sin embargo, en la sentencia de 22 de noviembre de 1983 en la que se examina –y se declara– la inconstitucionalidad del artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social (7), donde el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de ocuparse específicamente de la discriminación por razón de sexo en la legislación de seguridad social.

Rechaza el Tribunal la tesis que basa la existencia de una situación discriminatoria en el hecho de la existencia de una cotización igual para ambos sexos, que debe dar lugar, consecuentemente, a la igualdad en la acción protectora (8). En efecto:

«La existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones. Es cierto que nuestro sistema de seguridad social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales, que son el antecedente de la actual seguridad social. Sin embargo, la relación automática entre cuota y prestación no es necesaria. Desde el momento en que la seguridad social se convierte en una función del Estado, la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas» (fundamento jurídico tercero).

Esta argumentación, que ya había sido avanzada en el ámbito doctrinal (9), se sitúa en la dirección de la teoría escisionista, en el

(7) Seguida de la sentencia de 23 de noviembre de 1983, que pronuncia en idénticos términos.

(8) Han mantenido esta tesis, E. FUENTES QUINTANA, J. BAREA TEJEIRO, B. GONZALO GONZÁLEZ y A. GARCÍA DE BLAS: «Estrategia para el tratamiento de los problemas de la Seguridad Social española», en *Papeles de Economía Española* núms. 12-13, 1982, p. 56; T. PÉREZ DEL RÍO: «El principio de igualdad en la seguridad social: no discriminación por razón de sexo», en *Revista de Trabajo*, núm. 71, 1983, p. 55.

(9) «El argumento de las cotizaciones pagadas (la no disminución de fracción alguna de la cuota a satisfacer por los trabajadores) no parece sustentarse sobre bases sólidas. Las pensiones... no representan (y más en los sistemas financieros de reparto, como es el caso del sistema español) la restitución de las

sentido de superar la nota de sinalagmaticidad, haciendo especial hincapié en la inexistencia de una equivalencia entre cuota y prestación. El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional tiene una fundamental importancia como parámetro para juzgar si existe o no una violación del principio de igualdad.

En efecto, cuando en una prestación de seguridad social se da la relación sujeto causante-beneficiario, la posible existencia de una situación discriminatoria puede contemplarse desde una doble perspectiva: Desde el cotizante o desde el receptor de la prestación. Desechado el primer enfoque, al no considerar como criterio válido el principio «a igual cotización, igual prestación», la posible desigualdad ha de juzgarse desde la perspectiva del beneficiario.

Sentado lo anterior, se reitera en la sentencia que:

«cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional —y sea por ende arbitraria— por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador» (fundamento jurídico quinto).

La premisa en que se apoya la fundamentación es, por tanto, la igualdad de supuestos de hecho, que exige la correlativa igualdad en cuanto a las consecuencias jurídicas.

Volveremos más adelante a referirnos a esta sentencia. Por el momento, parece que existen suficientes datos como para responder a una pregunta: A tenor del criterio sustentado por el Tribunal Constitucional, ¿quién es el discriminado, el hombre o la mujer? Para hallar una solución, hay que diferenciar dos situaciones.

En relación a la pensión de viudedad, la argumentación del Tribunal Constitucional parece llevar obligadamente a la conclusión de que el discriminado era el varón. En efecto, desde la posición de cotizantes,

cotizaciones percibidas y capitalizadas durante una vida de aseguramiento, como erróneamente tiende a pensarse con frecuencia, sino más bien la solidaridad de los trabajadores cotizantes con respecto a quienes las perciben. Por tanto, el deterioro progresivo en los modernos sistemas de seguridad social de la idea de sinalagma (más próximo a las fórmulas del Seguro Privado individual y, por trasposición, de los derogados seguros sociales) muestra la debilidad de esta línea argumental» (J. IGNACIO TEJERINA ALONSO: «La protección de la mujer en la seguridad social española: Especial referencia a la Tercera Edad», en *Boletín de Estudios y Documentación de Servicios Sociales* núms. 11-12, 1982, p. 19.

existe igualdad entre ambos sexos, que, sin embargo, no se traducía, en el momento de causar el derecho, en una situación igual, ya que los requisitos para que la mujer trabajadora pudiera causar derecho a la pensión en favor de su viudo eran más exigentes que en el caso inverso. Al ser irrelevante esta circunstancia, según la tesis sustentada por el Tribunal Constitucional, la inevitable consecuencia era constatar que, desde el punto de vista de la condición de beneficiarios, el varón se encontraba en peor situación que la mujer, lo que llevaba directamente a la declaración de inconstitucionalidad.

No ocurría así, por el contrario, en la asignación de protección a la familia por cónyuge, desde el momento en que, en esta prestación, la persona «a cargo» y no el cotizante era quien asumía la posición de sujeto causante. Al coincidir la condición de cotizante y de beneficiario en una misma persona, la consecuencia es que aquí, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la que se encontraba en peor situación era la mujer, ya que, para que tuviera derecho a la prestación, su marido había de reunir unos requisitos más exigentes que en el caso inverso.

Desde esta inicial aproximación, podemos aventurarnos por las sendas de la legislación de seguridad social, haciendo la previa advertencia de que nos limitaremos al examen de las normas del Régimen General.

1.2 POR LAS SENDAS DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

a) *Asistencia sanitaria*

Salvo en un aspecto concreto, al que más adelante aludiremos, las normas sobre reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pueden estimarse ajustadas a las consecuencias derivadas del artículo 14 de la Constitución, ya que resulta inconcuso que la regulación específica de la asistencia sanitaria por maternidad sólo puede afectar al sexo femenino.

Basado el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en la paridad de derechos de ambos cónyuges, los problemas se han planteado, no obstante, en la práctica administrativa, al haberse venido exigiendo a la mujer trabajadora, titular del derecho, una prueba documental más amplia para incluir a su esposo en la cartilla, como beneficiario, que la requerida en el caso inverso.

A esta situación pretendió poner coto la Circular 30/1983, de 8 de junio, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuyo propósito declarado consistía en garantizar la completa adecuación de esta materia al artículo 14 de la Constitución.

Con la publicación del Oficio-Circular 48/1984, de 11 de mayo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la cuestión puede estimarse satisfactoriamente solventada, al quedar claramente determinado que debe exigirse la misma prueba documental para el varón y para la mujer, especificándose cuál ha de ser la misma (10). No obstante, se prevé que, cuando existan dudas razonables sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la condición de beneficiario de uno u otro cónyuge, se podrá solicitar cuanta documentación se estime oportuna, lo que podría abrir un portillo para que, de hecho, se siga exigiendo una prueba documental adicional en el caso de inclusión de los varones en la cartilla de asistencia sanitaria de las mujeres trabajadoras, si bien el propio Oficio-Circular se cuida de señalar que en la exigencia de la aportación de documentos adicionales no podrá existir discriminación por razón de sexo.

Subsiste, sin embargo, en la regulación de la asistencia sanitaria, un supuesto que puede considerarse discriminatorio por razón de sexo, derivado de lo previsto en el artículo 100.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, que prevé el mantenimiento de la condición de beneficiaria de la esposa, en caso de separación de hecho (11).

Esta norma discriminatoria fue introducida por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social, ya que el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, preveía el mantenimiento de la condición de beneficiario en los casos de separación, reconociendo dicha condición al «cónyuge», sin alusión alguna al sexo, si bien subordinando el derecho a que no fuera declarado judicialmente culpable (12).

(10) Libro de familia y declaración de que el cónyuge e hijos, en su caso, reúnen los requisitos reglamentariamente establecidos para tener la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria.

(11) «Serán beneficiarios de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral: ... c) los familiares o asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores y, en caso de separación de hecho, las esposas e hijos de dichas personas, siempre que unos y otros reúnan las condiciones que reglamentariamente se determinen.»

(12) «No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, en caso de separación, conservarán su condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria el cónyuge del titular del derecho, salvo que sea declarado judicialmente culpable, y los hijos que con él convivan y reúnan las demás condiciones establecidas en el presente artículo.»

La posible contradicción entre ambas disposiciones habrá de resolverse en el sentido de que, mientras el Decreto 2766/1967 se refiere a la separación judicial, la Ley General de la Seguridad Social y, a nivel reglamentario, el artículo 10 de la Orden de 31 de julio de 1972, contemplan la separación de hecho, centrándose, en consecuencia, la situación discriminatoria en este último supuesto y sin que la norma primera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, pueda significar una variación en la situación descrita, por cuanto se limita a contemplar la separación judicial, limitando sus efectos a eliminar el requisito de la culpabilidad.

b) *Incapacidad laboral transitoria*

Como es sabido, la maternidad es contingencia que da lugar a la situación de incapacidad laboral transitoria, protegida mediante la percepción del correspondiente subsidio. Ocioso sería, por obvio —al menos mientras la ciencia no nos depare cualquier futura sorpresa—, señalar que las normas protectoras de la maternidad no engendran —por utilizar una expresión *ad hoc*— ninguna discriminación por razón de sexo (13). Así lo recuerda el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (14) y lo reitera, en el ámbito de la CEE, con el fin de disipar cualquier duda inexistente, la Directiva de 19 de diciembre de 1978 (15).

No obstante, de *lege ferenda*, cabe plantearse la conveniencia de flexibilizar la regulación vigente en cuanto al período posnatal, ofreciendo a los progenitores alguna posibilidad de opción para decidir quién de ellos cesa en el trabajo y pasa a ocuparse del hijo en el hogar, o para efectuar el reparto de dicho período entre ellos, salvaguardando, en todo caso, la recuperación de la mujer que acaba de alumbrar. En este sentido, la evolución de determinadas legislaciones de seguridad social se orienta a contemplar separadamente los dos valores protegibles en la maternidad: De un lado, la salud de la madre, a la que se habría de conceder obligadamente la primera parte del período; y, de otro, los cuidados del hijo, momento en que entraría en juego el derecho

(13) T. PÉREZ DEL RÍO: «El principio de igualdad en la seguridad social...», *cit.*, p. 19; J. I. TEJERINA ALONSO: *Ob. cit.*, p. 17.

(14) «La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminación» (art. 4.2).

(15) «Le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité» (art. 4.2).

de opción (16). Ejemplos de estas prestaciones «unisexo» o «licencias parentales» son ya una realidad, especialmente en los países nórdicos (17).

La Resolución del Consejo de las CC. EE. de 12 de julio de 1982 constata la existencia de una tendencia a la concesión de permisos a los hombres y mujeres para la educación de los hijos en el periodo inmediatamente posterior a la baja por parto, así como permisos en caso de enfermedad de los hijos o de algún miembro de la familia, instando, en consecuencia, a los Estados miembros a examinar la conveniencia de aplicar los mismos y encomendando a la Comisión la preparación de un instrumento jurídico comunitario para promover las «licencias parentales».

Por el momento, la legislación española, al ponderar ambos valores protegibles, parece decantarse por la primacía del primero —la salud de la madre— sobre el segundo —la atención del hijo—. Concepción, de otra parte, de antiguo arraigo, si se juzga por los antecedentes doctrinales, en donde se llega a considerar la maternidad como una enfermedad (18). La inexistencia de un «período de descanso» subsidiado en los casos de adopción, que contrasta con lo que ocurre en otros países, puede ser una demostración palpable de la óptica sanitaria que subyace en la regulación de la maternidad en nuestro derecho de Seguridad Social (19).

(16) V. F. MARZIALE: «Algunas ideas para una reforma de la seguridad social», en *La Reforma de la Seguridad Social en Europa*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, páginas 42-43.

(17) Como en Suecia, a partir de 1976 (V. L. JOSEFSSON: «Las reformas de la seguridad social en Suecia, 1965-78», en *La Reforma de la Seguridad Social en Europa*, cit., pp. 306-307).

(18) La Ponencia sobre el tema 11 («sobre beneficiarios del Seguro de maternidad, beneficios y quiénes deberán pagarlos») de la Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad, celebrada en Barcelona en el mes de noviembre de 1922, afirmaba tajantemente en su conclusión segunda: «La maternidad es considerada como una enfermedad.» Tras la intervención de una participante en la Conferencia para señalar que «la maternidad, jamás, en concepto científico, se ha considerado como una enfermedad», la citada conclusión quedó modificada en la siguiente forma: «La maternidad es considerada como una enfermedad, exclusivamente para los efectos del seguro, pero en ningún otro concepto, ya que debe fomentarse.» (Véase *Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Invalidez y Maternidad. Ponencias. Actas. Conclusiones*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1925, pp. 141, 300 y 367). A finales de la década de los años cuarenta, un conocido tratadista insistía inequívocamente en que «en algunos Estados se ha considerado la maternidad con independencia del resto de las enfermedades» (C. GONZÁLEZ POSADA: «Los seguros sociales obligatorios en España», 3.ª ed., Madrid, *Revista de Derecho Privado*, s/f., p. 311).

(19) El denominado «Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES)» (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985), propone (p. 178) la implantación de un periodo de descanso subsidiado en los casos de adopción plena de un menor de cinco años, en cuya regulación se respetaría el principio de no discriminación por razón de sexo. Sobre la legislación europea en esta materia, V. C. PAOLI: «Los trabajadores y la maternidad: Algunos ejemplos de Europa Occidental», en *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 101, núm. 1, 1982, p. 45.

c) *Invalidez*

En el marco de la regulación de la invalidez, la desigualdad de trato tiene un reflejo en las normas reguladoras de las lesiones que precisamente no constituyen una situación de invalidez. Los regocijantes criterios en los que se inspira el baremo de indemnizaciones de lesiones permanentes no invalidantes, que en su día dieron lugar a jocosos comentarios por parte de los medios de comunicación social (20), contienen sorprendentes disparidades en la valoración económica de la pérdida de distintos órganos, según sea el sexo del lesionado.

Así, la pérdida de la nariz se indemniza con 112.000 pesetas, tratándose de mujeres, mientras que la nariz del varón queda sensiblemente devaluada, al estar valorada en 54.000 pesetas (21). Dan lugar asimismo a valoraciones distintas las deformaciones en el rostro y las lesiones del aparato genital. Por el contrario, hombre y mujer parecen ser iguales, según el baremo, en cuanto a sus miembros superiores e inferiores.

Estas diferencias en la tasación de los distintos órganos se han tenido en alguna ocasión, por «razonables y muy justificadas», alegándose además consideraciones de orden social para entender más dañosa en el caso de la mujer una deformación facial que en el caso del varón (22). Más certera es, sin embargo, la posición que denuncia estas disparidades en las valoraciones como sorprendentes y extravagantes, de modo que, al no existir la imprescindible objetividad y razonabilidad, las mismas responden a criterios eminentemente discriminatorios (23), no pudiendo ofrecer los datos sociológicos, por sí mismos, un fundamento suficiente en que apoyar estas diferencias valorativas, como tampoco, por su subjetividad y relatividad, parece que un criterio estético, basado en la belleza femenina y la correlativa fealdad masculina –y no será precisamente yo quien discuta esto– pueda otorgar una base sólida para un tratamiento diferenciado.

De esta misma opinión es la doctrina belga, al considerar que suponía una discriminación –calificada como «menor», pero, al fin y al

(20) V. L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE: «Manual de Seguridad Social», 2.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 1979, p. 519.

(21) *En el baremo incluido como anexo del Reglamento del texto refundido de accidentes de trabajo de 1956, la desigual valoración alcanzaba también a la pérdida de las orejas.*

(22) G. HIGUERA: «Discriminación femenina en la Seguridad Social», en *Revista de Fomento Social*, núm. 118, 1975, pp. 154-156.

(23) T. PÉREZ DEL RÍO: «El principio de igualdad en la Seguridad Social...», *cit.*, p. 51.

cabo, discriminación—el hecho de que el Seguro de Enfermedad-Invalidez otorgara a la mujer el derecho a una peluca, sin prever el correlativo derecho del hombre a disimular su calvicie (24).

Resulta, no obstante, difícil de compartir la opinión que considera «más adaptado al principio de igualdad un tratamiento diferenciado cuando, por razón de la profesión, el aspecto externo del trabajador adquiriese especial relieve o importancia (por ejemplo, una azafata, comerciante o relaciones públicas)» (25), desde el momento en que la concurrencia de lesiones con influencia en dicho aspecto debería dar lugar lógicamente, en el caso de determinadas profesiones que exigen una constante relación social y en las que la estética juegue un papel relevante, a situaciones invalidantes, sea parcial o totalmente, para el trabajo habitual (26). No puede olvidarse, en este sentido, que el baremo indemniza precisamente la pura pérdida anatómica o funcional, quedando desvinculado, según la propia construcción legal, de toda repercusión sobre la capacidad laboral del lesionado.

d) *Recuperación*

El artículo 148, 1, de la Ley General de la Seguridad Social, al determinar los factores que han de tomarse en consideración para fijar el plan o programa individual de recuperación, incluye entre los mismos el sexo (27).

Por enojosa que sea la referencia sexual contenida en el precepto, y por oportuna que fuera su supresión, es cuando menos harto dudoso que la misma pueda significar por sí misma una violación del principio de igualdad, por cuanto no parece que deba atribuirse a la norma otro significado que el de ponderar el factor sexual como un elemento más a sopesar para determinar el contenido del programa de recuperación, sin que ello alcance necesariamente una relevancia en el plano jurídico, susceptible de generar de modo indefectible una discriminación contra-

(24) V. A. DELPEREE: «Le travail féminin et la sécurité sociale», en *Revue Belge de Sécurité Sociale*, número 9, 1975, p. 911.

(25) T. PÉREZ DEL RÍO: «El principio de igualdad en la Seguridad Social...», *cit.*, p. 51.

(26) En este sentido, M. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 8.^a ed., Madrid, Civitas, 1982, p. 72.

(27) «Sin perjuicio de la iniciación inmediata de los procesos de recuperación a que se refieren los artículos anteriores, se fijará para cada beneficiario el plan o programa de recuperación procedente atendiendo a sus aptitudes y facultades residuales o que se prevean como tales, edad, sexo y residencia familiar, así como en el supuesto de inválidos permanentes recuperables, a las características de su antigua ocupación y a sus deseos razonables de promoción social, dentro siempre de las exigencias técnicas y profesionales derivadas de las condiciones de empleo.»

ria al artículo 14 de la Constitución, desde el momento en que carece de influencia en el derecho a la recuperación profesional, que es idéntico para ambos sexos.

La cuestión podría, de otro lado, conectarse con las normas protectoras de la mujer en materia de empleo, con lo que se plantearía indirectamente la compatibilidad de las mismas con el artículo 14 de la Constitución. Tal cuestión rebasa obviamente nuestro propósito (28).

e) *Jubilación*

No existe en nuestra legislación de seguridad social ninguna diferencia por razón de sexo en la regulación de la pensión de jubilación.

Esta situación contrasta con otros ordenamientos de nuestra área sociocultural, donde es frecuente la existencia de edades de jubilación distintas para el hombre y para la mujer, siendo menos elevadas para esta última. La misma directiva de la CEE sobre igualdad del trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social faculta a los Estados miembros para excluir de su campo de aplicación la fijación de la edad de jubilación.

f) *Desempleo*

De la lectura de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, no se deriva la existencia de normas discriminatorias por razón de sexo. El artículo 13, 3, al determinar lo que se entiende por «responsabilidades familiares», pone especial cuidado en indicar que como tal se considera «tener a cargo, al menos, al *cónyuge* o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive».

g) *Asistencia social*

La Orden de 1 de diciembre de 1976 contiene un claro supuesto de discriminación por razón de sexo al otorgar la condición de beneficiaria

(28) Acerca de esta cuestión, V. M. A. JIMÉNEZ BUTRAGUEÑO: «Legislación protectora e igualdad de oportunidades y de trato para las mujeres en España», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 101, número 1, 1982, pp. 87-89; T. PÉREZ DEL RÍO: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, páginas 86-90.

a la esposa del trabajador afiliado a la Seguridad Social, en los casos de separación de hecho, sin efectuar mención alguna al caso inverso (29).

h) *Servicios sociales*

Dentro de la regulación de los servicios sociales de la Seguridad Social es en la Orden de 8 de mayo de 1970, que se refiere a la aportación económica destinada a contribuir al sostenimiento de los gastos que la educación, instrucción y recuperación de los subnormales origine a los familiares que los tengan a su cargo, donde se encuentran supuestos que pueden calificarse como discriminatorios.

Estos supuestos se centran primordialmente en los beneficiarios de la aportación, al considerarse como tales a las viudas de los trabajadores, de los pensionistas, de los perceptores de prestaciones periódicas, de los trabajadores en baja por enfermedad profesional y de los emigrantes, omitiendo toda mención a los viudos.

De otro lado, y en relación al sujeto causante, entre las condiciones exigidas a los descendientes distintos de los hijos y a los hermanos, se encuentra la de que sean huérfanos de *padre* o haberse producido un abandono de familia por parte de éste.

Por último, y en lo que atañe a la determinación de la condición de beneficiario, se recoge prácticamente en sus propios términos la norma aplicable, en el supuesto de convivencia familiar, a las asignaciones de pago periódico por hijos, a la que posteriormente nos referimos. De otra parte, el problema de los supuestos de la pluralidad de posibles beneficiarios que sean distintos de los casos de convivencia familiar o de separación, se resuelven en favor de *la línea paterna sobre la materna*; dentro de la misma línea, del grado de parentesco más próximo; a igualdad de grado, *del varón respecto a la mujer*; y, dentro del mismo sexo, de la persona de más edad.

i) *Protección a la familia*

Hemos dejado para el final la referencia a las normas reguladoras de las prestaciones de protección a la familia y de las prestaciones de muerte y supervivencia, por ser donde se han encontrado tradicional-

(29) Este supuesto estaba ya recogido en el artículo 10 de la Orden de 31 de julio de 1972.

mente la mayor parte de los preceptos que suponen un tratamiento de carácter discriminatorio.

La desigualdad por razón de sexo en el tratamiento legal de las prestaciones familiares hunde sus raíces en el primer mecanismo de protección a la familia que se establece en el marco de los seguros sociales. La finalidad del Régimen de Subsídios Familiares no es otra —por acudir a una frase del Fuero del Trabajo— que la «liberación de la mujer casada del taller y de la fábrica» (30). En el mismo sentido, la lectura del preámbulo de la Ley de 18 de julio de 1938, por la que se crea el citado Régimen, es lo suficientemente ilustrativa en torno al papel exclusivo de madre que se reserva a la mujer, como para eximirnos de toda glosa:

«En cumplimiento de la anterior misión —señala el preámbulo de la citada Ley— ha de otorgarse al trabajador —sin perjuicio del salario justo y remunerador de su esfuerzo— la cantidad de bienes indispensables para que, aunque su prole sea numerosa —y así lo exige la Patria— no se rompa el equilibrio económico de su hogar y llegue a la miseria, obligando a la madre a buscar en la fábrica o taller un salario con que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándole de su función suprema e insustituible que es la de preparar sus hijos, alma y base de la Nación, en su doble aspecto espiritual y material» (31).

Ningún reproche, sino, antes bien, alabanzas, ha de merecer el reconocimiento de la importancia de la maternidad, si bien tal reconocimiento se efectúa, en ciertos países, con un léxico grandilocuente un tanto pasado de moda (32). Cuestión distinta es, empero, relegar a la mujer al exclusivo papel de madre y ama de casa, que subyace en la implantación de las prestaciones familiares, si se atiende a las siguientes palabras:

(30) En un sentido similar, la Constitución irlandesa declara: «El Estado se esforzará, por consiguiente, en garantizar que las madres no se vean obligadas por necesidades económicas a dedicarse al trabajo con descuido de sus deberes en el hogar» (art. 41.2). (V. M. DARANAS PELÁEZ: *Ob. cit.*, t. II, p. 1184.)

(31) Acerca del Régimen de Subsídios Familiares, véase R. L. ALCÁZAR CARRILLO: *La Seguridad Social y la protección a la familia en España*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1976, pp. 213-276; C. GONZÁLEZ POSADA: *Ob. cit.*, pp. 275-309; A. RULL SABATER: *La Seguridad Social en España*, t. I, Madrid, Euramérica, 1971, pp. 81-88; M. UCELAY REPOLLÉS: *Previsión y Seguros Sociales*, Madrid, Gráficas González, 1955, pp. 250-253.

(32) Así en la URSS se otorga a las madres de familia numerosa, en función del número de hijos, la «Medalla de la Maternidad» (en dos grados); la Orden de «Gloria a la Maternidad» (en tres grados), y el título de «Madre Heroína». (Véase M. ZAJAROV y R. TSIVILEV; *La Previsión social en la URSS*, Moscú, Progreso, 1978, p. 66.) El paralelismo con nuestros Premios de Natalidad es indudable, añadiéndose en el caso soviético el énfasis lingüístico.

«El derecho individual del trabajador a poder mantener la familia que constituye o el derecho social que tiene el grupo familiar a vivir y la necesidad de mantener dichos grupos como garantía de paz y prosperidad de la sociedad, así como la función trascendente de la madre en la crianza de los hijos y en su educación (33) son fundadas razones de orden social que conducen a suministrar los medios necesarios para tales fines, evitando en lo posible que la mujer abandone el hogar para buscar el sustento complementario trabajando fuera de su casa y descuidando sus ocupaciones domésticas» (34).

Pues bien, pese al drástico cambio de perspectiva operado y la creciente incorporación de la mujer al trabajo, el derecho de seguridad social parece, una vez más, ir a la zaga de los acontecimientos sociales, de modo que el fundamento de los primeros mecanismos de protección a la familia ha planeado –y pese a las modificaciones introducidas por la Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social aún planea, como veremos– sobre la regulación de estas prestaciones. Representaría sin duda un sarcasmo pensar que el irrisorio importe de las prestaciones familiares –denunciado por el Defensor del Pueblo en su primer Informe anual (35)– haya podido ser un elemento que desincentive el trabajo femenino (36), pero no es menos cierto que, pese al cambio de perspectiva operado por la Ley de Medidas Urgentes, subsisten en nuestro derecho de seguridad social discriminaciones por razón de sexo en esta materia.

En efecto, esta Ley incide de manera drástica sobre la regulación de las prestaciones familiares, de forma que, a partir de su entrada en vigor, tan sólo subsistirán las asignaciones periódicas por hijos a cargo. En consecuencia, desaparecen los siguientes supuestos discriminatorios:

(33) Refiriéndose a la legislación protectora de la mujer, criticó en su día L. FALCÓN O'NEILL el argumento basado en la obra educacional, calificándole como pueril, ya que «no cabe la menor duda de la labor educacional de la mujer dentro de la familia, pero habrá de estimarla igual a la del hombre» (*Los derechos laborales de la mujer*, Madrid, Montecorvo, 1965, p. 76).

(34) J. J. ETALA: *Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Edier, 1966, pp. 247-248, que toma la cita de S. AZNAR.

(35) Defensor del Pueblo. Informe a las Cortes Generales, 1983, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1985, p. 87.

(36) El examen del conjunto de la acción protectora del sistema ha llevado a constatar que la esposa no está suficientemente protegida mediante la técnica de los derechos derivados por el aseguramiento de su marido, de forma que «un sistema de seguridad social como el español, supone un aliento al trabajo extradoméstico de la mujer casada» (Véase *Libro blanco de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1977, pp. 340-342).

- El derivado del artículo 167, 1, *b*), de la Ley General de la Seguridad Social, que al regular la *asignación periódica por cónyuge* exigía que el marido estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo de la esposa trabajadora, requisitos que no se contemplaban en el caso opuesto.

En relación a este supuesto, es preciso señalar que, por aplicación de normas de rango reglamentario (artículo 43, 3, del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y artículo 4.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966), la diferencia en el tratamiento legal se centraba en la incapacidad para el trabajo exigida al varón, ya que la nota de dependencia económica era común para ambos cónyuges. Pese a ello, ni siquiera la regulación de este requisito era similar para ambos sexos, ya que mientras en el caso de la esposa se entendía que existía dependencia económica si la misma realizaba trabajos por cuenta propia o ajena o percibía prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuando se trataba del marido, la condición se consideraba incumplida únicamente en el supuesto de percepción de estas prestaciones. La razón de esta disimilitud estribaba con toda probabilidad en la incapacidad para el trabajo exigida al esposo.

Al proceder a la supresión de esta prestación, la Ley de Medidas Urgentes no hace sino plasmar en el derecho positivo el criterio sustentado en el plano doctrinal, donde tanto por ser el derecho español uno de los escasos ordenamientos en que la misma se contemplaba, como por su ineficacia para cumplir cualquiera de los fines que pudieran asignársele, dada su parva cuantía, había sido repetidamente considerada la conveniencia de su supresión (37).

- El caso contemplado en el artículo 10, 3, de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que, a efectos de la *asignación de pago único por matrimonio*, consideraba en situación asimilada al alta a las mujeres trabajadoras, durante los noventa días naturales siguientes a su baja en el Régimen General, causada por haber cesado en la empresa para preparar su matrimonio. Precepto que muestra a las claras la concepción que sobre el papel de la mujer subsistía en la década de los años sesenta.

(37) Véase, a título de ejemplo, las razones que aporta el (Libro Blanco de la Seguridad Social,) cit., páginas 338-340.

Perviven, por el contrario, casos de discriminación en la regulación de la *asignación periódica por hijos*. Efectivamente, esta asignación presenta el problema de determinar a quién debe ser reconocida prestación en el caso de que ambos cónyuges reúnan las circunstancias necesarias para ostentar la condición de beneficiarios. La regulación legal no ofrece en este punto ninguna situación discriminatoria, ya que el artículo 169.2 de la Ley General de la Seguridad Social se limita a señalar que el derecho a percibir una asignación por idéntico hecho causante solamente podrá ser reconocido en favor de uno de ellos (38). Es una norma de rango reglamentario la que contiene una auténtica discriminación por razón de sexo. El artículo 6.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966 determina, en efecto, que «se considerará como beneficiario al padre, salvo que los esposos opten por que lo sea la madre, en virtud de *razones fundadas*, como trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos» (39).

Aunque sería sin duda más adecuado dejar a libre opción de los cónyuges quién ha de percibir la asignación y, en caso de desacuerdo, determinar el que haya de ostentar la condición de beneficiario, la discriminación denunciada no proviene tanto del hecho de que, salvo opción en contrario, sea el beneficiario el padre, sino de la circunstancia de que la opción deba ser ejercitada en base a razones fundadas.

En relación a la asignación periódica por hijos, encontramos asimismo otro ejemplo de desigualdad en el tratamiento legal, al otorgarse el derecho a la misma a las viudas de los trabajadores y pensionistas, mientras que a los viudos se les exigen los requisitos específicos contemplados en el artículo 167.1. b) (40).

Resulta curioso constatar que la Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social introduce inopinadamente un nuevo supuesto de discriminación por razón de sexo, al prever, en su disposición adicional tercera, la continuidad de la percepción de las asignaciones mensuales

(38) Con la excepción de la asignación de pago único por matrimonio que, conforme disponía el apartado tercero del mismo artículo, podía ser otorgada a ambos contrayentes.

(39) Considera también como discriminatoria la regulación de esta opción, J. I. GARCÍA NINET: «La protección familiar en el ámbito de la Seguridad Social», en *Revista de Seguridad Social*, número 9, 1981, p. 100.

(40) «Las viudas de las personas comprendidas en el número anterior, tengan o no la condición de pensionistas de viudedad de este Régimen General, tan sólo podrán tener derecho a la asignación fijada en el apartado a) del número 1 del artículo precedente, que percibirán mientras no contraigan nuevo matrimonio. Lo dispuesto en el presente número será de aplicación a los viudos a que se refiere el número 2 del artículo 160 de la presente Ley» (art. 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social).

por esposa, reconocidas a los pensionistas, hasta el 31 de diciembre de 1985, así como la incorporación de la cuantía de esta asignación, a partir de la citada fecha, a la correspondiente pensión. Por consiguiente, sería lícito colegir que el precepto no contempla las asignaciones que, por esposo incapacitado y a su cargo, venían percibiendo las mujeres pensionistas, lo que significaría una clara discriminación, que tan sólo obviaría una interpretación extensiva a nivel reglamentario, esclareciendo que la norma, a pesar de su defectuosa dicción, se refiere a ambos cónyuges.

La circunstancia reseñada —que me parece atribuible a una simple inadvertencia— no deja, sin embargo, de ser reveladora, pues el hecho de que, al suprimir un supuesto discriminatorio, se establece otro, puede ser la demostración palpable de cómo continúa enraizada la concepción tradicional de las prestaciones familiares, no siendo la primera vez que el subconsciente traiciona al legislador, puesto que ya el artículo 9.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966, al regular el pago de las prestaciones familiares, se refería precisamente a la «esposa», en lugar de aludir al «cónyuge».

j) Muerte y supervivencia

Quizá sea en la regulación de las prestaciones de muerte y supervivencia donde puede hallarse el mayor número de supuestos de discriminación por razón de sexo.

De entre ellos destacaba el contenido en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social en relación a la *pensión de viudedad*. En efecto, en el caso de las viudas, el derecho a la citada pensión quedaba subordinado a la concurrencia de los requisitos de convivencia habitual con el causante (o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme la hubiera reconocido como inocente) y del cumplimiento del período de cotización exigido cuando la causa del fallecimiento fuera una enfermedad común. Por el contrario, si se trataba de viudos, a los requisitos indicados se añadían los de incapacidad para el trabajo y dependencia económica respecto de la esposa fallecida.

A título de anécdota, recordemos que esta circunstancia había producido un cierto «contraste de pareceres» con motivo de la tramitación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, ya que, en el curso del debate de una enmienda dirigida a equiparar los derechos del hombre

y de la mujer en relación a la pensión de viudedad, se produjo una pugna dialéctica entre un grupo de Procuradores que, apoyándose en el antecedente de las conclusiones del Congreso del Mutualismo Laboral, reclamaban la igualdad de trato, y la Ponencia que, con la anuencia de algún que otro Procurador, se llamaba a andana. A lo largo de las argumentaciones que se esgrimieron tanto en pro, como en contra, se deslizaron algunas frases realmente antológicas. Un procurador aludió a la «dramática situación en que se podrían encontrar algunos de nuestros viudos», ya que «al dolor de la pérdida de la esposa, se añaden ciertas necesidades» (41). Otro procurador, ante la pertinaz oposición de la Ponencia, acusaba a ésta de haberse «enquistado en una viudofobia» (42). Para un tercero, «si la mujer trabaja es por necesidad» (43), opinión que no parecía compartir uno de los opositores a la aprobación de la enmienda, ya que «en España el hombre está obligado a trabajar, pero en la mujer esto es potestativo» (44). Este mismo procurador se adhería a que la mujer tuviera los mismos derechos que el varón, pero mostraba su sorpresa por la novedad de que «sea el varón quien haya de tener los mismos derechos que la mujer», y dejaba inequívoca constancia de su perecer acerca del trabajo femenino, al mostrar su preocupación por la incidencia financiera que podría ocasionar la aprobación de la enmienda, «porque las mujeres tendrán un incentivo más para trabajar» (45).

Pues bien, esta patente discriminación ha sido eliminada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983, a la que hemos aludido anteriormente. Volvamos, por tanto, sobre la sentencia.

Aplicando la doctrina sobre el principio de igualdad reiterada en numerosas sentencias anteriores, constata el Tribunal Constitucional que la situación de partida de la norma presenta una igualdad en ambos casos: Fallecimiento de un trabajador afiliado a la Seguridad Social (46) y derecho de su cónyuge a la pensión; mientras que existe diferencia

(41) *Diario de Sesiones de la Comisión de Trabajo*, correspondiente al día 24 de mayo de 1972, p. 36.

(42) *Ibid.*, pp. 34 y 35.

(43) *Ibid.*, p. 37.

(44) *Ibid.*, p. 48. Para completar la colección de las frases pronunciadas durante estos debates, véase L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE: *Ob. cit.*, pp. 558-559, en donde se recuerda, como lo hizo un procurador en el curso de las discusiones, que en el año 1963, con ocasión de la tramitación del proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social, se identificó el derecho del viudo a pensión con la «degalización del chuleo».

(45) *Ibid.*, p. 48.

(46) Sin duda por error, el texto de la sentencia alude literalmente al «fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado al régimen de la Seguridad Social», en lugar de referirse al óbito del trabajador.

notoria en el régimen jurídico según se trate de viudas o de viudos, ya que el derecho de éstos es más limitado.

De ahí se concluye que, siendo el sexo el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas contempladas en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, el precepto cuestionado:

«... supone un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste es determinante en todo caso de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo es si concurren las exigencias específicas que allí se señalan, pues sólo ellas determinan que sea idéntica la consecuencia. El trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas» (47).

Desde alguna acreditada posición doctrinal se ha criticado esta sentencia, mediante argumentos situados en la misma dirección que los dos votos particulares formulados a la misma. El primero de ellos, basado en la equivocidad de las soluciones, ya que igualmente pudo adoptarse la de exigir a las viudas los mismo requisitos más rigurosos previstos para los viudos, por lo que la sentencia debió limitarse a la declaración del efecto derogatorio operado por la Constitución y no proceder a la creación de una norma. El segundo, mediante un razonamiento sociológico que toma en consideración la desigualdad fáctica de la mujer casada, la cual vive normalmente «a cargo» del marido, por lo que resulta razonable la diferencia de tratamiento legal. Se añade que «la declaración viene a equivaler a un reconocimiento de que el hombre estaba fácticamente discriminado y había de ser elevado a un plano de igualdad con la mujer; sólo que de esta consideración de fondo se ha dicho que no pasa de ser una broma» (48).

Esta posición no parece, sin embargo, que sea unánime, ya que el Libro Blanco de la Seguridad Social afirmaba en 1977:

«Son numerosos los países en los que, como el nuestro, se exige una previa dependencia económica o la incapacidad para el trabajo, pero, sin embargo, son frecuentes igualmente los casos en que se ha

(47) Un razonamiento similar se produce en la de 23 de marzo de 1984, que resuelve el recurso de amparo 314/1983, sobre pensiones de viudedad de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL).

(48) M. ALONSO OLEA: «Discriminaciones y jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 16, 1983, pp. 609-614.

hecho observar que esta situación constituye una discriminación injustificada, particularmente cuando ambos esposos ejercen una actividad lucrativa y tienen a su cargo hijos menores. De ahí que cada vez con mayor intensidad se entiende necesaria la revisión de esta situación» (49).

Y, más recientemente, llegándose a cuestionar la misma razón de ser de la pensión de viudedad en un sistema moderno de seguridad social, basado en el derecho individual y directo a las prestaciones, y en una sociedad igualitaria en cuanto al acceso a un puesto de trabajo, se ha señalado:

«Habida cuenta de estas premisas, el problema de una reforma podría abordarse de dos maneras. En principio, otorgando la igualdad a los cónyuges, frente a la eventualidad del fallecimiento de uno de ellos y, sobre todo, cuando éste es el único apoyo de la familia, o bien aporta con su trabajo una contribución económica importante al presupuesto de la casa. Se trataría sencillamente, en suma, de sustituir en todos los textos la palabra «viuda» por las palabras «cónyuge superviviente» (50).

Y en el mismo sentido:

«A la inversa, el aumento de las oportunidades de empleo para las mujeres ha hecho que en algunos casos, relativamente poco numerosos hasta el presente, la esposa gane más que el marido o aquélla tenga un empleo y éste esté desempleado. Situaciones como ésta hacen que constituya una verdadera anomalía el hecho de que se abonen prestaciones de sobrevivientes a las viudas, pero no a los viudos, como todavía sucede en muchos países, si bien pueden hacerse excepciones cuando el viudo tiene poca o ninguna capacidad para subvenir a sus necesidades» (51).

Ha de reconocerse que la aplicación del principio de igualdad plantea problemas sumamente delicados. No obstante, pienso que el Tribunal Constitucional no podía llegar a otra solución distinta de la que adoptó finalmente. Y ello en base a dos razones fundamentales. La primera de ellas, porque apoyarse en la diferencia social existente hasta

(49) *Libro Blanco...*, cit., pp. 286-287.

(50) F. MARZIALE, *ob. cit.*, p. 52.

(51) OIT: *La Seguridad Social en el año 2000*, Ginebra, 1984, p. 44.

el momento y en el papel de la mujer como persona dependiente del varón, para considerar como razonable la disparidad de trato, es precisamente encontrar la fundamentación en una circunstancia que, por propio imperativo constitucional, ha de superarse. Como reconoce precisamente uno de los votos particulares, «hay buenas razones para sostener que esta “compensación” legislativa ayuda a perpetuar la discriminación social y que, en consecuencia, debe ser suprimida para eliminarla». No obstante, según dicho voto particular, esta supresión es una medida de política legislativa, cuya oportunidad corresponde determinarla al legislador.

Debe pensarse, sin embargo, desde el punto de vista estadístico, que si la población activa femenina fluctúa alrededor del 30 por 100 de la población activa total (52), y aunque esta cifra sea inferior a la de otros países europeos, el trabajo de la mujer, aunque sea un hecho minoritario, no es ya una circunstancia excepcional, de modo que resulta muy dudoso que razones sociológicas puedan fundamentar una diferencia de trato. La promoción de las condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva no ha de venir por el mantenimiento de la desigualdad en la regulación de las pensiones de viudedad, sino a través de otras vías (promoción del trabajo femenino, sustitución de los derechos derivados por derechos propios, etc.).

En segundo lugar, y en cuanto a la dualidad de soluciones, hay que partir de la base de que la constatación de la existencia de una posible discriminación comporta la comparación entre, al menos, dos situaciones. Constatada aquélla, y determinado quién es el «discriminado» y quién el «no discriminado», si la discriminación consiste en dar «un trato de inferioridad a una persona» (53), la solución no puede ser otra que eliminar esta situación de inferioridad. La norma inconstitucional es, por tanto, la que provoca esa situación discriminatoria, y no la que permite una situación más favorable. Ello sin perjuicio, como hace la sentencia, de la potestad de los órganos de producción legislativa para articular una regulación diferente, siempre que se respete el principio de igualdad (54).

(52) Cifras del cuarto trimestre de 1983, según los datos de la Encuesta de Población Activa.

(53) Segunda acepción del término «discriminación» en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. 20.^a ed., 1984.

(54) Lo que puede dar lugar, como ha ocurrido en Dinamarca, a que la igualdad entre las personas de ambos sexos suponga la eliminación del derecho incondicional a la pensión. [Véase A. BERENSTEIN: «Las estructuras de la Seguridad Social», en *La reforma de la Seguridad Social en Europa (II)*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, p. 233.]

No es otra la conclusión a la que había llegado ya el Tribunal Constitucional en una sentencia anterior, en la que se planteaba precisamente la disyuntiva de elegir una de las dos posibles soluciones:

«... surge un segundo problema, que es el mecanismo que se ha de utilizar para restablecer la igualdad, pues, como ya expusimos más arriba, puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance. 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 los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realice idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores» (sentencia de 21 de diciembre de 1982).

En suma, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de noviembre de 1983, rechaza expresamente la suficiencia de la fundamentación sociológica e histórica de la presunción *iuris tantum* de la necesidad de la mujer viuda, considerándola contraria, por referencia a los requisitos exigidos al varón, al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

Consiguientemente, según esta doctrina, no resulta procedente acudir a datos sociológicos para considerar como razonable y justificada la desigualdad de trato en relación a una determinada prestación (55). El parámetro para la comparación no será, por tanto, la situación respectiva de hombres y mujeres, enfocada desde una perspectiva global, sino su posición legal concreta respecto a los requisitos que son necesarios para beneficiarse de una prestación. De modo que, a igual

(55) Véase M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «Discriminación y crisis económica», en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, Universidad Complutense, 1984, p. 80.

supuesto de hecho, las consecuencias jurídicas han de ser las mismas (56).

Por su similitud con el supuesto contemplado en esta sentencia, cabe referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1975. La cuestión de la igualdad entre el hombre y la mujer era, al parecer, problema debatido ya en la década de los años cincuenta en Alemania Federal (57). Lo cierto es que en 1975 todavía se exigía al viudo, para tener derecho a la pensión, que en el momento de fallecer la esposa ésta hubiera sido el principal sostén económico de la familia. Planteada en dicho año la compatibilidad de la diferencia de tratamiento legal con el principio de igualdad garantizado por el artículo 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la legislación aplicable establecía para las viudas un trato preferente que ya no era posible justificar, puesto que, al ser creciente el número de mujeres casadas que ejercían un empleo, cada vez eran más las mujeres que, además de su propia pensión, percibían la de viudedad, mientras que los hombres se beneficiaban de esta última en supuestos muy excepcionales. En base a ello, el Tribunal adoptó la decisión salomónica de considerar que la diferencia de trato era aún aceptable constitucionalmente, pero, a la vez, exigió al legislador que al término del año 1984 adoptase las oportunas modificaciones en consonancia con el principio de igualdad. Ello llevó al estudio de diversas fórmulas en las que no sólo se contemplaba la reforma de la pensión de viudedad, sino, más globalmente, la situación de los cónyuges ante el sistema de pensiones, puesto que se constató que el reconocimiento incondicional a los viudos de una pensión de viudedad, sumada a la adquirida por derecho propio, aumentaría la discrepancia existente entre las posiciones respectivas del hombre y de la mujer en cuanto a las pensiones que perciben, originada por factores tales como el menor período de cotización de esta última, al haber tenido que asumir durante una parte de su vida responsabilidades familiares y las discriminaciones salariales existentes hasta 1955 (58).

(56) Véase M. ALONSO OLEA: «El modelo constitucional de relaciones de trabajo y las decisiones del Tribunal Constitucional», en *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, cit., p. 21.

(57) Véase H. ACHINGER, J. HOFFNER, H. MUTHESIUS y L. NEUNDORFER; *Los Seguros Sociales*, Madrid, Rialp, 1956, pp. 355-358.

(58) Véase FUCHS: «Reforma del régimen de seguridad social aplicable a la mujer y a los sobrevivientes en la República Federal de Alemania», en *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 101, núm. 4, 1982, pp. 485-496; D. POSKE: «La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel fédéral tendant à assimiler le mari et la femme dans la législation sur l'assurance-pensions (RFA)», en *Revue Internationale de Sécurité Sociale* número 2, 1981, pp. 191-199.

El precedente alemán puede ser sumamente ilustrativo a la hora de abordar la inevitable modificación de la pensión de viudedad en nuestro Derecho.

También presentan un indudable interés, por alinearse con la línea argumental esgrimida por nuestro Tribunal Constitucional, diversas sentencias dictadas por su homólogo italiano en el año 1980, en las que se señala que a lo que ha de atenderse es al hecho de que la situación se presente con características idénticas, sea cual fuere el sexo del trabajador, para, apoyándose en la irrelevancia jurídica de una realidad social que, por otro lado, ha sufrido profundas transformaciones dada la creciente extensión del trabajo de la mujer, considerar que la exigencia de la incapacidad del esposo para acceder a la pensión de viudedad responde una concepción opuesta nítidamente al principio de paridad de los cónyuges (59).

La disparidad de la regulación legal de la pensión de viudedad no acaba ahí. El artículo 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, al determinar la compatibilidad de dicha pensión con cualquier renta de trabajo o con las pensiones de vejez o invalidez, se refiere de modo exclusivo a la viuda (60).

Por lo que respecta a la compatibilidad de la pensión con las rentas de trabajo, y haciendo abstracción de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983, habría de plantearse *ad initio* la posible ilegalidad del precepto, por violación del principio de jerarquía normativa, desde el momento en que el artículo 166.1 de la Ley General de la Seguridad Social no contiene ninguna diferencia entre ambos sexos, ya que se limita a declarar genéricamente la citada compatibilidad (61). La razón de la referencia exclusiva al sexo femenino en el artículo 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967 estriba con seguridad en la exigencia de la incapacidad para el trabajo para que el varón tuviese derecho a la pensión. Sin embargo, desde el momento en que el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social (62)

(59) V. T. PÉREZ DEL RÍO: *El principio de igualdad en la Seguridad Social...* cit., pp. 16-17. También en Austria se ha producido la declaración de inconstitucionalidad de las normas de seguridad social que implicaban un tratamiento desigual por razón de sexo, de forma que, a partir de julio de 1981, las pensiones de viudedad se otorgarán en igualdad de condiciones, si bien la equiparación en la cuantía no se producirá hasta 1989 (véase *Documento base para la reforma...* cit., pp. 109-110).

(60) «La pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que *la misma* pueda tener derecho.»

(61) «La pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo.»

(62) «Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.»

dispone, por muy elíptica que sea su redacción y por arduas que sean las dificultades interpretativas, la compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con las rentas de trabajo (63), no se alcanza a entender la razón por la que las pensiones de viudedad hayan de seguir un régimen distinto.

Sea como fuere, y después de la sentencia de 22 de noviembre de 1983, la diferenciación en este punto debe considerarse como desprovista de todo fundamento.

En cuanto a la compatibilidad de la percepción de las pensiones de viudedad con las de jubilación o invalidez, la razón de la diferencia podría estribar en el requisito específico de que el varón debía estar sostenido económicamente por la trabajadora fallecida. La sentencia de 22 de noviembre de 1983 priva de cualquier virtualidad a esta diferencia de trato, debiéndose señalar que el origen de la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve dicha sentencia consiste precisamente en la denegación de la pensión de viudedad, en base a que el solicitante tenía medios de subsistencia, por ser pensionista de invalidez.

Tampoco ofrece una razón válida la referencia textual a «la beneficiaria», al reconocer el derecho a la indemnización a tanto alzado en el caso de extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso (64).

La doctrina contenida en la tan repetida sentencia debe entenderse asimismo plenamente aplicable a los requisitos exigidos a los viudos por el artículo 163.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que precisamente se remite a los contenidos en el artículo 160.2 de dicha Ley, para tener derecho a *la indemnización especial a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional* (65).

Para completar el panorama de las prestaciones por muerte y supervivencia es preciso aludir a las siguientes disparidades en la regulación legal de dichas prestaciones:

(63) Este es el criterio seguido por las resoluciones de las extinguidas Direcciones Generales de Previsión y de la Seguridad Social de 22 de mayo de 1969 y de 16 de marzo de 1973.

(64) Artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967: «La pensión de viudedad se extinguirá por las siguientes causas: a) Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En ambos casos, siempre que el cambio de estado tenga lugar antes de cumplir la *beneficiaria* los sesenta años de edad, tendrá derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo.»

(65) «En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, las viudas, huérfanos o los viudos que se encuentren en las condiciones señaladas en el número 2 del artículo 160, tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley.»

- La mención exclusiva a la viuda, al regular el artículo 159 de la Ley General de la Seguridad Social la presunción *ius tantum* de quienes han satisfecho los gastos del sepelio del trabajador causante, en orden a su derecho al *auxilio por defunción* (66).
- El derecho a *pensión* o, en su caso, *subsidio temporal*, que queda reservado a *las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez*, excluyéndose, en consecuencia, a los varones (art. 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 5.º del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, y los arts. 42 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967) (67).
- Las diferencias en la regulación de los requisitos exigidos, de una parte, a las madres y abuelas (68), y de otra, a los padres y abuelos (69), para tener derecho a *la pensión en favor de familiares* (arts. 40 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967).

Consideramos que todos estos supuestos representan discriminaciones por razón de sexo contrarias al artículo 14 de la Constitución.

1.3 Hacia Bruselas

El ingreso de nuestro país en las Comunidades Europeas plantea el problema de la adaptación de nuestro derecho de seguridad social a la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la puesta en práctica progresiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (70).

(66) «El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: *por la viuda*, los hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente.»

(67) Artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social: «En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a *las hijas o hermanas* de los pensionistas de jubilación o invalidez en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias: haber convivido con el causante y a su cargo, ser mayores de cuarenta y cinco años, solteras o viudas, acreditar dedicación prolongada al servicio del causante y carecer de medios propios de vida.»

(68) Ser viudas, casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo, o solteras.

(69) Que tengan cumplidos sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo.

(70) Sobre esta directiva, véase J. CORTEZO: «La no discriminación laboral por el sexo en la Comunidad Económica Europea», en *Revista de Trabajo* núm. 70, 1983, pp. 36-37; A. LAURENT: «Derecho comunitario europeo e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 101, núm. 4, 1982, pp. 471-496; A. LAURENT: «Une directive pour les années quatre-vingt. La Directive communautaire relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale», en *Droit Social* número 6, 1979, pp. 243-247. Acerca de los posibles efectos de la Directiva sobre el derecho español de Seguridad Social, véase J. I. TEJERINA ALONSO y P. DE LA PEÑA ROSINO: «Instrumentos de armonización de las

Entiende la Directiva que la igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación fundada en el sexo, sea en forma directa o en forma indirecta, por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar.

La prohibición de discriminación se extiende, en particular, al campo de aplicación y a las condiciones de acceso a los regímenes, a la obligación de cotizar y al cálculo de las cotizaciones, así como al cálculo de las prestaciones y a las condiciones de duración y conservación del derecho a las mismas.

La obligación que dimana de la directiva consiste en la adopción de las medidas necesarias para suprimir las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, así como en la garantía de que toda persona que se considere lesionada por la inaplicación de dicho principio pueda hacer valer sus derechos en vía jurisdiccional. Para ello se otorga a los Estados un plazo de seis años (71).

En cuanto al ámbito objetivo de la directiva, esta se aplica a los regímenes legales de enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo y enfermedad profesional y desempleo, así como a las prestaciones de asistencia social en la medida en que se dirijan a completar o sustituir los regímenes citados. Como antes hemos indicado, se especifica que las medidas de protección a la mujer en razón de la maternidad no suponen una violación del principio de igualdad de trato.

Desde el punto de vista subjetivo, la directiva se aplica a la población activa, comprendidos los trabajadores autónomos, a los trabajadores cuya actividad quede interrumpida a consecuencia de enfermedad, accidente o paro involuntario, a los demandantes de primer empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos.

No obstante, las repercusiones de la directiva son limitadas, por cuanto quedan excluidas de su aplicación las prestaciones de supervivencia y las prestaciones familiares, excepto, en este último caso, cuando se trate de mejoras de las prestaciones comprendidas en los riesgos incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la directiva.

Comunidades Europeas y sus repercusiones en la Seguridad Social española», en *La Seguridad Social española y su adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*. Madrid, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1981, pp. 61-74.

(71) Este plazo, excesivamente dilatado, fue fijado a solicitud de los Países Bajos, el Reino Unido y la República de Irlanda (véase A. LAURENT: *Une directive...*, cit., p. 245; A. LAURENT: *Derecho comunitario europeo...*, cit., p. 478. La propuesta de la Comisión fijaba el plazo en dos años.

La notable prudencia de la directiva y su consideración como paso inicial para abordar posteriormente una acción más decidida en este campo explica que, indulgentemente, se otorgue a los Estados la facultad de excluir de su campo de aplicación determinadas medidas tales como la fijación de la edad de jubilación, las ventajas sociales concedidas con motivo de la educación de los hijos, el reconocimiento del derecho a prestaciones de vejez o invalidez como derechos derivados de la esposa, la atribución de mejoras por esposa a cargo en las prestaciones a largo término en materia de invalidez, vejez, accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc. Ahora bien, los Estados que hagan uso de esta facultad, han de proceder periódicamente a su examen, con el objeto de verificar si sigue estando justificada la exclusión, teniendo en cuenta la evolución social. Asimismo deben informar a la Comisión acerca de las razones que justifiquen el eventual mantenimiento de las normas existentes en las materias mencionadas y las posibilidades de su ulterior revisión.

En un informe presentado al Parlamento Europeo en el año 1984 se indicaba que la aplicación de la directiva no parecía plantear graves problemas en algunos países (Alemania Federal, Dinamarca, Italia y Francia), mientras que en otros Estados se deberían adoptar modificaciones importantes para respetar los principios contenidos en el instrumento comunitario. El informe llegaba incluso a constatar regresiones, en ciertos países, en relación al principio de igualdad de trato (72).

¿Se ajusta el derecho español de seguridad social a las exigencias dimanadas de la directiva de 19 de diciembre de 1978? Una primera contestación a esta pregunta pudiera consistir en señalar que no existe en el derecho español de seguridad ninguna norma discriminatoria por razón de sexo, ya que, al ser de aplicación directa e inmediata el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, toda disposición preconstitucional contraria a dicho principio ha quedado derogada por efecto de la disposición correspondiente del texto constitucional (73). La consecuencia sería que el derecho español no sólo se ajustaría a la directiva de la CEE, sino que la superaría cumplidamente.

(72) Véase *La situación de la femme en Europe*. Parlement Européen, 1984, p. 47.

(73) Sobre el alcance de la disposición derogatoria de la Constitución, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1981, pp. 136-141. En la jurisprudencia constitucional, las sentencias de 8 de abril de 1981 y de 21 de julio de 1983.

La respuesta no es, sin embargo, tan fácil, pues si es verdad que cualquier aplicador del derecho puede constatar la pérdida de vigencia de las normas preconstitucionales y proceder a la aplicación directa de la Constitución (74), el problema estriba precisamente en decidir si una determinada norma se opone o no al texto constitucional. Y ello, como hemos visto que sucedía con la pensión de viudedad, no es tan sencillo. En la práctica, disposiciones preconstitucionales que vulneran el principio de igualdad siguen aplicándose. Por ello, creo que resulta más exacto limitarse a señalar que de la Constitución española se deriva una mayor exigencia respecto de la prohibición de la discriminación por razón de sexo que la que dimana de la directiva comunitaria.

Recapitulando el panorama anteriormente descrito en relación a la acción protectora del Régimen General se concluye que, al igual que ocurre en otros países —y ésta es obviamente la razón de su exclusión del ámbito objetivo de la directiva—, la mayoría de los supuestos discriminatorios por razón de sexo se contienen en las normas reguladoras de las prestaciones de muerte y supervivencia. En consecuencia, no existe problema en este punto, e incluso podría afirmarse que la declaración de inconstitucionalidad operada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983 contribuye a situar a nuestro país en una posición ventajosa ante la más que probable aplicación futura del principio de igualdad de trato a los riesgos inicialmente excluidos (75).

En materia de protección a la familia, la supresión de la asignación por cónyuge a cargo (76) elimina, por vía traumática, otro obstáculo para la adaptación de nuestro ordenamiento a las exigencias derivadas de la futura ampliación del ámbito objetivo de la directiva.

De otro lado, no ha sido usual en nuestro derecho la utilización de la técnica de las mejoras de prestaciones por esposa «a cargo» y, cuando por Real Decreto 90/1984, de 18 de enero, se ha acudido, por fin, a dicha técnica, la referencia ha sido hecha al «cónyuge». No existen problemas en torno a la edad de jubilación, idéntica para los trabajado-

(74) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit.*, p. 137.

(75) La Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 prevé la ampliación del principio de igualdad de trato a las prestaciones no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, así como a las medidas sobre las que se otorga a los Estados la facultad de excluirlas del campo de aplicación de aquella. Con posterioridad, la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 1984, insta a la Comisión a presentar con la mayor brevedad las propuestas correspondientes.

(76) Prevista en el *Documento base para la reforma de la Seguridad Social...*, cit., p. 179, y plasmada en el artículo 5.º de la Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social.

res de ambos sexos, lo que, unido a la inexistencia de derechos derivados en materia de jubilación y de invalidez, harán con toda probabilidad innecesario el uso de la facultad atribuida a los Estados miembros para excluir estas materias del campo de aplicación de la Directiva.

Como consecuencia de todo ello, se ha llegado a manifestar en alguna ocasión que nuestra normativa cumple los niveles de exigencia establecidos en la Directiva comunitaria (77). Tan rotunda afirmación, aun siendo correcta en términos aproximativos, no parece ajustarse a la estricta realidad, al subsistir, como hemos visto, determinadas normas, ciertamente contadas, que contienen supuestos discriminatorios en materia de asistencia sanitaria, lesiones permanentes no invalidantes (78) y asistencia social. Se trata, no obstante, de normas cuya modificación no ha de representar dificultad alguna.

No son desdeñables, sin embargo, las consecuencias que podría derivarse de la noción de «discriminación indirecta», no definida en la Directiva. Si, como parece, la Comisión de las CC. EE. estima que «existe discriminación indirecta si desemboca de hecho al mismo resultado que una discriminación directa, con la diferencia de que no está fundada directamente en el sexo», las consecuencias podrían ser importantes y, en este sentido, el Informe presentado ante el Parlamento Europeo señala que incluso si las mejoras de prestaciones por «cónyuge a cargo» pueden beneficiar tanto al hombre como a la mujer, se constata que de hecho estas mejoras se añadirán en la mayoría de los casos a las prestaciones reconocidas a los hombres, atendida la mayor tasa de actividad de los mismos en relación a la de las mujeres (79).

2. Pero algunos somos más iguales que otros

2.1 LAS DISCRIMINACIONES SUBTERRÁNEAS.

La conclusión inicialmente optimista puede ponerse en tela de juicio si del análisis aislado de cada una de las prestaciones se pasa a contemplar el problema en su conjunto.

(77) *Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social*. Tomo I. Madrid, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1981, p. 86; J. I. TEJERINA ALONSO y P. DE LA PEÑA ROSINO: *Ob. cit.*, p. 72.

(78) Encuadrables en el riesgo de accidente de trabajo y enfermedad profesional, incluido expresamente en el ámbito objetivo de la Directiva.

(79) *La situación de la femme en Europe...*, cit., p. 48.

La naturaleza profesional que define nuestro actual Sistema de Seguridad Social ocasiona una inicial desigualdad en la posición respectiva de ambos sexos en relación con la cobertura otorgada, si se atiende al hecho de la pervivencia de los papeles tradicionales asignados al hombre y a la mujer y, pese a la creciente incorporación de ésta última al trabajo, la menor proporción de la tasa femenina de empleo. De otro lado, el carácter contributivo del sistema es un factor que coadyuva a la citada desigualdad.

De este modo, aun operadas las necesarias modificaciones normativas para adecuar nuestra legislación de seguridad social a las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, podría subsistir la desigualdad real y efectiva, cuya superación vendría exigida por el artículo 9.2 del texto constitucional.

Esta situación se produce por vías indirectas. En efecto, resulta muy cierto que, por tomar el ejemplo de la que ha sido denominada «prestación reina», es decir, la pensión de jubilación, los requisitos para el acceso a la misma son idénticos para el hombre y la mujer.

Sin embargo, determinadas circunstancias que se dan en el trabajo femenino pueden tener importantes repercusiones en el nivel de protección llegando incluso a impedir el acceso a la prestación. Así:

- El requisito del alta (o asimilación al alta) podría resultar, en ocasiones, más difícil de cumplir para la mujer, desde el momento en que no es infrecuente que el nacimiento de los hijos determine el abandono de la actividad laboral, no reanudando posteriormente, sea por decisión propia, sea por las innegables dificultades que tal reanudación ofrece, después de un largo periodo de inactividad, en una situación de escasez de ofertas de puestos de trabajo. La Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, al suprimir este requisito, puede operar en favor de las expectativas de acceso a la pensión de jubilación, si bien siempre subsistirá el escollo de la «carencia cualificada», fijada ahora en dos años dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.
- Ello hace que muchas mujeres, al haber desarrollado una actividad laboral durante su juventud, con anterioridad a la implantación del Sistema de Seguridad Social, se vean constreñidas a recibir la protección a través de la pensión de vejez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, bien por haber estado

afiliadas al extinguido Retiro Obrero Obligatorio, bien por reunir los requisitos exigidos por la legislación del SOVI, con lo que la cuantía de su pensión resulta inferior a la establecida como mínima para los pensionistas de jubilación del Sistema.

- Al estar ligada la cuantía de la pensión de jubilación al número de años cotizados, las interrupciones en la «carrera de seguro» tienen una clara influencia en el importe de la pensión. Esta circunstancia puede incluso agravarse con el endurecimiento del periodo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión, que la Ley de Medidas Urgentes fija en quince años, y su posible repercusión en la escala de porcentajes de la base reguladora en función de los años cotizados, aunque podría tener una cierta compensación si se combinaran los principios contributivo y redistributivo, al contemplarse, dentro de la pensión, una parte uniforme y otra proporcional (80).
- El carácter complementario que para la economía familiar tiene, en ocasiones, el trabajo de la mujer, y que se traduce en el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial.
- Las pretéritas discriminaciones en materia salarial que, por no estar superadas, podrían dejar de tener una influencia en el importe de la pensión de jubilación —cuando menos hasta que transcurran algunos años—, al producirse la ampliación del periodo tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora. La Ley de Medidas Urgentes atenúa, en cierto modo, las consecuencias de esta modificación, al fijar dicho periodo en los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante, en lugar de extenderlo a toda la vida laboral, posibilidad que, de haberse seguido, hubiera agravado ciertamente las consecuencias de la nueva regulación.
- El desarrollo de puestos de trabajo de menor cualificación y, por tanto, de nivel salarial inferior, hecho que, pese a estar en trance de superación, conlleva, por el momento, una recuperación en la base de cotización y, por ende, en el importe de la pensión (81).

La dedicación de la mujer a determinadas actividades permite asimismo señalar la existencia de regímenes «femeninos», dándose, concretamente, esta circunstancia en el Régimen de Empleados de Hogar, cuya depresión protectora en relación al Régimen General

(80) Véase *Documento base para la reforma...*, cit., pp. 152-153.

(81) Después de analizar 35 convenios colectivos firmados entre 1978 y 1981, resalta T. PÉREZ DEL RÍO el dato de que, en la mayoría de ellos, la categoría correspondiente a funciones de limpieza venga expresada como «mujer de limpieza» (*El principio de igualdad. No discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 47-48).

continúa siendo notoria, si bien ha sido la vía que ha permitido —en ocasiones, de forma fraudulenta— el acceso a la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social.

De mayor gravedad aún, por implicar su exclusión de los mecanismos de previsión social, resulta la dedicación de la mujer a actividades de economía «sumergida», singularmente en régimen de trabajo a domicilio, fenómeno que ha alcanzado tradicionalmente una considerable extensión en determinadas regiones.

En el marco de un sistema profesional y contributivo de seguridad social, la protección a la mujer no trabajadora se efectúa a través de la técnica del «derecho derivado», cuya insuficiencia y fragilidad ha sido puesta repetidamente de manifiesto (82).

Aparte de otras consecuencias, la protección a través de los «derechos derivados» significa que la misma se efectuará normalmente mediante la pensión de viudedad, cuya cuantía resulta de importe inferior a la de la pensión de jubilación. De este modo, la intensidad de la protección de gran parte de las féminas resulta inferior a la que normalmente disfrutaban los varones.

Pero esta situación se da incluso en el resto de las pensiones. En efecto, al 1 de enero de 1984 la pensión media mensual de jubilación era, en el caso de los varones, de 31.024 pesetas, mientras que, en el caso de las mujeres, descendía hasta 22.241 pesetas. Idéntica circunstancia se producía en la pensión de invalidez, cuya cuantía ascendía, respectivamente, a 30.083 y a 22.731 pesetas (83).

No obstante, podríamos preguntarnos si, en supuestos concretos, ha existido un cierto trato favorable hacia la mujer viuda. En efecto, de una parte, por la generosa regulación de la pensión de viudedad a partir de la modificación operada por la Ley 24/1972, de 21 de junio, al suprimir cualquier requisito basado en la edad, la incapacidad para el trabajo o la existencia de hijos a cargo, y de otra, por la posibilidad de compatibilizar la citada pensión con la de jubilación o, en su caso, con la de invalidez, adquirida por derecho propio, podría estimarse que, en este caso, ha existido, hasta la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la sentencia de 22 de noviembre de 1983, un trato privilegiado hacia quienes se encontraban en esta situación.

(82) *Criterios para la racionalización...*, cit., tomo I, pp. 134-136; *Documento base para la reforma...*, cit., p. 19; *Informe sobre la reforma del sistema español de Seguridad Social* (dirigido por L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE). Madrid, IESA, 1983, p. 28.

(83) Datos proporcionados por el INSS.

El asunto requiere, sin embargo, una serie de matizaciones derivadas, en primer lugar, de la aplicación de las normas sobre concurrencia de pensiones. No puede olvidarse tampoco que, en muchos casos, coincide en una misma beneficiaria el derecho a la pensión de vejez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con la pensión de viudedad de alguno de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social, con la consiguiente aplicación de la incompatibilidad entre ambas prestaciones (84) y la necesidad de optar por una de ellas, lo que origina situaciones insuficientemente protegidas cuando el importe de la pensión de viudedad se sitúa en torno al mínimo garantizado y, desde luego, muy inferior al supuesto inverso, es decir, cuando coinciden una pensión de viudedad del SOVI y una pensión de jubilación de uno de los Regímenes del Sistema.

La utilización de la técnica de los «derechos derivados» alcanza su culminación en las prestaciones en favor de familiares, en donde la relación familiar se alarga al máximo posible, con el fin de sustituir la falta de unos adecuados mecanismos de protección no contributivos y cuya regulación ofrece notorios ejemplos de discriminación por razón de sexo. Los últimos vientos que corren propugnan la supresión de estas prestaciones, pero condicionando la misma al desarrollo de las prestaciones no contributivas, debiendo quedar acomodadas, entre tanto, al principio de no discriminación por razón de sexo (85).

Todo el conjunto de circunstancias descritas hace que un número considerable de mujeres pase a engrosar, durante la tercera edad, las filas de los posibles beneficiarios de las prestaciones de asistencia social, cuya respuesta es notoriamente insuficiente.

El número de mujeres beneficiarias de la ayuda económica individualizada de carácter periódico otorgada con cargo a los presupuestos de asistencia social era, al 31 de enero de 1985, de 205.087, mientras que el número de varones ascendía a un total de 66.744 (86). Esta ayuda es, por tanto, predominantemente «femenina», lo que se explica no sólo por la mayor longevidad de la mujer, sino también por sus dificultades

(84) Disposición transitoria segunda, número 2, de la Ley General de la Seguridad Social y Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1984, recaída en recurso de amparo 94/1984, que confirma la inexistencia de discriminación en este supuesto, frente a la existencia de compatibilidad de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social con otras pensiones del mismo, fundamentándose para ello en que, en el primer caso, se trata de situaciones diferentes, ya que se han generado en distintos sistemas de protección regulados por distinta normativa y sometidos a condiciones y requisitos diversificados.

(85) *Documento base para la reforma...*, cit., pp. 173-174.

(86) Datos proporcionados por la Dirección General de Acción Social.

de acceso a los mecanismos de protección del Sistema de Seguridad Social.

Por si todo ello fuera poco, la extrema rigidez de los requisitos exigidos para acceder a estas ayudas, ocasiona la dependencia de sus familiares durante la tercera edad. De este modo, la situación de dependencia de la mujer se perpetúa hasta el final de sus días.

Para superar esta situación existe un acuerdo unánime en la necesidad de evolucionar hacia la desaparición de los «derechos derivados» para contemplar de modo independiente y autónomo los derechos de seguridad social de cada cónyuge o, en su caso, conviviente de hecho (87), eliminando la noción según la cual la mujer es considerada como persona «a cargo» (88).

Se preconiza, en consecuencia, una profunda transformación de los fundamentos en que tradicionalmente se han basado los sistemas de seguridad social, inspirados en la concepción tradicional de la familia y en la diferenciación de los papeles de ambos cónyuges. De ahí que, en el ámbito de las Comunidades Europeas, la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1984 recuerde a los Estados miembros que «el reconocimiento, el cálculo o la conservación de prestaciones sociales sobre la base de la célula familiar son contrarios a la letra y al espíritu de la Directiva sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social».

2.2 LA REFORMA QUE LLEGA

En nuestro país, el desarrollo del artículo 41 de la Constitución constituye el instrumento fundamental para modificar la situación descrita. Sin embargo, el contenido de este artículo, calificado con entera justicia como «uno de los peores de la parte dogmática de la Constitución» (89), ofrece notables incertidumbres acerca de los exactos perfiles del modelo a que debe responder el régimen público de

(87) Véase «Programa de Acción de la Comunidad Europea para promover la igualdad de oportunidades de la mujer», en *Revista de Trabajo* núm. 71, 1983, p. 192. En el mismo sentido, *Criterios para la racionalización...*, cit., p. 135; E. FUENTES QUINTANA, J. BAREA TEJEIRO, B. GONZALO GONZÁLEZ y A. GARCÍA DE BLAS: *Ob. cit.*, p. 56; A. LAURENT: *Une directive...*, cit., p. 245; OCDE: *Les femmes et l'égalité des chances*. París, 1979, pp. 231-239; OIT: *La Seguridad Social en la perspectiva...*, cit., p. 125.

(88) A. DELPEREE: «Réflexions à propos de la réforme de la Sécurité Sociale», en *Revue Belge de Sécurité Sociale* núm. 3, 1980, p. 245.

(89) J. VIDA SORIA, en *Comentarios de las leyes políticas. Constitución española de 1978*. Tomo IV, Madrid, Edersa, 1984, p. 84.

seguridad social. No pueden desdeñarse, sin embargo, los riesgos que comporta la elección de uno u otro modelo.

A lo que parece, la alternativa hacia la que se tiende, en lugar de seguir una estructura vertical, como ocurre, a título de ejemplo, en Suiza (90), pretende inspirarse en una concepción horizontal, en la que el «nivel» básico —o, por ajustarnos a la terminología que se utiliza, el primer «nivel»— sería ocupado por el nivel profesional, mientras que el «nivel» no contributivo actuaría, de modo alternativo, como complementario del primero o como mecanismo de protección único para quienes estén excluidos del nivel «básico» o no puedan acceder a las prestaciones del mismo, por no haber reunido los requisitos exigidos para ello (91).

La elección del modelo alternativo, en lugar del acumulativo, se justifica mediante razones de índole financiera e incluso con innovaciones continuistas (92). Estas razones son muy dignas de consideración, pero, aparte de confirmar la «carga histórica» de la seguridad social y corroborar que «no se conoce... ejemplo alguno de un país que, en un momento dado, haya elegido deliberadamente el cambio radical de todo su sistema» (93), ofrece el indudable riesgo de perpetuar los tradicionales esquemas de diferenciación y de exclusión, heredados de los seguros sociales y de la beneficencia pública. De reproducir, en suma, la marginación.

La «carga histórica» de la seguridad social vuelve así, una vez más, a planear cuando se trata de instrumentar su reforma. No en vano se ha dicho que «las reservas que todavía se mantienen respecto a la transformación de un régimen profesional en un régimen universal se explican, sin duda, por la persistencia de la tradición, según la cual, desde los orígenes del seguro social, el derecho a la protección se ha fundado, sucesivamente, primero, en la pertenencia a la clase asalariada, después, a la categoría general de los trabajadores. A este respecto, la concepción universalista impone un cambio esencial, al modificar el fundamento de este derecho» (94).

(90) Artículo 34 quáter de la Constitución Federal.

(91) *Documento base para la reforma...*, cit., p. 136.

(92) *Ibid.*, p. 137.

(93) F. MARZIALE: *Ob. cit.*, p. 35.

(94) G. PERRIN: «Pasado y presente de la Seguridad Social», en *La edad de jubilación en Europa. Retrospectivas y perspectivas de la Seguridad Social*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, p. 179.

La elección del «nivel» profesional como «nivel» básico y, por ende, como pilar fundamental en que se apoya la construcción del modelo suscita, aparte de ello, serias dudas acerca de su compatibilidad con el espíritu del artículo 14 de la Constitución, puesto que, si bien las incertidumbres que ofrece el precepto autorizan diversas interpretaciones, no es menos cierto que, tratándose de «un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos», resultaría congruente que fuera precisamente el «nivel» que se dirige a la protección de todos ellos (y no el destinado a una parte) el que constituyera el basamento del edificio. Por lo demás, la exigibilidad de las prestaciones (95) no supone novedad alguna, ya que la misma existe en la actualidad en relación a determinadas prestaciones de asistencia social (96).

A modo de inciso, digamos también que, tratándose de un modelo «horizontal», no parece que pueda hablarse de «niveles», los cuales evocan una estructuración «vertical», por lo que resultaría más correcto utilizar otras expresiones, como «áreas» (97) o «sectores» (98) o cualquier otra más adecuada al modelo que se preconiza.

No puede dejar de sorprender este deslizamiento del «nivel» profesional hacia la posición básica del régimen público y la corrolativa expulsión del «nivel» no contributivo hacia la posición complementaria, si se atiende a los antecedentes que, desde los ámbitos del Derecho y de la Economía, propugnaban lo contrario (99). Pero aún es más sorprendente si se repasan los antecedentes parlamentarios. En efecto, durante el curso de los debates sobre el que luego se convirtiera en el artículo 41 de la Constitución, un diputado, sin que existiera reacción alguna en contra por parte del resto de la Cámara, señalaba lo que, en su opinión, constituía la estructuración derivada del citado precepto:

«Por el contrario, nosotros creemos que la seguridad social debe estructurarse, dentro de ese nivel de suficiencia, con dos clases de

(95) *Documento base para la reforma...*, cit., p. 141. Debe advertirse que, al hacerse alusión a las prestaciones de asistencia social se confunde, en el texto que se comenta, lo «graciable» con lo «discrecional».

(96) Véase Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio.

(97) *Hacia un nuevo sistema de Seguridad Social. Estudio en el marco de la Constitución y de los Tratados Internacionales* (estudio elaborado por la Confederación Nacional de Entidades de Previsión Social, con la aportación técnica de ALBERTO DE PEREDA TEOS). Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, p. 203.

(98) *Posición de la UGT ante la propuesta de la Administración sobre racionalización y mejora de la Seguridad Social*. Madrid, 1982, pp. 94-98.

(99) J. M. ALMANSA PASTOR: «Gestión pública e iniciativa privada», en *Papeles de Economía Española* núms. 12-13, 1982, pp. 172-174; E. FUENTES QUINTANA, J. BAREA TEJEIRO, B. GONZALO GONZÁLEZ y A. GARCÍA DE BLAS: *Ob. cit.*, pp. 85-86; J. VELARDE FUERTES: «La política de empleo en

acción: una mínima *básica* para todos los ciudadanos y otra profesional. La primera, financiada mediante exacción fiscal, esto es, mediante impuesto; la segunda financiada mediante exacciones parafiscales, esto es, mediante cuotas. Concediendo la primera prestaciones colectivas y uniformes para los ciudadanos, y la segunda, prestaciones diferenciadas que garanticen una equiparación real entre la renta de actividades de quien es trabajador por cuenta propia o ajena y la renta de sustitución concedida por la acción protectora de la Seguridad Social» (100).

Y no sólo eso. El mismo Tribunal Constitucional viene a reconocer implícitamente la diferencia entre el modelo constitucional de seguridad social y el existente hasta el momento, cuando asevera:

«Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una contingencia (muerte, incapacidad, etc.)» (sentencia de 22 de noviembre de 1983).

Sin embargo, y junto a las razones financieras y «continuistas» que se esgrimen, otros factores han coadyuvado quizá a la inversión de las posiciones respectivas de los «niveles». Nos podemos preguntar, en este sentido, si no habrá sido ajeno a esta elección un cierto temor a que, en base a alguna de las interpretaciones que permite la ambigüedad del artículo 41 de la Constitución, se desembocase en una «privatización de la seguridad social», verdadero caballo de batalla del proceso de reforma y cuyo peligro —real, por otro lado— ha sido repetidamente denunciado desde sectores doctrinales que, tenidos —y creo que con entera justicia— por progresistas, se han centrado, sin embargo, en la defensa del carácter público del nivel contributivo y profesional, relegando a un segundo plano el nivel no contributivo.

También el acentuado protagonismo de empresarios y sindicatos de trabajadores en la reforma de la seguridad social es, en cierto modo, una

España y su incidencia ante la Seguridad Social», en *Jornadas técnicas sobre concertación laboral y empleo*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, p. 273.

(100) Intervención del Diputado señor De Vicente Martín ante el pleno del Congreso de los Diputados. Véase Diario de Sesiones del día 12 de julio de 1978, p. 4147.

paradoja, cuando se trata de implantar un régimen público para todos los ciudadanos (sean trabajadores o no). El resultado de tal protagonismo no puede ser otro que contribuir a desplazar el eje del modelo al «nivel» no contributivo para otorgar el protagonismo al «nivel» profesional. Con clarividencia, alguien escribió, en cierta ocasión, que la lucha por la asistencia –y lo mismo puede predicarse de la seguridad social– se plantea en la actualidad como «una nueva lucha de clases (entre la población “productora” y la “no productora”)» (101).

Perteneciendo buena parte de las mujeres a la población inactiva, se comprenderán las posibles consecuencias de la adopción del modelo «horizontal». Si, además, éste, por imposición de los condicionantes financieros, acaba a la postre resultando ser la suma del vigente sistema profesional racionalizado y de las ayudas del extinguido FONAS maquilladas, las consecuencias se entenderán aún más fácilmente.

Si la supresión de la técnica de los «derechos derivados» significa, como alternativa, el reconocimiento de un derecho propio a unas prestaciones no contributivas de cuantía tal vez insuficiente y sometidas, por efecto de la crisis económica, a requisitos draconianos en cuanto a la demostración de la necesidad, mal negocio sería la reforma para la mujer no trabajadora. Se impone, no obstante, la cautela en este punto ante la influencia, directa o indirecta, de las medidas que pudieran adoptarse para contrarrestar los posibles efectos que pudiera originar la reforma de la Seguridad Social y que, en definitiva, vendrían exigidos por el artículo 9.2 de la Constitución.

Así, aparte de las modificaciones dirigidas al establecimiento de derechos propios en favor del cónyuge –o conviviente de hecho– no activo (sea hombre o mujer) (102), deberían implantarse, en el nivel profesional, las técnicas adecuadas para garantizar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición cuando se produzcan interrupciones en la actividad laboral por determinadas causas (crianza y educación de hijos, atención a familiares que, por su estado de salud, lo requieran, etc.), evitando en esta forma la «expulsión» hacia el nivel no contributivo.

La decisión acerca del tipo de medidas que pudieran adoptarse dependerá del criterio que se siga a la hora de valorar la significación

(101) P. J. BLÖMMESTJUN: «Legislación sobre minusválidos en Holanda: Principios generalizables», en *Boletín de Estudios y Documentación del SEREM* núm. 11, 1978, p. 54.

(102) Algunas propuestas para ello en OIT: *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, cit., páginas 47-51 y 125.

de determinadas situaciones. Por referirnos a las «amas de casa», a la opción de considerarlas como población no activa, se confronta la posición de quienes, denunciando esta conceptualización como resultado de un rigor economicista, defienden su aproximación a la categoría de trabajadoras, y, como consecuencia, desde la perspectiva de la seguridad social, su vecindad a la protección otorgada a los trabajadores autónomos en lugar de a la reservada a la población inactiva (103).

Sería ocioso recordar que en la regulación de las posibles medidas a implantar habría de respetarse escrupulosamente el principio de igualdad, conforme a los criterios que, en torno a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, se desprenden de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. Criterios que, precisamente por su desvinculación con el contexto social, posibilitarian que, a idéntica regulación legal, pudieran beneficiarse de determinadas medidas un mayor número de mujeres, sin que ello significase una violación del artículo 14 de la Constitución, ni conllevarse necesariamente la existencia de una discriminación indirecta.

Junto a las medidas que pudieran adoptarse en el marco de la legislación de seguridad social se impone la necesidad de poner mayor énfasis en la aplicación de acciones positivas en otros campos (104), dirigidas a superar la situación de desigualdad y susceptibles de favorecer, de modo indirecto, una posición más igualitaria entre el hombre y la mujer en relación a su acceso a las prestaciones de seguridad social. A tal efecto, adquiere especial relevancia, de una parte, el desarrollo de medidas de promoción del trabajo femenino (105), tanto para la incorporación al primer empleo, como para la diversificación del empleo, evitando el funcionamiento de dos mercados de trabajo paralelos (femenino y masculino) (106), y de otra, el logro de un nivel suficiente de equipamiento en servicios sociales (guarderías infantiles, etc.) que faciliten la continuidad de actividad laboral en determinadas circunstancias (107).

(103) Véase G. PERRIN: *Ob. cit.*, p. 194.

(104) Acerca de la necesidad de pasar de una política protectora del trabajo femenino a una política de promoción, véase M. RODRIGUEZ PIÑERO: «El principio de igualdad en las relaciones laborales», en *Revista de Política Social* núm. 121, 1979, p. 412.

(105) Véase en el ámbito de las CC. EE. la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982 y la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1984.

(106) Véase M. JANIĆ: «Diversificar el trabajo de las mujeres: condición indispensable para una auténtica igualdad de oportunidades», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 100, núm. 2, 1981, páginas 163-179.

(107) Véase Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 11, 2. c). En 1979, la OCDE constataba que, de hecho, la demanda de servicios de guardería no se encontraba plenamente satisfecha en ningún país (véase *Les femmes et l'égalité...*, cit., p. 188).

3. Epilogo

En un determinado período de la historia conviven personas de muy distinta edad y cuya concepción de la vida difiere notablemente. La incorporación al mundo laboral puede ser considerada como normal para las jóvenes generaciones de mujeres. Pero resulta menos usual en mujeres de edad avanzada que, por las pautas otrora imperantes, han cifrado su vida, dentro del matrimonio, en «sus labores» en el hogar, o han dedicado sus mejores años al cuidado de sus padres. Que tal concepción pervive aún se demuestra a través de una carta dirigida al Defensor del Pueblo, en las que mujeres solteras de cincuenta, sesenta e, incluso, de setenta años se autocalifican como «huérfanas» y, consecuentemente, invocan esta circunstancia para solicitar la protección social de la que carecen, por la vía de las pensiones de orfandad, en lugar de reivindicarla a través de las prestaciones de desempleo o de vejez. Por mucho que este hecho, esperpéntico y dramático a la par, responda a una óptica situada a contrapelo de los esquemas vigentes, quienes se quedaron «para vestir santos» han de merecer el respeto y la adecuada protección social.

El derecho de seguridad social se encuentra, por tanto, ante un reto: debe dar una respuesta adecuada a las exigencias igualitarias, pero, a la vez, no puede olvidar a quienes, ancladas aún en concepciones pretéritas, no han podido superar las pautas tradicionales que han condicionado el papel de la mujer en la sociedad.

Pero el logro de una auténtica igualdad va, claro está, más allá del estricto campo jurídico, pues requiere la superación de esquemas culturales y sociales de secular arraigo. Por acudir a las palabras de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consiste nada menos que en «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

Y esto, ciertamente, no se logra «por decreto».