

LA MULTICULTURALIDAD, EL PLURALISMO DE RELACIONES DE CONVIVENCIA EN PAREJA Y EL DERECHO SOCIAL: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

I. PROEMIO: PLURALISMO SOCIAL Y PLURALISMO POLÍTICO. II. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE CONVIVENCIA EN EL TRABAJO Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL. III. MANDATOS CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIO DE RELECTURA CONTINUA DEL ANTI-DISCRIMINATORIO: MÁS ALLÁ DE LAS PROHIBICIONES DE TRATO PEYORATIVO. IV. LA GRADUAL PERO IMPARABLE EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. 1. *El estado de la cuestión en el Derecho del Trabajo: la determinante contribución de la negociación colectiva en el mandato de parificación.* 2. *El estado de la cuestión en el Derecho de la Seguridad Social: las nuevas piezas legislativas, actuales y proyectadas.* V. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

La evolución de la sociedad española en orden a la diversidad de formas de convivencia en pareja no va siempre acompañada de los necesarios cambios jurídicos. La diferencia de tratamientos de las distintas formas de unión se proyecta en múltiples ámbitos jurídicos, entre los cuales destacan el laboral y el de la seguridad social. Este estudio recorre la evolución experimentada en esta materia en la legislación, la negociación colectiva y la jurisprudencia socio-laborales, deteniéndose con particular detalle en las situaciones en las que están implicadas identidades culturales y biológicas –pertenencia a la etnia gitana, parejas homosexuales– sobre las que se han asentado múltiples discriminaciones, jurídicas y sociales. El estudio propone un modelo basado en la igual valoración jurídica de todas las diferencias, en aras de un principio sustancial o material de igualdad.

PALABRAS CLAVE: Parejas de hecho, discriminación por orientación sexual, discriminación por etnia, igualdad de trato en las condiciones de trabajo, igualdad de protección social

ABSTRACT

The various models of couple cohabitation existing in the present spanish society are not followed by the necessary changes in the regulation. This diversity has influence into the law, in special, in the Labour Law and in the law of the Social Security. This article has as a purpose to study the legal evolution about this topic, in relation with the collective bargaining legislation and the labour jurisprudence, in special when there are implied persons that belong to different cultural and biological identities –gipsy ethnic and homosexual couples– that are discriminated from a juridical and a social point of view. This study is based in the “equal treat” of all kinds of differences between the people with the aim to achieve the material justice principle.

KEY WORDS: occupational rights of homosexual couples; New Model to Assure Diversity, Human Rights, Affirmative Action Dilemma.

“El seguro me importa menos, porque es pan para hoy y hambre para mañana. El problema está en la pensión de viudedad. No la cobro porque, simplemente, no firmamos el papel del matrimonio. Estamos en el siglo XXI y creo que mis reclamaciones son justas. Mis hijos sí reciben una cantidad de dinero del Estado, pero sólo lo harán hasta los 21 años”

Viuda de un militar fallecido en el accidente del Yakovlev-42

“... El Derecho es la más potente de las escuelas de la imaginación. Nunca el poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como un jurista la realidad...”

Giraudoux, J. *La guèrre de Troie n`aura pas lieu*. Larousse. Paris.1971

I. PROEMIO: PLURALISMO SOCIAL Y PLURALISMO JURIDICO

Conforme a una ya aquilatada doctrina constitucional, a diferencia de la *prohibición de discriminación*, que no admitiría tratos diferenciales por su carácter peyorativo, el *principio de igualdad* de trato, también reflejado en el artículo 14 CE como principio-derecho, no impondría, ni como fin ni como medio –STCO 342/1996–, un mandato de parificación, por lo que puede convivir, más o menos pacíficamente en el plano social, con regímenes jurídicos diferentes. A tal fin, bastará con que esa diferencia de regulación responda a criterios objetivos razonables, y en todo caso supere el juicio de proporcionalidad exigible en todos los casos, dado su carácter de principio general y juicio inexorable de legitimidad al que hay que someter cualquier situación jurídica.

En definitiva, una cosa son los *imperativos jurídico-constitucionales* –principio de constitucionalidad– y otra, bien distinta, las *aspiraciones o ideales sociales* de igualdad –STCO 377/1993–. Los primeros no admitirían dilaciones en su exigibilidad jurídica, por lo que de no ser afrontada su satisfacción bien por el Legislador –normas– y/o bien por las AAPP –políticas–, correspondería a los Jueces reestablecer la coherencia entre el mandato de la CE y el funcionamiento práctico del ordenamiento –principio de efectividad–, para lo que cuentan, como se sabe, con diferentes instrumentos, incluidas, si la discriminación tiene origen legal, las “Cuestiones de Inconstitucionalidad”. Los segundos, en cambio, constituirían más bien un ambicioso “programa de ciudadanía social” a realizar, según diversos ritmos o tiempos y grados, básica, aunque no exclusivamente, por el Legislador, atendiendo a la concepción que tenga en cada caso del paradigma político-jurídico del Estado Social de Derecho.

Esta idea, tan sintéticamente presentada, es la que en última instancia traduce una *cláusula constitucional de evolución o cambio social* como la del artículo 9.2 CE, a menudo olvidada, si acaso invocada más como cláusula de estilo o para refuerzo de otros preceptos pero sin un valor jurídico en sí mismo, conforme a la cual, a los Poderes Públicos, a todos, por tanto también a los Jueces, aunque es evidente que los primeros y más intensamente llamados son los Legisladores –Poder Legislativo– y los Gobiernos –Poderes Ejecutivos, estatal y autonómicos–. Conforme a este mandato constitucional, la igualdad y la libertad han de ser reales, no sólo formales, y eso exigirá una permanente intervención de los poderes públicos para hacerla efectiva, facilitando el libre desarrollo de la personalidad –artículo 10.1 CE– en cada tiempo histórico –artículo 1.1 CE–.

Esta convicción ha quedado claramente reflejada en la Exposición de Motivos –EM– de la importante y polémica Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil –CC– en materia de derecho a contraer matrimonio, a partir de la cual se ha hecho realidad una de las aspiraciones largamente sentidas por el movimiento a favor de la igualdad plena de derechos y no discriminación respecto de las personas homosexuales. Como expresa la referida EM, “*en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889...*”.

Pues bien, ante tan rotundo pronunciamiento sobre un dato hoy adquirido en la cultura jurídica, como es que el Derecho vive en su tiempo –el signo de los tiempos que recogiera como canon hermenéutico, ciertamente ambiguo pero inexorable, el artículo 3.1 CC–, surge de inmediato otro interrogante: ¿le cabe al legislador ignorar algo tanto o más evidente que el fenómeno que ha movido a esta regulación, el matrimonio entre personas del mismo sexo, como es que esa diversidad o pluralismo social es hoy tal que *ya no es el matrimonio el único modo de organización de la convivencia en pareja, hasta el punto de que son cada vez más numerosas –en torno al 10% de la población– las llamadas “parejas de hecho”, con creciente frecuencia también en el mundo del Derecho?* Y si eso es así, como lo prueban los datos estadísticos de los países desarrollados de nuestro entorno cultural, social y económico, y el Legislador español es tan consciente de que no sólo “puede”, sino que “incluso debe”, evitar la fractura o el “divorcio” entre la legislación y los “valores sociales”, ¿cómo debe actuarse para conseguir que nuestro Derecho responda al pluralismo social, que es además un valor propugnado por aquél, a tenor del artículo 1.1 CE? O en otros términos: ¿hay que esperar pacientemente a un nuevo impulso político-legislativo “progresista” del Gobierno de turno para que el Derecho refleje ese pluralismo de modos de convivencia?

De partida, el obligado respeto al principio democrático que legitima el proceso de creación del Derecho obligaría a una respuesta positiva. Los mandatos de protección y promoción dados por la CE se dirigirían básicamente al Legislador, portador de la voluntad soberana. Pero, también es un dato adquirido por la cultura jurídica moderna, que es “post-positivista”, que la Ley no tiene el monopolio de aquel proceso creativo.

Desde esta perspectiva más abierta y plural, debe comprenderse la firma, el 13 de julio de 2006, y dentro del llamado Diálogo Social, del *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*, en virtud del cual, Sindicatos más representativos –UGT y CCOO–, Organizaciones Empresariales –CEOE y CEPYME– y el propio Gobierno, han aceptado promover un nuevo proceso de modernización del Sistema de la Seguridad Social para adecuarlo a las “nuevas realidades sociales”. Y, cómo no, entre las prestaciones afectadas por esa exigencia de adecuación entre la norma y la realidad está la “pensión de viudedad”, sin duda a día de hoy la prestación social que más impronta o huellas del pasado, nada halagüeño o memorable, guarda, hasta hacerla sencillamente anacrónica, puro vestigio de un pasado, a lo que se ve lamentablemente no tan lejano, machista. La intervención modernizadora se dirigiría no sólo a

recuperar su carácter de renta de sustitución, en la actualidad completamente desvaída, sino a “reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites”, ya hubieran organizado su vida en pareja a través del matrimonio ya lo hubiesen hecho, en cambio, a través de la constitución de “*parejas de hecho*”.

Desde esta perspectiva, entiendo bastante llamativo que este Acuerdo Social también evidencie cautelas en orden a la forma matrimonial de convivencia, hasta el punto de promover medidas orientadas a evitar los “*matrimonios de conveniencia*”, exigiendo periodos previos de convivencia mínima para poder acceder a la pensión, salvo que se tengan hijos en común con derecho a pensión de orfandad. Por supuesto no es este el momento ni en lugar para entrar en detalle sobre la medida, que tiene importantes precedentes en buena parte del resto de países europeos. Aquí basta con poner de relieve cómo no es ya la formalización de un vínculo de convivencia la fuente causante del derecho sino la convivencia misma durante un determinado tiempo. En definitiva, no debe ser sólo, o no tanto, la familia matrimonial sino también, y sobre todo, la familia como *modo de organización de la vida en común entre varias personas* lo que ha de ser protegido por el Derecho de la Seguridad Social. De este modo, mientras el artículo 32 CE debería entenderse básicamente como un derecho-libertad, el artículo 39 CE reflejaría un *principio-sistema de derechos de prestación*, en el ámbito laboral y en el ámbito de la seguridad social –STCO 3/2007–, por lo que aquí interesa (1).

No ha caído en saco roto este compromiso de política-social, como no podía ser de otra manera, y ha dado lugar a presentación en las Cortes Generales, por parte del Gobierno, de un Proyecto de Ley de medidas de Seguridad Social, que en este momento sigue su curso parlamentario. De nuevo, pues, el Legislador asumirá su competencia de llevar a la práctica el mandato constitucional de igualación de diferentes realidades de organización de la convivencia en pareja, si bien movido por el Diálogo Social o por el principio de participación de los sujetos socio-económicos en la ordenación de la vida social. Esta recuperación del papel protagonista en la transformación social es exigencia del principio de orden público económico que rige la materia de Seguridad Social, pues se trata básica, aunque no exclusivamente –ejemplo: las lla-

(1) No obstante, y como veremos después, las diferencias entre la “familia matrimonial” y la “familia fáctica” parecen estar destinadas a perpetuarse, pues no se exigirán los mismos requisitos en un caso y otro para lucrar pensión de viudedad

madras mejoras voluntarias-, de técnicas de aseguramiento público que dan lugar a la constitución de relaciones obligatorias de naturaleza pública.

Ahora bien, la protección de las relaciones de pareja de hecho por el Derecho Social desborda el ámbito de las relaciones obligatorias de seguridad social, para afectar también, por lo que aquí interesa, al ordenamiento laboral. También en este ámbito del Derecho Social ha empezado a tener una creciente y significativa presencia las formas de unión no matrimonial. Sin embargo, y como es característico del moderno Derecho del Trabajo, tal progreso no se ha producido tanto por la vía legislativa, que todavía sigue evidenciando un claro favor por las uniones matrimoniales – ejemplo: el artículo 40.3 LET sigue reconociendo el derecho al traslado expresamente sólo al “cónyuge”; el artículo 37. 3 a) LET sólo reconoce el permiso de 15 días por nupcias o matrimonio...-, cuanto por la intervención de la autonomía normativa colectiva, esto es, a través de las cláusulas de equiparación de un creciente, aunque todavía no mayoritario, número de convenios colectivos. Veremos con algún detenimiento esta instrumentación de los convenios colectivos al servicio del desarrollo de los derechos fundamentales de las personas que trabajan retribuidamente, en especial del derecho a la igualdad de trato, lo que es revelador en sí mismo de la evolución jurídica y social, pues hasta hace bien poco tiempo eran los convenios colectivos una de las principales fuentes de discriminación, como sucedía, por ejemplo, y para ceñirnos al ámbito objeto de estudio, al reconocer preferencias y derechos a las familias matrimoniales.

No obstante, el convenio es, por definición, una norma sectorial. Por tanto sus efectos son limitados, esto es, alcanza sólo a los trabajadores incluidos en su ámbito personal. Pero ¿qué pasa si no tenemos la suerte de contar con convenio o éste no prevé, como ocurre a menudo, la equiparación de derechos para todos los modos de unión?

El consejo, o la conclusión, más extendida sería la invitación a esperar tiempos mejores, en los que el legislador o los sujetos socio-económicos, adopten las iniciativas oportunas en pro de esa equiparación social. De este modo, la ciudadanía que sufra estas diferencias de trato, bien es cierto que por propia decisión al haber optado por un modo diferente o “atípico” de organización de su vida en pareja, deberían aguardar confiados a otra coyuntura, o, en el mejor de los casos, intentar promover un cambio en “esa fuente primitiva del derecho que se llama opinión pública” (2), a fin de provocar la reforma legislativa ne-

(2) Vid. IHERING, R. La lucha por el derecho. Civitas. 1985. p. 67.

cesaria. Desde esta perspectiva, y de ser cierta la posición de muchos, conforme a la cual resulta evidente a todas luces que no es posible equiparar, bajo ningún concepto de derecho positivo o *lege data*, la convivencia matrimonial en relación a la convivencia fáctica, en especial a efectos del reconocimiento de derechos sociales, el recurso a la “lucha individual por el derecho” a la equidad de trato estaría avocada al fracaso en un buen número de situaciones. Tal enfoque más representaría un fenómeno de inflación de la conflictividad y de dispendio de energías y recursos, tanto privados como públicos, que bien harían en dedicar a otros menesteres, como puede ser la lucha en sede judicial o interpretativa por otros derechos de igualdad.

En suma, desde este plano interpretativo, la comunidad de intérpretes sólo podría realizar una función de crítica social, de aceptarse esa equiparación en el plano del valor constitucional de la igualdad, o bien de desglose técnico, a través de “pluma fina”, para el caso en que se sostenga que no es posible una equiparación plena entre las distintas realidades, pero sí se considere necesaria una acción legislativa que avance en una mayor equiparación, aunque no identidad, entre las diferentes formas de unión. En buena medida, esta es la lógica de abstencionismo ciudadano que se desprende de la STCO 69/2007, de 16 de abril, que niega que exista discriminación alguna por origen étnico o racial de la mujer que, habiendo contraído matrimonio por el llamado “rito gitano” y habiendo convivido *modo uxorio* durante más de 30 años con su pareja, ve cómo se le deniega la pensión de viudedad. En este caso, y como también sucediera en otros, la viuda encontró sólo comprensión en la instancia, pero ni en la STSJ de Madrid, 7 de noviembre de 2002, ni ahora en la decisión mayoritaria adoptada por el TCO, quedando pendiente, naturalmente, el eventual recurso que pudiera plantearse ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como parece va a ser promovido en el caso por la defensa legal

No ha debido quedarle a la mayoría de la Sala 1ª del TCO, sin embargo, una firme convicción sobre la equidad social de su decisión, por supuesto sí sobre la corrección técnica de la misma, de modo que, también como en otros casos, se ha permitido sugerir una intervención del legislador para las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos. El fundamento para este diverso enfoque reside en la diferenciación con la que hemos iniciado este trabajo: que algo no venga exigido por la CE normativamente no quiere decir que no sea recomendable o deseable, pues aquélla permite y ampara diversos modelos, como reflejo precisamente de la pluralidad de opciones de política social y jurídica que cabe en la misma y que están en la base de su promulgación

como norma fundamental de convivencia de todos los españoles. Por ello, y “fieles” a esa doctrina, quizás hoy ya demasiado radicalmente entendida, la mayoría de los Magistrados del TCO expresan su convencimiento sobre la legitimidad plena de una decisión de los poderes públicos que, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, implique

“... adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos..., promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido, pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial... Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del artículo 14 CE”.

Pero, y mientras tanto el legislador se decide a una lectura más avanzada de los preceptos constitucionales... ¿no se puede hacer nada en sede interpretativa? Pues bien, por fortuna, no todos los Magistrados del Alto Tribunal opinan del mismo modo y, aunque sea testimonialmente, uno de ellos ha dejado un “Voto particular”, que a mí me parece de extremo interés. No se trata necesariamente de coincidir en todos sus términos con los razonamientos que expresa, ni tan siquiera de aceptar sin más su posición favorable a haber otorgado el amparo. Lo más destacable de esta elaborada posición interpretativa es el enfoque que adopta y que, a mi juicio, debió ser mejor atendido por la mayoría que, sin embargo, de nuevo, se ha dejado llevar por razones formalistas en extremo y, lo que es peor, traslaticias, acrítica y mecánicamente, de viejas claves interpretativas, tan aquilatadas por el TCO como inadecuadas para nuestro tiempo.

A este respecto, no puede dejar de sorprender el contraste tan extremo que ha existido a la hora de abordar esta cuestión respecto de otras situaciones relativas a la conexión entre igualdad jurídica y desigualdad social, como por ejemplo respecto de los imperativos de paridad de trato para las mujeres, respecto de los cuales el TCO ha llevado a cabo una intensa campaña para espolear a los Jueces, como poderes públicos también concernidos por estos mandatos de remoción de obstáculos, a indagar más allá de las situaciones jurídico-formales para aprehender las auténticas realidades fácticas. Las desigualdades sociales históricas de los concretos colectivos que invocan tratos no adecuados al manda-

to constitucional de paridad han estado, como se sabe, en el centro de una relectura constitucional no ya sólo de las prácticas jurídicas, sino de las propias Leyes. En este sentido, se ha dado respuesta positiva a determinadas Cuestiones de Inconstitucionalidad, en cuya base estaba, precisamente, una asunción coherente por el Juez o Tribunal interpellante de su tarea de remoción de las barreras sociales a la igualdad de trato de las mujeres, no ya sólo como personas sino como colectivo social (3).

En cambio, a la hora de analizar las diferencias de trato legal a las diferentes formas de convivencia de pareja o de uniones de pareja apenas ha tenido relevancia alguna las concretas situaciones socio-culturales existentes en relación a las formas más atípicas, en especial respecto de las "parejas de hecho" en sentido amplio. En este sentido, ni el dato de tratarse a menudo de parejas homosexuales, siendo este colectivo uno de los históricamente más discriminados socialmente, ni el dato de pertenecer a otras minorías étnicas intensamente vulnerables y excluidas socialmente, como la que integra la población gitana, ha servido para renovar el discurso. En el primer caso, el ATCO 393/2004 inadmite el Recurso de Inconstitucionalidad contra el artículo 174.1 LGSS pese a establecerse en este caso una íntima conexión entre la regulación de la pensión de viudedad y las parejas homosexuales, pues la constatada marginación social del colectivo de "gays y lesbianas" resultaría intrascendente para la resolución del caso. En el segundo supuesto, se situaría, precisamente, la STCO 69/2007, para la que el detalle de la pertenencia a la minoría gitana es sólo expresión de un ideal regulador, pero no de un eventual mandato constitucional de equiparación a todos los efectos.

Sin embargo, para el referido voto particular esta cualidad sí es un matiz de gran relevancia para afrontar la lectura de los preceptos legales y constitucionales. De ahí la propuesta, para los "supuestos de protección de minorías étnicas", de releer los mandatos constitucionales de

(3) Así ha sucedido, por ejemplo, con la STCO 253/2004, de 22 de diciembre, que declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 12.4 LET por vulnerar el artículo 14 CE, recurriendo, entre otros argumentos, a la prueba estadística, conforme a la cual el contrato a tiempo parcial se concluido de un modo abrumadoramente mayoritario por las mujeres, por lo que se trataría de una discriminación indirecta. En este mismo sentido, SSTCO 49 y 50/2005, entre otras. No ha sucedido lo mismo, es cierto, en otras ocasiones, como la STCO 213/2005, en la que el TCO salva la constitucionalidad del precepto relativo al desempleo parcial porque no identifica con claridad el sesgo de género necesario para ir hacia una lectura más comprometida de remoción de leyes dificultantes de la igualdad social.

protección, pero sobre todo de promoción, de la igualdad como imperativos normativos de adopción de

“medidas de discriminación positiva a favor de la minoría desfavorecida y que se respete, con una sensibilidad adecuada, el valor subjetivo que una persona que integra esa minoría muestra, y exige, por el respeto a sus tradiciones y a su herencia e identidad cultural”.

Ahora bien, a diferencia de lo que suele entender la mayoría, no ya del TCO, sino de la doctrina jurídica, cierto que la más ortodoxa en orden al reparto “positivista” de competencias entre el legislador y el Juez en el proceso de creación de la norma jurídica, en el que ambos participan, el Magistrado discrepante entiende que también es llamado el Juez, ordinario y constitucional, a atender a estos imperativos. Así, frente a la posición de la mayoría constitucional “sugiriendo una intervención del legislador para que las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos pudieran tener efectos civiles matrimoniales” –fj 4, in fine–, considera que el problema es otro, cual es la protección que merece el *derecho a ser respetada su diversa identidad cultural*, a cuyo fin el presupuesto jurídico-formal de “*la validez previa del matrimonio gitano a efectos del Derecho de familia no era necesaria...*” para otorgar el amparo reclamado.

En definitiva, y sin perjuicio de profundizar en algunos otros razonamientos de gran significado jurídico, tanto constitucional como de orden comunitario –el principio de proporcionalidad–, otro “mundo jurídico” es posible, aquí y ahora, sin necesidad de una expresa mediación legislativa, es lo que viene a decir, y exigir, el Magistrado. La exigencia del vínculo matrimonial civilmente aceptado o aceptable no resulta, pues, tan neutral desde la perspectiva de la igualdad efectiva de trato. Pero ¿estamos sólo ante la Opinión, razonada y respetable, pero aislada, típica de “uso alternativo del Derecho”?

Mi respuesta es claramente negativa, esto es, en modo alguno, pese a las críticas que ha cosechado esta posición y el favor hacia la posición de la mayoría de un buen número de autores, esta lectura constitucional es irrazonable o resulta desproporcionada. Más aún. A través de nuevos pronunciamientos judiciales, aunque sobre situaciones diferentes, por cuanto sí presupone la existencia de un matrimonio válido civilmente, es posible comprobar esta “militancia judicial” en la relectura de las normas conforme a las nuevas realidades sociales.

En esta ocasión, me refiero a la creciente proliferación de decisiones judiciales que otorgan retroactividad a las normas que ya reconocen,

como no podía ser de otra manera, la pensión de viudedad en caso de parejas matrimoniales del mismo sexo, a raíz de la nueva regulación introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Aunque sabido es que esta lectura está encontrando el disfavor de los TTSSJ (4), lo cierto es que son muchos los *jueces de lo social* que se pronuncian a favor del valor retroactivo de la Ley, aplicando analógicamente la previsión de la Disposición Adicional 10ª de Ley 30/1981, del Divorcio a estos efectos, como una exigencia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación contenidos en el artículo 14 CE. Sin perjuicio de un análisis algo más detenido en este trabajo, lo que en este momento introductor me interesa destacar es cómo en el ámbito jurídico, y en especial cuando están en juego la realización de los derechos fundamentales de la persona, así como de los grandes valores que ordenan su convivencia en las diferentes esferas de la vida social, en nuestro argumento en todo lo relativo a la relación de pareja, no es posible realizar afirmaciones rígidas y dogmáticas ni, todavía menos, es aceptable mantenerse anclados en las mismas lecturas de las normas que en el pasado, como si la realidad española no hubiese mutado intensamente.

El propósito de este trabajo es acercarnos a la evolución que ha experimentado el Derecho Social, en especial en su rama laboral y en la de seguridad social, en orden a la protección de las formas de convivencia en pareja que hoy conoce nuestra sociedad. A tal fin, ofreceré una exposición, breve pero espero que suficientemente ilustrativa, de cómo se va afirmando progresivamente el principio de paridad de trato entre las formas matrimoniales típicas –matrimonial– y las formas atípicas de uniones de pareja, rompiendo el monopolio que hace tan sólo unos años mantenía la forma matrimonial. Para ello, evidenciaré la situación en que actualmente se encuentra el sistema de fuentes socio-laborales, desde la Ley, con particular atención a las más recientes reformas que se han llevado a cabo en estos ámbitos, a la negociación colectiva, cada vez más atenta a estas nuevas realidades y a la expansión para ellas del trato dado a las formas de unión matrimonial, pasando, cómo no, por la doctrina judicial, que crecientemente ha de en-

(4) En sentido favorable a la retroactividad de la Ley, en orden a reconocer pensiones de viudedad a las parejas homosexuales que tuvieran voluntad de contraer matrimonio pero no lo hubieran podido hacer por impedírselo la Ley, puede verse la SJS n.33 de Madrid, 14 de noviembre de 2005 –revocada por STSJ, Social, Madrid 18 septiembre de 2006–, o la SJS Islas Canarias, Arrecife, n. 351/2006, de 28 de junio. En contra de esta posibilidad también la STSJ, Social, Cataluña, 6 de junio 2005.

frentarse con mayor frecuencia y diversidad temática a este factor de pluralidad socio-cultural.

II. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE CONVIVENCIA EN EL TRABAJO Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

Como auténtica creación humana que es el Derecho aparece siempre como producto histórica y culturalmente datado. Eso significa que el Derecho sólo es comprensible en un contexto temporal, que es el que lo dota de sentido. La inserción del Derecho en un sistema socio-económico e ideológico-cultural concreto determina que aquél no pueda ser ni explicado ni comprendido al margen del propio dinamismo de los tiempos en que vive, sin que pueda mantenerse como una creación permanente, eterna e inmóvil. Al contrario, queda sometido a una dialéctica continua, en la medida en que su proyección hacia el futuro le lleva a romper con un pasado al que, sin embargo, no puede ni borrar ni arrastrar por completo, esto es, “superar” de un modo definitivo (5).

Sin embargo, esta historicidad del Derecho y su análisis desde el referido enfoque socio-temporal dejan emerger la concepción hoy dominante del mismo, según la cual el Derecho es un producto especialmente moldeable por la realidad social y por las fuerzas que en ella interactúan, por tanto las que presionan por la continuidad de las situaciones, pero también, y sobre todo, por lo que concierne a los derechos fundamentales de las personas, las del cambio, esto es, las que pulsán por la adaptación de los “textos” a los nuevos “contextos”. Esta visión dinámica y evolutiva del ordenamiento ha contado con una especial difusión en el ámbito de lo que hoy se conoce como “Derecho Social”, impulsado por el nuevo modelo de constitucionalismo normativo típico del Estado Social de Derecho –artículo 1.1 CE–, y muy particularmente en el Derecho Social del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. Precisamente, en pocas ramas como en éstas, el fenómeno de la internormatividad (6), esto es, el de la interrelación entre la normatividad jurídica y otras normatividades sociales –acción sindical, prácticas de la

(5) Vid. OST, F. “L’instantané ou l’institué ? L’institué ou l’instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? ». En OST, F-VAN HOECKE. Temps et droit, Le droit a-t-il pour vocation de durer ?. Bruxelles. Bruylant. 1998. p.7.

(6) Vid. RIPERT, G. Les forces créatrices du Droit. LGDJ. Paris. 1955, pp. 317 y sgs ; SAVATIER, R. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd’hui. Dalloz. Paris. 1952, pp.12 y sgs ; BELLEY, J.G. (Dir.). Le Droit Soluble. Contributions québécoises à l’étude de l’internormativité. LGDJ. Paris. 1996, p. 279.

empresa, situaciones de necesidad de las personas...-, aparece tan arraigado. Desde esta perspectiva, el Derecho, y sus tensiones creadoras y destructoras, ocupa un lugar muy destacado en la aceleración –promoción–, o atemperación –ralentización–, de los cambios sociales, no mostrándose jamás indiferente a los mismos. En definitiva, antes o después, las fracturas entre el tiempo socio-cultural y el tiempo jurídico se corrigen.

Si desde este plano general pasamos al más concreto, será muy fácil verificar la corrección del mismo reclamando la atención sobre el trato dado por el Derecho a los cambios de las estructuras familiares en general, y en particular a los nuevos modos de convivencia en pareja. La diversidad de formas que hoy asume la vida en pareja, y la consiguiente complejidad de modos de vida en familia, está encontrando, y no podía ser de otra manera, una creciente presencia a lo largo y ancho de los distintos sectores del Ordenamiento Jurídico, por lo que el anterior significado puramente fáctico ahora reviste, en diferentes grados, un sentido jurídico evidente. En consecuencia, no es el modelo matrimonial el único relevante para organizar socio-jurídicamente las relaciones interpersonales, al multiplicarse las normas que atribuyen consecuencias jurídicas a las más diversas formas de unión “*more uxorio*”.

No obstante, al mismo tiempo, son también evidentes las resistencias de los ordenamientos a dar plena cabida a este fenómeno de transformación social. A día de hoy, parece que también en el futuro, pervive la diferencia de regulación, en términos peyorativos, respecto de la forma matrimonial que, antes bien, parece haber encontrado nuevo “oxígeno” con la célebre, y polémica, Ley 13/2005, por la que se modifica el CC, pese a que sus críticos sostienen lo contrario. La razón es que se vuelve a colocar la institución del matrimonio en el eje de la organización jurídico-social y económica de una relación de pareja, en este caso entre personas del mismo sexo, colectivo que había nutrido, hasta ese momento, el modelo alternativo de las llamadas “parejas de hecho”.

Sin perjuicio de este extraño “renacer”, la presencia de la realidad de las parejas de hecho en la vida social es ya inexorable. Y se presenta en todas las facetas de la vida social, incluida, cómo no, la laboral, si quiera sea porque ésta ocupa parte determinante de nuestros tiempos de vida. La familia, en sus diferentes formas, aparece hoy como un valor extra-patrimonial de especial significado en la ordenación del mundo del trabajo, como evidencia el que la cuestión relativa al conflicto de la conciliación de la vida en familia y la vida laboral ocupe un lugar destacado en la política legislativa, a juzgar por la centralidad que esta cuestión tiene en recientes Leyes, como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de

marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres –LOIS–, y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–. Las transformaciones de la vida en familia se convierten, pues, en una fuente de creación de situaciones particulares y cada vez más diferenciadas que, en cuanto generadoras de desigualdades persistentes, llaman a la adopción de medidas específicas para corregirlas, entre las que tienen un creciente encaje las denominadas “*acciones positivas*”.

No procede aquí emprender un análisis exhaustivo de los factores de mutación de las realidades familiares relevantes para el mundo de las relaciones de trabajo y para las, paralelas, de las relaciones de protección social. Aquí bastará con poner de relieve cómo el gradual surgimiento de nuevas realidades socio-familiares no es un dato aislado, sino que en realidad refleja una singular manifestación del “pluralismo social” que caracteriza nuestras sociedades, impregnadas de una multiplicidad de situaciones dominadas por la diversidad de convicciones de tipo personal, por la “multiculturalidad” y, en definitiva, por la heterogeneidad de opciones personales, fiel reflejo a su vez de paralelos procesos sociológicos. Si en un pasado todavía próximo escasos eran los conflictos socio-laborales suscitados por la aplicación de preceptos constitucionales relativos a “situaciones personales” de los trabajadores, como la libertad religiosa, la libertad de expresión, la igualdad de condición social, la libertad de orientación sexual, la libertad de creencias, prácticas y culturas..., en los últimos años tal panorama ha experimentado giros relevantes.

Así, tanto en los países de nuestro entorno económico y cultural, cuanto entre nosotros, aflora al primer plano del debate jurídico *en qué medida quedan protegidas las diferencias* culturales, de convicciones o de creencias, de pautas de ordenación de la vida personal y de la familiar, y en general de todas las que derivan del “libre desarrollo de la personalidad” ex artículo 10.1 CE, en el mundo del trabajo y en el de los sistemas de acción social. El enfoque tradicional, adoptado incluso en sede de la doctrina del TCO, se ha mantenido fuertemente tributario del principio de neutralidad de la empresa –también de los servicios públicos de acción social– respecto de las convicciones y modos de convivencia de los trabajadores. Sin embargo, los derechos constitucionales del trabajador, *uti cives*, se abren paso en los lugares de trabajo, reduciéndose la incoherencia entre el trato jurídico que reciben dentro y fuera de él. En definitiva, en un sistema económico dominado por los imperativos de productividad y, por tanto, de adaptación flexible de los intereses de los trabajadores a los de rentabilidad y competitividad de las empresas, la mayor compensación que recibirían los trabajadores sería la

de ver cómo sus derechos constitucionales de tipo personal, no ya profesional, se reconocen en la fábrica y conforman una suerte de nueva etapa de civilización de la empresa, en la que los trabajadores ven no sólo como se respetan sino también cómo se protegen sus decisiones en los modos de ordenar su convivencia social y familiar.

Queda claro, pues, que al margen de cuál sea el concreto contexto económico, productivo y financiero, son cada vez mayores los imperativos de ajuste de las leyes laborales y de seguridad social a las nuevas realidades sociales, cerrando o limando la brecha hoy existente entre la representación normativa, más pegada a la unidad, y la conciencia social sobre la realidad, que acepta de modo inexorable, aún con las típicas resistencias, la extrema diversidad de situaciones y opciones vitales. En consecuencia, el problema de la tutela las minorías, sean étnicas, sociales, culturales, religiosas... en las relaciones de trabajo y en las de protección social presenta hoy dimensiones y facetas que obliga a una profunda revisión no ya sólo de las normas, sino también, y sobre todo, de las construcciones y lecturas aquilatadas sobre ellas, a mi juicio demasiado ancladas en la tradición,

Pero si sobre este imperativo jurídico-evolutivo o de reajuste, tanto normativo como interpretativo, se difunde un creciente convencimiento, no hay tanto consenso en orden a determinar a quién incumbe llevarlo a cabo. La cuestión se centra básicamente, pues, en determinar quién debe ser el sujeto dotado de fuerza normativa creadora más adecuado para llevar a cabo el cierre de esa brecha. Por supuesto no se trata de negar el primado que tiene el Legislador en esta materia, conforme al principio de legitimidad democrática, sino evidenciar hasta qué punto ha quebrado su tradicional "monopolio" al respecto, en un momento en el que el sistema de fuentes se ofrece más plural que nunca, en especial en el ordenamiento social. En este sentido, no puede desconocerse que entre esas fuentes, sobre todo en el ámbito de las relaciones laborales y en las de protección social, tienen un papel protagonista los *sujetos sociales*, a través del llamado "Diálogo Social" –*Legislación negociada*– y de la autonomía colectiva –los *convenios colectivos*, poder normativo de origen privado pero con suficiente capacidad como para conformar un sistema de garantías para la promoción de los derechos fundamentales de la persona–.

Pero es evidente que la cuestión evolutiva aún debe ir más allá, por cuanto la experiencia, muy por encima de las resistencias del dogma legalista, atestigua que no es posible crear una Ley que disponga de una respuesta para todas las cuestiones que surjan, porque las leyes no sólo tienen lagunas e incurrir en contradicciones con el resto del Ordena-

miento, sino que sólo arraigan cuando resultan coherentes con los “juicios de valor” que forjan la conciencia social de cada tiempo. Ningún “corpus iuris”, esto es, ningún orden jurídico es sólo “masa”, sino que es un sistema de reglas que permite al juez la reformulación de textos positivos conforme a un orden de valores, principios y derechos fundamentales, entre ellos los de igualdad de trato y no discriminación.

En definitiva, el Juez, que ha de sentirse concernido por la llamada que hace la CE a los “poderes públicos”, entre los que se encuentra, no puede actuar al margen del factor temporal –artículo 3.1 CC–, y es evidente que los tiempos lejos de mantenerse inmóviles, quietos, varían sustancialmente. En este sentido, aunque no todo cambio de relaciones tiene que implicar de inmediato una modificación del sentido de las normas, es evidente que la intensificación del cambio social y la multiplicación de nuevos datos normativos, debe impeler a una solución por vía interpretativa, modificando la doctrina anterior o promoviendo un desarrollo judicial del Derecho, cuando la obsolescencia de la comprensión pasada –histórica– de la ley ha llegado a ser “evidente” (7). A mi juicio, esta es la visión que subyace al voto particular evidenciado en la STCO 69/2007 y es la misma que late en la doctrina judicial “rearmada” a propósito de la vigencia retroactiva de la Ley 13/2005. Y al margen de la mayor o menor bondad de sus argumentos, incluso de su acierto para las situaciones concretas, entiendo que es la única realmente acorde con los mandatos constitucional y comunitario en materia de derechos de las personas, y en especial, respecto de la tutela reforzada de los principios de igualdad y de no discriminación del artículo 14.1 CE en relación a los artículos 9.2 y 10.1 CE.

III. MANDATOS CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIO DE RELECTURA CONTINUA DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: MÁS ALLÁ DE LAS PROHIBICIONES DE TRATO PEYORATIVO

La Constitución actúa como motor permanente de transformación social de las sociedades complejas y fragmentadas del capitalismo tardío, a través de diversos mandatos en los que sintetiza el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. La caracterización más típica de este paradigma jurídico reside el énfasis puesto en la plena efectividad de

(7) Vid. K.LARENZ. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel. 1994. p. 347.

los derechos fundamentales, de modo que tanto sobre la legislación como sobre la acción administrativa y también sobre la jurisprudencia recaen no sólo el *deber de evitar* la ineffectividad de los derechos fundamentales, sino también el *deber de promover* la máxima participación, en libertad e igualdad, de todas las personas en la vida social. A tales fines, preceptos como los artículos 1.1, 9.2 y 10.1, no son meras declaraciones retóricas, sino un imperativo de racionalidad jurídico-material del sistema jurídico-legal.

Este entendimiento significa, cuando menos, que los “poderes públicos” han de buscar los “medios” adecuados para lograr que la igualdad ante la ley ex artículo 14 CE se aproxime a la realización de los valores y principios de legitimación social de las normas jurídicas, haciendo realidad las condiciones de igualdad real –STCO 189/1987–. En esta dirección, no sólo permite sino que exige de la acción pública el establecimiento de acciones positivas a favor de los colectivos que no disfruten de esa igualdad, pese a proclamarlo el orden jurídico “legal”. Ciertamente, al amparo del artículo 9.2 CE no puede pretenderse obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma que, leída bajo ciertas pautas, haya incumplido, u omitido, el mandato de promoción de la igualdad real, pues el mandato constitucional no genera un derecho subjetivo al trato desigual –STCO 98/1985–. Ahora bien, sí legitima el recurso a formas de garantía especial de los derechos, a fin de corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de los “bienes” garantizados por una sociedad, padece una sociedad cuyas desigualdades han sido valoradas de modo negativo por la propia Norma Fundamental –STCO 19/1988–.

Desde este punto de vista, el mandato del artículo 9.2 tiende a configurarse como una condensación del entero Derecho Social y, sobre todo, del Derecho del Trabajo, en el plano de las estrictas relaciones entre particulares ordenadas mediante el contrato de trabajo, pero también del Derecho de la Seguridad Social, como orden jurídico de la acción de los poderes públicos a favor de las personas que han perdido, temporalmente o de modo definitivo, la capacidad de obtener una renta por sí mismos para subvenir a su supervivencia. Sin duda, los principales sujetos obligados por este proyecto igualador de trabajadores en particular, y ciudadanos en general, son los titulares de la “acción prestacional”, esto es, el Legislador –estatal y autonómico–, cada uno en sus respectivos ámbitos de competencia, así como la “procura administrativa”. Pero, como se dijo más arriba, en el ámbito de las relaciones sociales de producción, están también vinculados los sujetos socio-económicos y, entre los poderes públicos, los jueces en su tarea de interpretar

las Leyes conforme a ese paradigma constitucional de efectividad de los derechos, en especial del de igualdad.

En consecuencia, la vertiente material del derecho a la igualdad de trato, así como el derecho a la prohibición de toda discriminación, hacen de los textos legales que delimitan los derechos sociales de los ciudadanos un orden jurídico abierto, en permanente tensión entre la vertiente formal de la igualdad y la vertiente material o de efectividad. Por lo tanto, si algo deja claro el mandato constitucional del artículo 9.2, también del artículo 10.1 CE, es el fin de cualquier pretensión de homogeneidad social.

De nada, o de poco, serviría la protección de los valores de libertad, de igualdad y de pluralismo –artículo 1.1 CE–, si no se garantizan los presupuestos fácticos, reales, que exigen su uso. La libertad es sólo efectiva cuando se dispone de las condiciones, tanto materiales como “espirituales”, requeridas para hacer creíble la autodeterminación que aquélla supone. La garantía legal de los derechos, pues, ha de tener siempre en cuenta el desequilibrio real de poderes –en las relaciones de trabajo– y situaciones –en las relaciones de protección social–, de modo que permita en todo momento el reequilibrio entre los individuos y grupos. En definitiva, todos los poderes públicos, además de los sujetos sociales con especial fuerza normativa creadora –los interlocutores sociales–, han de quedar concernidos, aunque sea con recursos y en grados bien diferentes, a esa imagen dinámica del orden socio-económico a alcanzar o propugnado por la CE (8).

Por supuesto, todos sabemos que la efectividad de este vínculo depende tanto de la concreta situación económica de cada momento y el “programa cívico-social” de cada Gobierno, pero igualmente sabemos que el legislador, en un Estado Constitucional de Derecho, no es en modo alguno libre para aplicar a su arbitrio los derechos que integran el proyecto constitucional de igualdad y libertad reales y efectivas y, en cualquier caso, no puede en modo alguno impedir que las normas varíen de sentido en su aplicación a cada tiempo social, a través de interpretaciones orientadas hacia la efectividad de los mandatos de la CE y acordes a dicho signo de los tiempos. Entiendo por ello acertado el punto de partida del Juez Social que, respecto del sentido a otorgar a la Ley 13/2005, incluye entre los poderes públicos obligados por el mandato del artículo 9.2 CE, “que habitualmente se ignora”, a los jueces, cuyas

(8) Hemos analizado esta cuestión con más detalle en J.L. MONEREO-C. MOLINA. “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”. En AAVV. *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*. Comares. Granada. 2002. pp.131 y sgs.

lecturas ha de colaborar igualmente a hacer efectivo el deber de remover los obstáculos para que la libertad e igualdad de las personas y de los grupos sean reales, sin que por ello se esté evocando ninguna deriva del pensamiento propio del “uso alternativo del Derecho” (9). Precisamente, aquella libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales, uno de los argumentos que están en la base de la doctrina excluyente de la igualdad de trato de las relaciones de pareja que no responden a la forma matrimonial, no ha sido suficiente para impedir avanzar en la igualdad de trato de otras situaciones diferenciales, siendo paradigmático el ejemplo del sexo.

En efecto, el tratamiento de la diferencia de sexo está resultando paradigmático para ilustrar las posibilidades de progreso en la igualdad no sólo desde la acción legal, sino también desde la acción interpretativa. Así ha sucedido, por citar algún ejemplo, respecto al control de constitucionalidad de la regulación sobre el contrato a tiempo parcial –que afecta predominantemente al sexo femenino–, o en relación a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar –repercute en una proporción mucho mayor sobre mujeres, lo que acaba concretándose en un trato diferencia injustificado que debe removerse del ordenamiento–. En este último ámbito, el ejemplo más reciente y evidente de llamada al juez social, al que se reprende por no haber dado ese paso desde la legalidad ordinaria a la constitucionalidad, para que realice una lectura de las leyes más acorde tanto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, cuanto al mandato de tutela de los intereses familiares, lo encontramos en la STCO 3/2007, de 15 de febrero.

En cambio, respecto del tratamiento jurídico a las diferentes formas de unión de pareja no ha ocurrido lo mismo, ignorando en buena medida datos relevantes, como es el relativo a la constitución de esas formas de convivencia en muchos casos por quienes tienen una diferente orientación sexual a la “normal” –parejas homosexuales– y pese a que la orientación homosexual sí ha sido reconocida constitucionalmente como factor de una discriminación histórica –STCO 41/2006, de 13 de febrero–. Debe criticarse con fuerza, pues, el enfoque extremadamente tradicional y formalista asumido en esta materia, a comenzar por la doctrina constitucional, atendiendo también a este argumento de la peor condición atribuida a otros criterios de diferenciación que han sido

(9) Vid. SJS Madrid, número 33, de 14 de noviembre de 2005, cuyo fallo ha sido revocado, no obstante, por la STSJ Madrid, 18.9.2006.

fuente de discriminación, al igual que el sexo. Qué duda cabe, pues, que es el paradigma legal, sin duda, pero también jurisprudencial, seguido respecto del trato que merece las diferencias de sexo, el de *su igual valoración jurídica*, el idóneo para ilustrar el trato que merecen las restantes diferencias de identidad –de cultura, de etnia, de religión...– (10).

En definitiva, la CE es un ilustrador ejemplo de convivencia entre dos mandatos. Por un lado, el de máximo respeto a la libre afirmación y desarrollo de las diferencias personales y sociales, que no quedan abandonadas “al libre juego de la ley del más fuerte” sino que son objeto de las “leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales”. Por otro, el de asunción de todas ellas con “igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento”, pues de todas predica la “igual dignidad” (11).

Desde esta óptica, queda claro que el reconocimiento de las diferencias no puede actuar sólo como hecho sino también como fuente de derechos. Por tanto, debe impedir que la constatación de esta diferencia conlleve la pérdida de derechos o la creación de significativas fracturas entre situaciones que responden a diversos modelos de vida, a diversas convicciones, a distintas opciones, reflejo del libre desarrollo de la personalidad, pero que no pueden tener tratamientos radicalmente diferenciados. En definitiva, si la diferencia puede protegerse a menudo sólo con la libertad de acción, siempre que reúna unas mínimas garantías de transparencia, en aras de la seguridad jurídica, la equidad de trato suele requerir, además, una relectura de las normas vigentes en clave de igualdad material o sustancial, incluso aunque ello suponga favorecer posiciones otrora consideradas como minoritarias.

Este mandato de transformación social en pro de mayores cotas de igualdad real que no cesa de tener referentes legales. Así, conforme al artículo 14.6 LO 3/2007, relativa a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, para actualizar los fines perseguidos por la Ley, será criterio general de actuación de los *Poderes Públicos*

*“La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como **son las***

(10) Para un análisis magistral de los diferentes modelos de configuración jurídica de las diferencias L.FERRAJOLI. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 1999. pp. 73 y ss.

(11) Vid. L. FERRAJOLI. *Derecho y Garantías*. Op. Cit. p. 76.

que pertenecen a minorías..., las mujeres viudas..., para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva"

Pero, como ya se evidenció, es el entero sistema de fuentes, y no sólo la Ley, en especial en uno tan plural como el característico del Derecho del Trabajo, y en menor medida también del Derecho de la Seguridad Social –Legislación negociada; mejoras voluntarias por vía privada–, el que está obligado a realizar esos mandatos no solo de protección, sino de promoción, removiendo cuantos obstáculos se interpongan a la igualdad. Quizás la búsqueda de la necesaria igualdad de trato para las parejas de hecho “registradas” en general, ante la extremadamente férrea resistencia judicial, sólo pueda alcanzarse desde la Ley, pero no puede entenderse lo mismo para todos los casos. La constatación de hechos diferenciales que deben ser objeto de especial protección, por existir suficiente constancia fáctica –estadística y social– de que sobre ellos se ha construido una situación de trato peyorativo, de injustificadas desigualdades y, a menudo, de auténticas discriminaciones, directas o indirectas, debe obligar al juez a ser mucho más cuidadoso en sus razonamientos, a aplicar las técnicas de interpretación como un “pintor de pincel” o “pluma fina”, al estilo, se insiste, de lo que está ocurriendo con la igualdad de trato y la prohibición de no discriminación por razón de sexo.

Desde este enfoque, es evidente que no puede resolverse del mismo modo, en sede judicial, los casos en los que aparezcan situaciones como “parejas homosexuales”, que no han podido nunca formalizar su voluntad de contraer formas de unión de pareja más clásicas y “socialmente aceptadas” –la matrimonial–, por impedírsele tanto la conciencia social dominante como las leyes que protegen su hegemonía, o “matrimonios gitanos”, por hacer referencia al caso concreto que motiva nuestra reflexión más general. Este es el enfoque del voto particular a la STCO 69/2007, así como el propuesto, hasta el momento sin éxito en la doctrina de suplicación –TTSSJ–, por los Juzgados de lo social que, como ya se puso de relieve, creen necesario “comprender” la Ley 13/2005 no sólo como reflejo del mandato de paridad ex artículo 9.2 CE “hacia el futuro”, sino también “hacia el pasado”, atribuyendo cierta eficacia retroactiva a la Ley.

Por eso, considero que no pueden despacharse estas posiciones interpretativas con la facilidad con que lo hace la concepción mayoritaria, volviendo a una lectura tradicionalista y formal de las normas y enfatizando en extremo el carácter pretendidamente sólo legislativo de esta

acción de remoción de las desigualdades de trato y de promoción, al contrario, de una auténtica paridad socio-jurídica. Reiterando los mismos, o análogos razonamientos, que la doctrina constitucional –SSTCO 184/1990; 125/2003– y la jurisprudencia del TS –SSTS, 4ª, 11.11.2003, 26.5.2004–, no obstante algunas dudas, viene aplicando al tratamiento de las “parejas de hecho” en general, se sigue ignorando la fuerza vinculante de los valores, principios y derechos de origen constitucional, pero con el agravante en este caso de que están en juego derechos de eficacia directa e inmediata, como son los principios de igualdad de trato, que sólo tolera desigualdades razonables y proporcionadas –principio de proporcionalidad–, y sobre todo el principio de no discriminación. Por eso, es contrario a la CE anclarse en la validez formal del matrimonio conforme a ciertas pautas –en el caso el matrimonio gitano conforme al vigente Derecho de Familia–, cuando tanto la Administración como la Sociedad ha reconocido una unión de vida en pareja como si se tratase de una familia matrimonial, como con toda razón concluye el voto particular a la STCO 69/2007.

En suma, al margen de que hoy sea conciencia social mayoritaria la de avanzar en el igual trato de todas las formas de unión de pareja y que la acción legislativa se proponga ampliar la cobertura de estas formas de familia atípicas, el problema, como dijimos, es bien diferente. En efecto, en los dos casos aquí indicados, y que no son aislados sino expresión de un problema mayor en el referido contexto social multicultural en sentido amplio: la protección de las diferentes identidades culturales –y de orientación sexual–.

Y a tal fin no basta con invocar, como es frecuente en la propia doctrina constitucional mayoritaria, el pretendido principio de “neutralidad” de las normas –tanto en el ámbito laboral como en el de Seguridad Social–, cuando la realidad que se atiende es la de personas que pertenecen a minorías, sean étnicas o de cualquier otro tipo, que han sido tradicionalmente objeto de múltiples tratamientos injustos, marginadores, y, en definitiva, discriminatorios. Las garantías de efectividad de los principios de igualdad de trato y de no discriminación exigen, pues, una especial protección en tales casos, para lo que habrá que releer en esta clave de máxima efectividad tanto las viejas normas como, sobre todo, las nuevas. Este segundo contexto normativo de referencia es el atendido por la referida doctrina judicial reciente, pero de momento también “vencida” se insiste –STSJ, Social, Andalucía/Sevilla, 15.3.2007–, que aboga por reconocer el derecho a percibir pensión de viudedad, en casos de parejas de hecho compuestas por personas del mismo sexo, al superviviente, cuando la ruptura se produce por el fa-

llecimiento del otro integrante antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

Por fortuna, la evolución del sistema de fuentes comienza a evidenciar un claro cambio de situación, tanto en el ámbito jurídico-laboral como de seguridad social. Veamos breve pero ilustrativamente cómo se está produciendo ese ajuste del sistema jurídico-social al modelo constitucional.

IV. LA GRADUAL PERO IMPARABLE EVOLUCION DEL SISTEMA DE FUENTES HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

1. El estado de la cuestión en el Derecho del Trabajo: la determinante contribución de la negociación colectiva en el mandato de parificación

La protección de los “intereses de la familia”, con mayor o menor intensidad, ha sido una constante del Derecho del Trabajo español. Si en los orígenes esta protección se ligaba a la “familia matrimonial”, hoy tiende a desprenderse de esta vinculación de antaño. La prueba está en que hoy se tutelan las relaciones familiares en sentido amplio, al margen del modo en que quedan integradas. Esto se debe a que la protección jurídica se dirige más que a la “pareja”, y por tanto a sus “formas de constitución”, a las “cargas familiares”, por tanto básicamente a la necesidad de conciliar esas responsabilidades, en especial a los descendientes y a los ascendientes –personas mayores, en situación de dependencia–.

Esta atención del ordenamiento jurídico laboral a la familia en sentido amplio adquiere hoy una especial dimensión. El hito más reciente y trascendental al respecto es la LO 3/2007, que no sólo trata de dar una mayor protección a los llamados derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, sino que incluso pretende incidir en el modo tradicional de organización de la atención a tales intereses familiares, en la medida en que propone el principio de “corresponsabilidad” entre ambos progenitores, lo que por sí mismo representa, al margen del mayor o menor acierto en las formas técnicas y de la clara insuficiencia de los derechos reconocidos a tal fin, un claro intento de renovación en profundidad de las pautas tradicionales de organización familiar. La tradición, sin embargo, sigue resistiéndose a desaparecer.

A este respecto, y por lo que aquí más de cerca toca, aún podemos encontrar con plena vigencia normas laborales que atienden a situaciones de pareja matrimonial. Un típico ejemplo es el artículo 37.3 a) LET, que reconoce un “permiso” retribuido de 15 días naturales en caso de “matrimonio”, sin que haya a día de hoy previsión análoga para la constitución de una pareja de hecho, aunque cuente con transparencia pública, porque se haya registrado, conforme a las legislaciones autonómicas que contempla estas nuevas formas de unión de pareja. Pero también persiste la diferencia de trato en relación al denominado derecho de preferencia en la movilidad del “cónyuge” cuando se produzca un traslado del otro –artículo 40.3 LET–.

La conservación de este status quo favorable a las parejas matrimoniales se ha producido a lo largo y ancho de la extensa negociación colectiva de nuestro país, de modo que hasta hace bien poco tiempo mantenían una clara diferencia reguladora a favor de la forma matrimonial de unión familiar. En esta dirección tradicional, todavía son muchos los convenios colectivos que mantienen los “premios de nupcialidad”, que son gratificaciones económicas recibidas por los trabajadores por contraer matrimonio. Por fortuna, los sujetos sociales han ido comprendiendo que era necesario un cambio, de ahí que, sin ser mayoría, sin representar un número muy significativo los convenios que introducen una cláusula de igualdad de trato a las parejas de hecho en los derechos reconocidos por el Convenio Colectivo. Así, por ejemplo, el *CC de Comercio de Flores y Plantas* –artículo 34–, cuyo tratamiento ampliador no ha encontrado obstáculo alguno en la jurisprudencia, como era de esperar –STS, 4ª, 10.11.2005– (12).

También aparecen estas cláusulas de equiparación en otros productos acordados, como son los acuerdos colectivos de empresa. Así, puede verse en relación a una importante cuestión, como es la relativa a las medidas relativas a la acción social de la empresa, el Acuerdo celebrado, en fecha 19 de enero de 2000, por las representaciones empresarial y sindical de los Bancos Santander y Central Hispano –BSHC–, por el que se regulaba la “*Unificación de las Mejoras Sociales Extra-convenio*” diferencia entre solteros y los que viven bajo alguna forma de unión familiar –casados, “parejas de hecho” registradas; STS 15.12.2004–.

(12) De especial interés el documento – “*Regulacions de les parelles de fet*” colgado” en la página web del Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña, en el que se recogen todos los convenios vigentes que ya incorporan, con carácter general o para determinados derechos laborales, sobre todo en el ámbito de los permisos y de las ayudas, las cláusulas de equiparación para las parejas de hecho.

Un ejemplo reciente de buena práctica en este ámbito es el artículo 8 del CC de la Empresa Gallina Blanca, SA, según el cual:

“ En todo lo establecido en el presente convenio, la situación de pareja de hecho se equiparará al matrimonio, estando ello sujeto a lo que establece la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio” (13).

En otros casos la cláusula no es tan clara y extensa, de modo que se producen algunos problemas interpretativos del sentido y alcance del mandato de trato igual, por lo que han tenido que pronunciarse al respecto los Tribunales. Pues bien, por lo general, cabe apreciar una orientación expansiva a la hora de interpretar el contenido de la cláusula convencional de equiparación, por lo que la apertura evidenciada en otros órdenes judiciales (14), también ha llegado al Orden Social. En este sentido, de interés la STS, 4ª, 21 de mayo de 2002, relativa a la interpretación de un precepto del CC de RENFE. De este modo, realmente “no se trata de desconocer la distinta naturaleza y efectos de las uniones matrimoniales y de las convivencias de hecho, sino de interpretar lo querido por la norma convencional, cuando establece la repetida igualdad de beneficio entre las uniones de derecho y de hecho en su ámbito de aplicación. Por ello el dato de que en el personal familiar... de la norma paccionada se incluyan, como hijos, los adoptados y los menores en acogimiento familiar *no puede considerarse como una voluntad convencional dirigida a restringir o limitar los derechos que a la unión de hecho otorga el repetido artículo, que, ahora, comentamos*”.

Esta orientación expansiva significa, entre otras cosas, la regulación de los derechos de «*parejas de hecho*» sin mención alguna a la orientación sexual. Por tanto quedarían incluidas tanto las parejas heterosexuales como homosexuales, “al no existir norma o término alguno que el texto del Convenio del que pueda deducirse que la intención de las partes era regular los derechos de parejas heterosexuales” –STSJ, Social, Madrid, 15.1.2002–. En esta dirección, los Tribunales, al igual que los CC, suelen otorgar relevancia interpretativa al dato de su regulación legislativa por las CCAA, cuya finalidad es regular otro tipo de uniones distintas a la matrimonial y que hasta la fecha carecían de toda regula-

(13) Otros convenios siguen la misma senda. Como, por ejemplo, el artículo 42 CC Sector de la Confección de “ante”, 2005-2007

(14) Por ejemplo la SAP Cádiz 27.12.2002, respecto del delito de malos tratos psíquicos a persona con quien se mantiene una relación de afectividad estable, al modo de la relación matrimonial, invocando la mujer víctima de violencia machista la existencia del matrimonio por el rito gitano; o la STSJ Aragón, Civil y Penal, 17 de mayo 2005.

ción legal. Especialmente interesante es la STSJ, Social, Cataluña, 13.5.2005, en la que el conflicto lo suscitaba un trabajador “soltero”, que creía discriminatoria la mayor protección de los que vivían en pareja, aún de hecho.

La sentencia entiende que

*“con independencia de que personal y subjetivamente se pueda considerar o no que el plus controvertido pueda ser excesivo en su cuantía o desproporcionado para conseguir los fines que persigue, lo que tratándose de un pacto de empresa depende de la voluntad negociadora de los sujetos colectivos que lo pueden cambiar en cualquier momento..., no se puede dejar de tener en cuenta que su inicio se remonta... a normas de ayuda familiar que estaban incluidas en muchas Reglamentaciones de Trabajo, Convenios Colectivos, Reglamentos de Régimen Interior, y también en la legislación del Estado sobre «Plus Familiar», que complementaban los bajos salarios entonces existentes con ayudas a los trabajadores casados, sin que al estar incluido en un pacto de empresa pueda considerarse que se trate de una diferenciación arbitraria, ni tampoco que sea discriminatoria respecto de los trabajadores solteros sin pareja, al no contemplar ningún mandato ni positivo ni negativo sobre este colectivo, y haberse limitado la empresa a abonarlo según lo pactado, **habiéndose actualizado dicho pacto en una concepción más actual de la familia que incluye las parejas de hecho**, pudiéndose entender adecuado a la finalidad de protección a la familia reconocida en el artículo 39 de la CE...”*

2. El estado de la cuestión en el Derecho de la Seguridad Social: las nuevas piezas legislativas, actuales y proyectadas.

No cabe duda que el ámbito donde más polémico ha resultado el distinto trato dado por el Derecho Social a las parejas matrimoniales respecto de las que sólo lo son de hecho, incluso aunque estuviesen registradas (15), ha sido en el de la Seguridad Social, y más en particular en el ámbito de las pensiones de viudedad, al defenderse, casi en un

(15) Para la diversidad de modelos nacionales a tal fin, distinguiéndose entre el modelo puramente fáctico –parejas de hecho– y el modelo más formal o transparente –parejas registradas–, y los problemas a los efectos de movilidad de estas parejas en los diferentes Estados, cfr. M. SOTO MOYA. “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”. Diario La Ley, 25 septiembre de 2007.

sentido numantino, la posición contraria a su reconocimiento fuera de las uniones de pareja formalizadas bajo la institución del matrimonio. A este respecto, si bien es cierto que hoy se admite que también en el Derecho de la Seguridad Social tiene cabida otras formas de convivencia familiar distintas a la matrimonial, a tenor del artículo 39 CE –SSTCO 22/1992, 47/1993–, cuya línea de política jurídica es clave en un Estado Social de Derecho, no menos cierto es que aquél sigue atribuyendo mayor protección a la matrimonial. Por lo tanto, la equiparación sigue siendo una asignatura pendiente.

Son muchas las referencias que las leyes de Seguridad Social realizan a las “unidades de convivencia familiar”, sin que aporte un concepto de familia propio y, sobre todo, único a sus efectos. Por lo tanto, los problemas que se plantean desborda con mucho el de determinadas prestaciones –por ejemplo, a la hora de determinar los umbrales de renta para decidir si puede o no acceder a una prestación no contributiva, STS, 4ª, 19.12.2000, respecto del artículo 144 LGSS que parte del concepto de “unidad económica” de convivencia familiar–. Aunque por lo general ha trascendido la posición tradicional de la jurisprudencia, que enfatiza el protagonismo de la unión matrimonial, no puede ignorarse que también podemos encontrar significativos ejemplos en los que los Tribunales Sociales han desbordado ese estrecho, y hoy sobrepasado, traje. Así, por ejemplo, la STSJ, Social, Cataluña, 6 de mayo de 2004, respecto de la prestación de asistencia sanitaria, llevó a cabo una lectura favorable a la extensión del derecho a la prestación del Sistema de Seguridad Social a las parejas de hecho.

Un rumbo expansivo, hacia el ajuste entre la norma la evolución social hacia otras formas de convivencia, que está empezando a aflorar en las leyes más recientes en esta materia. Así, aparece con nitidez en el artículo 3.2 b) de la Ley 32/1999, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo –pero se trata de indemnizaciones y no de pensiones–, que incluye a las parejas de hecho que acrediten al menos dos años de convivencia, salvo que tengan hijos en común, en cuyo caso este sólo dato determinará que ha existido convivencia.

O, más recientemente, la DA 2ª de la Ley 18/2007, relativa a la integración de los trabajadores agrarios pro cuenta propia al RETA, conforme a la cual

“Las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria contenidas en esta Ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquél por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ám-

bito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social..., el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del empresario o del titular del negocio industrial o mercantil o de la explotación agraria o marítimo-pesquera”.

¿Qué lección hay que extraer del estado actual del tratamiento jurídico-social de las parejas de hecho? A mi juicio que ya no cabe adoptar posturas rígidamente dogmáticas, como antaño. En el plano hermenéutico, no es posible alcanzar una lectura única en torno a la igualdad de trato o no, en vía de *lege data*, a las diferentes formas de unión familiar, dependiendo más bien del sentido y finalidad que en cada prestación del Sistema tenga la referencia al tipo de unión de pareja. No es, pues, una cuestión puramente conceptual o ideológica, sino más bien estrictamente técnico-normativa.

Ahora bien, conviene no ser tampoco excesivamente ingenuos. Pese a que la doctrina constitucional y el TS esgrimen argumentos de tipo normativo –la diferente regulación entre el matrimonio y las uniones de hecho–, de tipo conceptual –son realidades jurídicas diferentes– y formal –no proporcionan la misma seguridad jurídica un acto que otro–, para seguir acotando ciertas prestaciones, como la de viudedad, sólo a los cónyuges, es lo cierto que la única razón realmente resistente hoy es la económica. En otros términos, si una lectura expansiva de las unidades de convivencia lleva a una ampliación significativa del volumen de gasto derivado de tales pensiones, sólo a la Ley incumbe realizar tal decisión, que sería de estricta política jurídica (16). En cuanto que una cuestión de distribución equitativa debe ser el Legislador el que la adopte, ante el carácter limitado de los recursos económicos disponibles, siendo la diferencia de trato a favor de la matrimonial aceptable “siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*” –STSJ, Social, Cataluña, 12.1.2007, recogiendo la doctrina constitucional al respecto, como son las –SSTCO 184/1990, 31/1991, 125/2003–.

En definitiva, como tantas otras veces sucede, el argumento jurídico relativo a la plena legitimidad de una norma legal que haga derivar del vínculo matrimonial ciertos efectos, y negarlos a otras formas de unión, realmente no hace sino dar cobertura a otro más político-económico: la

(16) En este sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.A. “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general”. AAVV. (S. GONZALEZ ORTEGA, coord.). *Seguridad Social y Familia*. La Ley-Instituto Juan Luis Vives. Universidad Carlos III. Madrid. 1999.

libertad de configuración del “sistema de previsión social” –ATCO 393/2004–. Las decisiones jurídicas que implican costes han de ponderarse con especial cuidado, viene a considerar la posición más ortodoxa, por cuanto no puede invadirse la tarea del legislador. Es a este a quien compete fijar los requisitos de concesión de ciertas prestaciones, “en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y, las necesidades de los diversos grupos sociales”. Una decisión que incluso afectaría a las parejas de hecho constituidas por personas que nunca podrían contraer matrimonio, por impedírselo la Ley, como sucedía a las personas homosexuales antes de la Ley 13/2005. Pues según el ATCO 222/1994, de 11 de julio, “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional” (FJ 2).

A la vista de tan contundente pronunciamiento constitucional surgen dudas en torno a la constitucionalidad de la referida Ley. Pero no podemos afrontar en este trabajo una cuestión tan espinosa como la relativa a la legitimidad de la Ley 13/2005, tarea que, por cierto, sí afrontan los jueces de lo social previamente a pronunciarse sobre su aplicación o no a situaciones anteriores, y que tendrá que resolver el hoy muy cuestionado, demasiado, TCO, que tendrá que resolver jurídicamente un tema enconado en el plano de la política partidista. Sin embargo, sí es oportuno llamar la atención sobre 2 aspectos diferentes.

El primero, y más general, es el relativo a que, cualquiera que sea la posición que se tenga en torno a la adecuación constitucional de la posición mayoritaria del TCO en orden al tratamiento diferencial entre el matrimonio y las uniones de hecho a efectos de la pensión de viudedad –la mía muy crítica, y mucho más coincidente con la posición minoritaria sostenida en los votos particulares planteados a la STCO 184/1990–, ya sólo el Legislador puede resolver tan espinosa cuestión. Sólo él puede resolver los casos de desprotección social para el superviviente de una unión de hecho cuando fallece el único sostén de la familia, conforme a reiterados AATCO, como el ATCO 174/2004 y el 393/2004, por tratarse de situaciones injustas pero no discriminatorias.

Pues bien, en este sentido, ya pusimos de relieve cómo verá en breve la luz, según parece, una reforma legal que reconocerá también el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, si bien en términos no coincidentes con las parejas matrimoniales, por lo que la diferencia se mantendrá tras la nueva regulación a favor de ésta. El futuro artículo 174.3 LGSS, de mantenerse la redacción dada al mismo por

el Proyecto de Ley ya aprobado por el Congreso y en tramitación ahora en el Senado –BOCG, Senado, Serie II, de 24 de septiembre de 2007, reconoce el derecho a la pensión de viudedad a quien se encontrase unido al sujeto causante de la misma en el momento de su fallecimiento formando “una pareja de hecho”, pero siempre y cuando:

a) Acredite una situación de *dependencia económica* respecto del causante. Esta situación se concreta en la acreditación de no disponer de ingresos durante el año anterior al fallecimiento de aquél superiores a determinados umbrales: el 50% de la suma de los propios y los del causante en dicho periodo, si tienen hijos con derechos a pensión de orfandad, y el 25% si no los tienen. También se reconocerá este derecho cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores al 1,5 del SMI vigente en el momento del hecho causante

b) Acredite una *convivencia estable y notoria* con carácter inmediato al fallecimiento del causante, con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años. En este sentido, habrá de acreditarse dos aspectos: que se es pareja de hecho, por un lado, para lo que se debe aportar bien certificación de la inscripción registral bien documento público en el que conste la constitución de dicha pareja – modelo de pareja de hecho formalizada–, al menos dos años antes de la fecha del fallecimiento del causante, y, por otro, la convivencia, para lo cual se aportará certificado de empadronamiento.

También la constitución de una nueva pareja de hecho será causa, tras la reforma, de pérdida del derecho por extinción, lo que ahora sólo sucede para los matrimonios. Por lo tanto, *ius commoda eius incommoda*. En cualquier caso, son evidentes las diferencias de trato también tras esta reforma, tal y como ahora está, pues en el caso de matrimonio la pensión sigue sin atender a la real situación de necesidad económica del supérstite, mientras que para las parejas de hecho “formalizadas” tal situación es un presupuesto para el acceso al derecho. Asimismo, pese a este carácter notorio y público de la pareja de hecho, inscrita o documentada públicamente, se exige un periodo largo –hoy mucho– de convivencia que no se exige para las parejas matrimoniales.

Por lo tanto, el continuo argumento de la desigualdad de trato volverá a aparecer tras la nueva regulación, y aunque *es probable que el TCO entienda que no hay el más mínimo problema*, por cuanto sigue el legislador con libertad amplia de disposición de los requisitos de acceso, lo *cierto y verdad es que estas diferencias de trato cuando se trata de parejas notorias, esto es, públicas y documentadas, no tienen ya razón de ser jurídica alguna*, y sólo son expresión de una libertad personal, pero para la cual debe ser escrupulosamente neutral la regulación

de seguridad social, que debe tratar igual situaciones sustancial y ahora ya formalmente análogas, aunque no idénticas. A mi juicio, la regulación no respeta el principio de proporcionalidad y, por tanto, de dudosa constitucionalidad.

Y para confirmar que la palabra del legislador rara vez sirve para zanjar problemas jurídicos, sino que más bien los reabre o, en cualquier caso, si llega a resolver algunos abre otros, es obligado volver a hacer referencia a un segundo aspecto que hemos dicho había que diferenciar. Se trata de precisar o ponderar con mayor precisión el impacto del derecho a la protección de la diferencia de una minoría, desde los principios de igualdad de trato – imperativo de proporcionalidad de la desigualdad– y de no discriminación –prohibición del impacto desigual–, en la lectura del requisito de la existencia previa de una unión matrimonial válidamente constituida conforme al actual Derecho de Familia. No se trata de asimilar, por vía interpretativa, las situaciones de convivencia *more uxorio* con la derivada de una convivencia matrimonial apelando a un “uso alternativo” propiciado por el “criterio interpretativo sociológico” del artículo 3.1 CC. Ni tan siquiera acudir a la técnica de la integración de lagunas mediante la analogía ex artículo 4.1 CC –identidad de razón, no de supuestos–, a propósito de las claras posibilidades abiertas por la Ley 13/2005 para un acceso de las parejas homosexuales que no hubieran podido acceder al derecho por la muerte de uno de los integrantes antes de entrar en vigor la Ley.

A mi juicio, sin entrar ahora a valorar las opciones interpretativas que en el plano de la legalidad ordinaria permite esta Ley –la delimitación de si estamos verdaderamente o no ante una laguna de la Ley 13/2005 en relación a la DA 10ª. 2º de la Ley 30/1981 – la síntesis de la doctrina constitucional sobre la misma en la STCO 140/2005–, creo posible, incluso obligado, explorar el argumento de constitucionalidad que exige la interpretación de todas las normas conforme a los derechos fundamentales. En este sentido, y salvadas las distancias, normativas y fácticas, entiendo que la solución a los dos supuestos aquí analizados encuentra algún fundamento común. A saber:

a) el ejercicio por personas de etnia gitana de usos típicos de su cultura, realizadas de buena fe y siempre que no contradigan el orden público constitucional –ejemplo atentado a la dignidad de las mujeres–, no puede ser un factor que perjudique su acceso a la pensión de viudedad. Entender lo contrario supone propiciar una aplicación peyorativa y, por tanto, no sólo contraria al mandato del artículo 9.2 –deber de remoción de obstáculos–, sino lisa

y llanamente discriminatoria de la legislación vigente, como sostiene el voto particular y en contra de la mayoría de lo sostenido por la STCO 69/2007, que yerra aquí.

En este sentido, si se ha llegado a aceptar constitucionalmente que la opción por un modo de organizar la convivencia diferente al modelo matrimonial es expresión de la libertad ideológica del artículo 16 CE, por tanto cobijado por el manto protector de un derecho fundamental, aunque no alcance a condicionar los requisitos de acceso a una pensión de “previsión social” –STCO 66/1994– (17), es aún más evidente que la adición de un hecho diferencial como la pertenencia a una etnia que ha sufrido una histórica marginación obliga a atender a la dimensión correctora del derecho fundamental a la igualdad de trato ex artículo 14 CE. No se trata, pues, de promover la igualdad entre las diversas opciones ideológicas en orden a organizar el modo de convivencia, sino de remover los obstáculos que social y legalmente vienen impidiendo un trato igual para todo un colectivo. Si en el primer caso la CE impulsa un movimiento hacia la igualdad, en el segundo ordena la paridad de trato, de modo que la diversidad social y cultural no represente ningún factor peyorativo de su ya marginal o vulnerable posición. En estos casos ni la diferencia de trato es suficientemente razonable, por cuanto en estos casos tanto la voluntad como la formalización de la vida como matrimonio son nítidos, ni muchos menos proporcionada.

b) Cuando la imposibilidad de acceder a una prestación de viudedad es la prohibición legal de contraer matrimonio, como sucedía antes de la Ley 13/2005 para las parejas homosexuales, es manifiesto que el principal obstáculo se cifra en la orientación sexual de las personas. Por lo tanto, de no remover este obstáculo se está incurriendo en una interpretación discriminatoria de la legislación vigente.

(17) Como dice la STCO 66/1994, en su f.º 2: “aun admitiendo la *subsunción* de la libertad negativa a contraer matrimonio –art. 32.1 CE– en el art. 16.1 CE, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de la unión de hecho (...), pues, en definitiva, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados para la concesión de una prestación, a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos”.

A este último respecto, sin perjuicio de seguir la vía de la discriminación directa, creo especialmente útil explorar el de las “discriminaciones indirectas”. La razón está en la constatación de que si es cierto que el desigual trato dado a todas las parejas de hecho se lleva a cabo al margen de la orientación sexual, no es dudoso que tiene un impacto marcadamente peor para un determinado colectivo atendiendo a ese criterio, porque mientras las parejas de orientación heterosexual siempre tenían la posibilidad de acceder a la prestación si se acogían a la formalización de su vida en pareja conforme a las pautas de la institución matrimonial, sea en su forma civil sea en la religiosa, las de orientación homosexual no han tenido, hasta la Ley 13/2005, esa opción. Por tanto, ese factor diferencial incide de forma desproporcionada sobre los homosexuales, pues ninguno de ellos pudo hasta ahora llevar a la práctica su voluntad de constituir un modo de unión matrimonial, únicamente por impedirlo una legislación obediente a una pauta social que marginaba, y en buena medida aún hoy lo hace, al diferente sexualmente.

Soy consciente, ya lo he hecho notar, de que se trata de una posición “vencida” en la doctrina de suplicación. Para la práctica totalidad de las doctrinas de suplicación, como la del TSJ Cataluña (18), a diferencia de lo que resulta de un significativo número de decisiones de los jueces de lo social, estamos ante “normas distintas que regulan cuestiones diferentes, no existiendo base para una aplicación analógica de la misma...”, ante la inexistencia de una disposición similar en la Ley 13/2005...” –STSJ, Social, Cataluña, 12.1.2007; también STSJ, Social, Madrid, 15.3.2007...– No obstante, creo que este criterio se está afirmando más en el plano de los argumentos de legalidad ordinaria que en el debido, en el de constitucionalidad. Por eso es necesario apurar esa conexión con la prohibición de discriminación indirecta, completamente ignorada hasta ahora.

Tampoco desconozco que la “doble vara” de medir o ponderar los criterios diferenciales fuente de discriminaciones hasta ahora mostrada por el TCO invita más bien al “pesimismo”. Pero un estudio detenido de los argumentos esgrimidos para corregir la posición de los jueces de lo social que propugnan una diferente comprensión de la norma, a la

(18) Contrasta este criterio con otras posiciones del mismo TSJ Cataluña, a través de las cuáles ha evidenciado su disgusto con la doctrina constitucional y jurisprudencia mayoritarias. Ejemplo STSJ, Social, 20.3.2006, que apela al “imperativo legal de acatamiento”, pese a discrepar del criterio excluyente. También la STSJ, Social, Cataluña, 6.5.2004, respecto de las prestaciones sanitarias.

luz de los derechos constitucionales de igualdad y no discriminación, pone de inmediato de relieve su debilidad, tratándose más de “prejuicios” típicos de una aplicación del Derecho conforme a las pautas sociales dominantes que acorde con la evolución social promovida por el legislador, basado en la remoción radical de todo obstáculo legislativo a la igualdad radical entre las personas, al margen del sexo y de su orientación sexual. Quizás pueda pensarse que el legislador no ha previsto todo el coste que una apuesta tan radical por la igualdad tenía. Y sin duda llevarán razón. Pero no es la previsión o imprevisión legal el factor que ha de presidir la aplicación de las normas, sino el sentido objetivo de las mismas de conformidad con el mandato constitucional que trata de realizar.

Una lectura que tampoco puede ser seriamente quebrada por otra línea de razonamiento seguida, como es el carácter no consensual sino formal del matrimonio. El TS no ha aceptado dar valor a una voluntad firme o decidida en orden a la celebración del matrimonio, sino al respeto pleno a la forma establecida en el Derecho para llevarlo a cabo, sea por vía civil o religiosa –SSTS 19.1.1998, 3.5.2007–. Una tesis que ha llevado a revocar todas las sentencias de otros Tribunales orientados a centrar en la voluntad de convivencia marital el elemento clave –STSJ, Social, Cataluña, 29.11.2005 (en este caso se trataba de una pareja que había convivido durante más de 4 años, que habían asumido deudas comunes y que tenían ya fecha de boda, sólo frustrada por el fallecimiento del varón en accidente de tráfico, lo que evidenciaba que concurría el consentimiento)–, sobre la base de una interpretación más flexible de las normas legales, “*que induce al ajuste equilibrado de la norma al caso, según los principios generales del Derecho, para llegar a la real humanización de aplicación singularizada y concreta a una determinada persona, pues sólo así se cumple con la obligación constitucional de otorgar tutela judicial efectiva...*”. Un criterio no rigorista que, sin embargo, está presente en la tesis que niega, con razón, efecto constitutivo a la inscripción registral –STCO 199/2004– a los efectos de acceder a las prestaciones –STS, 4^a, 15.12.2004–, limitándose a un valor probatorio cuando pueda existir duda sobre su existencia –se trataba de una pareja que contrajo matrimonio por el rito de la Iglesia Evangélica de Filadelfia, antes de que se aprobara la Ley 24/1992–.

La razón está en que las situaciones aquí contempladas evidencian un grado de transparencia sobre la relación de convivencia como pareja de hecho análoga a la marital. Lo que acaece en el caso de “matrimonio por el rito gitano”, cuanto en las situaciones de parejas de hecho homosexuales cuya relación es ampliamente conocida y refleja un conjun-

to de actos, sociales y jurídicos, típicos de la relación matrimonial, por lo que, de nuevo, se confirma que lo único que impedía la unión matrimonial era el impedimento legal.

V. REFLEXION FINAL

Es manifiesto que la trascendencia y complejidad de las cuestiones aquí referidas requieren de una mayor profundización, pero entiendo que los argumentos hasta aquí empleados son suficientemente ilustradores de la posición que se quiere sostener. Una posición que no es sólo expositiva, esto es, centrada en dar cuenta de la evolución experimentada por el entero sistema de fuentes de las relaciones de trabajo, que incluye la negociación colectiva con especial énfasis, así como de la previsión social en orden a ajustar el Derecho Social a la clara evolución social y axiológica de nuestro país, sino también, y sobre todo, crítica, en el sentido de apostar por una relectura de las leyes para ajustarlas de modo más coherente con los mandatos constitucionales. A este respecto, se ha entendido que al creciente pluralismo social y cultural de nuestras sociedades no puede responderse con uniformidad, sino con el máximo respeto y promoción de las distintas identidades y opciones sociales, personales, culturales...

Ahora bien, la protección de la diferencia inherente a principio pluralista no puede conllevar una diversa valoración jurídica de la misma, sino que más bien debe suceder lo contrario. Conforme al pensamiento jurídico contemporáneo mejor fundado –L. FERRAJOLI–, a mi juicio por supuesto, las diferencias, sean biológicas –orientación sexual, por ejemplo–, sean culturales –pertenencia a una etnia, por ejemplo–, “no son otra cosa que los rasgos específicos que individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales”. Las desigualdades –sean económicas o sociales–, en cambio, son “las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción”. Pues bien, si los derechos de libertad tratan de tutelar esas diferencias, los derechos sociales tratan de corregir las segundas, en aras de la igualdad efectiva.

Por eso, “la elaboración teórica y la realización práctica de garantías idóneas a “removerlas” es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho” (FERRAJOLI, p. 83). Pero en esa labor no sólo están concernidos los legisladores, sino los demás sujetos de la comunidad productora del Derecho,

tanto públicos como privados. En el primer plano destacan los jueces, y su instrumento, la lectura permanentemente ajustada, y renovada, de las normas, viejas y nuevas, conforme a los valores, principios y derechos fundamentales, en especial los de igualdad de trato y no discriminación. A mi juicio, ni la mayoría expresada en la STCO 69/2007, ni en las sentencias de suplicación referidas, se ha estado a la altura de este objetivo, por lo que se impone una corrección, al menos desde la crítica doctrinal.

En definitiva, a mi juicio, debe garantizarse una auténtica neutralidad del régimen jurídico predispuesto para la organización de la vida en pareja, por tanto del modelo familiar elegido en general, de modo que realmente obedezca a un ejercicio libre y no condicionado por las mayores o menores ventajas fiscales, laborales y sociales de una opción u otra. Es la familia lo que debe contar con apoyo, precisamente para que también las “cargas familiares” no resulten un impedimento ni a la libertad de elección ni a la igualdad de oportunidades, del legislador, pero no un concreto modo.... El pluralismo social debe conllevar un tratamiento equivalente. No es la forma matrimonial o no, sino la concreta situación relacional creada, la que debe determinar la acción jurídica. De este modo será real el antiformalismo que respira todo nuestro Derecho, y no solo el social, precisamente por impulso de esa magna obra que fue, y todavía hoy es, estando en gran medida por explorar, nuestra Constitución de 1978, por supuesto, con los aires de remoción que soplan desde el Derecho Comunitario Antidiscriminatorio

Avanzar en su reconocimiento evita la arbitrariedad... De los jueces, por supuesto, y también de las AAPP –ejemplo el reconocimiento en el caso de ciertas situaciones, como las viudas de las víctimas del dramático accidente del avión Yakovlev-42, o los atentados de 11-M...-. Asimismo, debe revisarse el sentido global de algunas instituciones clásicas, como la pensión de viudedad, de modo que respondan a las actuales pautas sociales y no perpetúen un modelo social que, por fortuna, ya ha desaparecido y que se ligaba en gran medida no ya sólo al matrimonio entre hombre y mujer, sino a una situación social en que la mujer permanecía dependiente, por definición al hombre, al no disponer de rentas capaces de sostener su supervivencia. Pero el mundo, por fortuna, es algo, quizás no demasiado, diferente, por lo que diverso debe ser el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLEY, J.G. (Dir.): *Le Droit Soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*. LGDJ. Paris. 1996
- CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "*La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general*". AAVV. (S. GONZALEZ ORTEGA, coord.). *Seguridad Social y Familia*. La Ley-Instituto Juan Luis Vives. Universidad Carlos III. Madrid. 1999.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 1999.
- IHERING, R.: *La lucha por el derecho*. Civitas. 1985.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. 1994.
- MONEREO, J.L.-MOLINA, C. : "*La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades*". AAVV. *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*. Comares. Granada. 2002.
- OST, F.: "*L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ?* ». En OST, F-VAN HOECKE. *Temps et droit, Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*. Bruxelles. Bruylant. 1998.
- RIPERT, G.: *Les forces créatrices du Droit*. LGDJ. Paris. 1955, pp. 317 y sgs.
- SAVATIER, R.: *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*. Dalloz. Paris. 1952
- SOTO MOYA, M.: "*La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho*". *Diario La Ley*, 25 septiembre de 2007.