

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 123.3.º DE LA LEY 4/1995, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. UN ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL A PROPÓSITO DE LA STC 171/2012, DE 4 DE OCTUBRE

RAFAEL COLINA GAREA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

Recepción: 31/07/2013
Aceptación después de revisión: 20/08/2013
Publicación: 20/11/2013

I. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO DE VIUDEDAD EN LA LDCG/1995. USUFRUCTO DE REGENCIA Y DE EMINENTE CARÁCTER FAMILIAR. II. EL ART. 123.3.º LDCG/1995: LA OBLIGACIÓN DEL USUFRUCTUARIO DE PRESTAR ALIMENTOS, CON CARGO AL USUFRUCTO, ÚNICAMENTE A FAVOR DE LOS HIJOS Y DESCENDIENTES HABIDOS EN COMÚN CON EL CAUSANTE. PLANTEAMIENTO DE LAS DUDAS ACERCA DE SU EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD. III. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1. *Que se trate de una norma con rango de ley.* 2. *Que la norma sea aplicable al caso enjuiciado. El problema de las cuestiones de inconstitucionalidad que tienen por objeto normas derogadas.* 3. *Que la norma contradiga la Constitución. La interpretación conforme a la Constitución del art. 123.3.º LDCG/1995 como alternativa a la cuestión de inconstitucionalidad.* 4. *Que la resolución del proceso a quo dependa de la validez de la norma cuestionada.* IV. EL ART. 14 CE. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA LEY: 1. *Cláusula genérica de igualdad vs prohibiciones específicas de discriminación.* 2. *Las prohibiciones específicas de discriminación: consecuencias jurídicas de su contravención.* 3. *El carácter homogéneo o heterogéneo de las situaciones subjetivas que pretenden compararse. El tertium comparationis.* 4. *La razonabilidad de la diferencia de tratamiento jurídico apreciada en términos de racionalidad.* V. EL ART. 39 CE. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El art. 123.3º LDCG/1995 excluía a los hijos del causante que no lo fueran también del cónyuge viudo usufructuario del derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario de viudedad instituido conforme al art. 118 de la Ley gallega. Este trabajo tiene como objeto analizar si tal exclusión podría ser inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad (art. 14 CE), en conexión con los deberes de protección y asistencia de los hijos que el art. 39 CE impone a los poderes públicos y a los padres sin dis-

tinición por razón de la filiación. Para ello se toma como hilo conductor la STC 171/2012, de 4 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad del art. 123.3.º LDCG/1995.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil gallego; usufructo universal del cónyuge viudo; alimentos; derecho a la igualdad; inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The art. 123.3.º LDCG/1995 excluded the children of the deceased that did not also go of the surviving spouse of the children support under the widowhood usufruct instituted according to the art. 118 of the Galician Civil Law. The aim of this paper is to study if such exclusion may be unconstitutional for violating the right of equality (art. 14 CE) and the duties of protection and assistance of children that art. 39 CE imposes on public authorities and parents without distinction as to parentage. The STC 171/2012, of October 4th, declared the unconstitutionality of the art. 123.3.º LDCG/1995.

KEY WORDS: Galician Civil Law; universal usufruct of the surviving spouse; child support; right of equality; unconstitutional nature.

I. EL USUFRUCTO VOLUNTARIO DE VIUDEDAD EN LA LDCG/1995. USUFRUCTO DE REGENCIA Y DE EMINENTE CARÁCTER FAMILIAR.

Durante largo tiempo, y pese a no existir una disposición legal que lo autorizase expresamente, la experiencia notarial demostró que en Galicia (especialmente en el medio rural) era muy frecuente otorgar testamentos en los que se atribuía al cónyuge superviviente un derecho vitalicio de uso y disfrute sobre todo el patrimonio hereditario dejado por el causante¹. El obstáculo que representaba la intangibilidad de la legítima se salvaba mediante la articulación de *Cautelas Socini* mayoritariamente admitidas en sede de Derecho Civil Común². Sin embar-

¹ SAP Ourense 24 abril 2008 (AC 2008, 1657). GARCÍA RUBIO, M.ª P. (1997), «Comentario al art. 118 LDCG», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, vol. 2.º, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), Madrid, Edersa, pág. 787; LUEIRO NEGREIRA, J. (1996), «Reflexiones en torno a la normativa que regula la figura del usufructo voluntario universal del viudo/a en la Ley de 1995, de 24 de mayo, por la que se aprobó el Derecho Civil de Galicia», *Foro Galego*, VII Época, n.º 189, pág. 114.

² LATAS ESPINO, M.ª J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.ª (2007), «Del usufructo del cónyuge viudo», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia, pág. 581; GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ES-

go, como constata la propia jurisprudencia³, las restricciones que estas cláusulas compensatorias imponían y su forzado encaje en el art. 820.3 CC no satisfacían plenamente la tradición consuetudinaria gallega, lo que contribuyó a que el legislador gallego se decantase por reconocer, por vez primera, en los arts. 118 y ss. Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, la posibilidad de instituir voluntariamente⁴, y a favor del cónyuge viudo, un derecho de usufructo vitalicio sobre la totalidad del caudal relicto. Nos encontramos, pues, ante una importante novedad legislativa que, sin embargo, respondía a una nada novedosa práctica, sumamente arraigada en la tradición jurídica gallega⁵.

PIÑO, M.^a J., y MONTERO PARDO, J. A. (1996), «Del usufructo voluntario de viudedad», en *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, Colegio Notarial de La Coruña, pág. 31; MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S. (1967), «Lagunas institucionales en la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia», *Foro Gallego*, n.ºs 135-136, 3.º y 4.º trimestres, pág. 315; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al art. 118 LDCG», cit., pág. 788; BELLO JANEIRO, D. (2001), *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Madrid, Montecorvo, pág. 97; GUTIÉRREZ ALLER, V. (1996), «Pactos sucesorios y sucesión testada», en AA.VV., *Derecho Civil Gallego*, A. Rebolledo, R. Rodríguez y F. Lorenzo (coords.), Madrid, CGPJ y Xunta de Galicia, pág. 287; ROMERO COLOMA, A. M.^a (2013), «El usufructo universal del cónyuge viudo en el Derecho sucesorio español: problemática sobre su admisibilidad», *Revista de Derecho de Familia*, año XV, n.º 58, 1.º trimestre, pág. 303.

³ En particular, STSJ Galicia 5 febrero 2001 (RJ 2001, 6530).

⁴ Según el art. 118 LDCG/1995, el usufructo universal de viudedad posee naturaleza negocial, ya que puede constituirse no sólo unilateralmente en testamento, sino también mediante un acuerdo de voluntades. La posibilidad de instituir testamentariamente el usufructo y de modo unilateral fue utilizada como argumento para criticar que la regulación de la figura se incluyese en el Capítulo II del Título VIII LDCG/1995, dedicado a los pactos sucesorios. Para un más amplio estudio sobre esta cuestión, vid. PILLADO MONTERO, A. (1996), «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Revista Jurídica Galega*, n.º 13, 2.º cuatrimestre, pág. 22; BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 101; GUTIÉRREZ ALLER, V., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 287; BUSTO LAGO, J. M. (2008), «Comentario al art. 228 LDCG», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pág. 985; ídem (2008), «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *RCDI*, n.º 706, marzo-abril, pág. 553; ídem (2006-2007), «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *Foro Galego*, VII Época, n.ºs 196-197, pág. 236.

⁵ SSTSJ Galicia 21 noviembre 2003 (RJ 2004, 5502), 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7062) y 24 enero 2012 (RJ 2012, 3083). En la doctrina, FUENMAYOR CHAMPÍN, A. (1992), voz «Derecho Civil de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, T. I, Elcano (Navarra), Aranzadi, pág. 317; ídem. (1967), «El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», *Foro Gallego*, n.ºs 135-136, 3.º y 4.º trimestres, pág. 278; MARTÍNEZ-RISCO, S., «Lagunas institucionales...», cit., pág. 314; DÍAZ FUENTES, A. (1997), *Derecho Civil de Galicia. Comentarios a Lei 4/1995*, A Coruña, Edición do Castro, pág. 218; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al art. 118 LDCG», cit., pág. 787; GUTIÉRREZ ALLER, V., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 287; GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.^a J., y MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo...», cit., pág. 31; LATAS ESPINO, M.^a J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.^a, «Del usufructo...», cit., pág. 581; BERMEJO PUMAR, M.^a M. (2002), «Pac-

Con la constitución del usufructo universal se impide que los herederos y legatarios puedan entrar en el uso y disfrute de los bienes hereditarios mientras aquél se halle vigente. Y, a su vez, con ello se evita que el patrimonio familiar se disgregue, consiguiendo que éste se mantenga unido incluso después del óbito de uno de los progenitores de la familia⁶. Esta continuidad en la unidad patrimonial resulta particularmente beneficiosa cuando la herencia está básicamente integrada por la denominada «casa»⁷, entendida no sólo como la sede física de la familia, sino también como comprensiva de la explotación agrícola que sirve de sustento a la misma⁸. Ahora bien, al instaurarse esta especie de comunidad sobre el patrimonio familiar⁹ se antoja necesario proveer a su cuidado y administración. Con el propósito de responder a esta necesidad, la LDCG/1995 no se contentó con investir al cónyuge usufructuario con una serie de posibilidades de actuación, sino que además le impuso el cumplimiento de un conjunto de obligaciones, todas ellas caracterizadas porque su función consistía en encauzar el ejercicio de las facultades de uso y disfrute hacia la consecución del interés de la familia identificable con la adecuada conservación y gestión de su patrimonio¹⁰. De este modo, el cónyuge viudo se ubicaba en una posición preeminente como gestor o rector del patrimonio familiar¹¹ y asumía la

tos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. II, Madrid, Colegio Notarial de La Coruña y Colegios Notariales de España, pág. 1272; ídem (2002), «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Ley de Derecho Civil de Galicia: balance de un lustro y análisis de su revisión*, R. Rodríguez (coord.), A Coruña, Edición do Castro, pág. 108.

⁶ FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Derecho Civil...», cit., pág. 312.

⁷ En palabras de FUENMAYOR CHAMPÍN («El Derecho sucesorio...», cit., págs. 268 y 278), el usufructo universal del cónyuge viudo constituye una pieza necesaria para la conservación del lugar acasado, para mantener la indivisibilidad de la casa, de la explotación agrícola, del *fundus instructus*, sede y medio de vida de una familia arraigada y estable institucional y socialmente. En sentido similar, Vid. DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia*, cit., pág. 218.

⁸ ROMERO COLOMA, A. M.^a (2012), «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica». *Diario La Ley*, año XXXIII, n.º 7840, 18 abril, pág. 1187. Tal y como nos explican las SSTSJ Galicia 21 noviembre 2003 (RJ 2004, 5502), 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7062), 24 enero 2012 (RJ 2012, 3083) y la SAP Ourense 24 abril 2008 (AC 2008, 1657), «se percibe que es una institución, el usufructo voluntario de viudedad, tendente a asegurar, como también doctrinalmente se destaca, el goce de los bienes familiares, sobre todo como medio que facilite al viudo o viuda la dirección económica de la familia, manteniendo la unificación del patrimonio, y singularmente la conservación de la casa...».

⁹ ROMERO COLOMA, A. M.^a, «El usufructo universal...», cit., pág. 306.

¹⁰ Vid. los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 123 LDCG/1995.

¹¹ DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil...*, cit., pág. 218; BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 128; GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.^a J., y MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo...», cit., pág. 31.

dirección económica de la familia hasta el instante de su fallecimiento¹². Y el usufructo universal dejaba de ser propiamente un derecho concedido para la autosatisfacción del interés de su titular, para transformarse en una suerte de función o potestad otorgada para la heterosatisfacción de intereses ajenos distintos de los propios y personales¹³. El usufructo trascendía así su dimensión de mero *ius in re aliena* para elevarse a una superior función familiar, con base en la cual se le denominaba «usufructo de regencia» o de «eminente carácter familiar»¹⁴.

¹² Por ello se dice que, al menos en el ámbito de la propiedad rural o de la familia históricamente conocida como troncal o estable, la idea de adquisición de bienes suele ser ajena a la sucesión provocada por la muerte del padre o de la madre, produciéndose simplemente un cambio de jefatura familiar (del cónyuge fallecido al supérstite), la que *de iure* no llega a ejercer el hijo mejorado (también llamado «petruccio») hasta la muerte del último de sus padres, el cónyuge usufructuario universal, momento en el que tendría lugar la partición hereditaria de los bienes de ambos padres. Vid. SSTSJ Galicia 21 noviembre 2003 (RJ 2004, 5502), 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7062) y 24 enero 2012 (RJ 2012, 3083).

¹³ No debe extrañar, pues, que como resultado de la conjunción de los caracteres enunciados se sostenga que al usufructuario cónyuge viudo le corresponde la titularidad y el ejercicio de una *soberanía* o *potestad económico-familiar* que le asegura el goce de los bienes familiares no sólo en su propio interés, sino como medio que le facilita la dirección económica de la familia, manteniendo la unificación del patrimonio. Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V. (1996), «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio*, J. J. Barreiro, E. A. Sánchez y L. Varela (coords.), Pontevedra, Revista Xurídica Galega y Parlamento de Galicia, pág. 366; ROMERO COLOMA, A. M.^a, «El usufructo universal...», cit., pág. 306; ídem, «Usufructo universal...», cit., pág. 1187; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 312; BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 129; ídem, «Pactos sucesorios...», cit., pág. 288; BERMEJO PUMAR, M.^a M., «Pactos sucesorios...», cit., págs. 1273 y 1274; ídem, «Pactos sucesorios...», cit., pág. 111.

¹⁴ Vid. SSTSJ Galicia 21 noviembre 2003 (RJ 2004, 5502), 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7062) y 24 enero 2012 (RJ 2012, 3083). Y este carácter eminentemente familiar se percibe con nitidez en la propia regulación que ofrecía la LDCG/1995. Así, el art. 119 afirmaba que el usufructo voluntario de viudedad es inalienable: al no admitirse los actos de disposición sobre el usufructo se demuestra que no se trata de un mero elemento económico, sino de un poder que queda afecto a una finalidad superior identificada con la estabilidad de la familia. El art. 127 contemplaba como causas de extinción del usufructo el hecho de que el usufructuario contrajese un nuevo matrimonio o que incumpliese gravemente los deberes familiares. Vid. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al art. 118 LDCG», cit., pág. 790; BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 128; GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.^a J., y MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo...», cit., pág. 31; LATAS ESPINO, M.^a J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.^a, «Del usufructo...», cit., pág. 582; GUTIÉRREZ ALLER, V., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 288; ídem, «Réxime económico-familiar...», cit., pág. 366; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil...*, cit., pág. 218; BERMEJO PUMAR, M.^a M., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 1273; ídem, «Pactos sucesorios...», cit., pág. 110.

II. EL ART. 123.3.º LDCG/1995: LA OBLIGACIÓN DEL USUFRUCTUARIO DE PRESTAR ALIMENTOS, CON CARGO AL USUFRUCTO, ÚNICAMENTE A FAVOR DE LOS HIJOS Y DESCENDIENTES HABIDOS EN COMÚN CON EL CAUSANTE. PLANTEAMIENTO DE LAS DUDAS ACERCA DE SU EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD

Entre todas las obligaciones que imprimen ese marcado carácter familiar al usufructo voluntario de viudedad merece ser destacada aquella que imponía el art. 123.3.º LDCG/1995, y en virtud de la cual el usufructuario debía alimentar, con cargo a los bienes usufructuados, a los hijos y descendientes comunes que lo precisasen. Se trataba de una obligación típica de los usufructos de regencia que recaen sobre la totalidad de una herencia. Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones forales coetáneas¹⁵ que consideraban alimentistas a los hijos y descendientes del cónyuge premuerto sin ulteriores calificativos, el art. 123.3.º LDCG/1995 exigía que aquéllos fuesen comunes para que pudieran ser beneficiarios de la obligación alimenticia que gravaba el usufructo. La introducción de esta adjetivación no dejaba lugar a dudas y la norma parecía meridianamente clara: «*inclusio unius, exclusio alterius*»¹⁶. El derecho a percibir alimentos se circunscribía expresamente a los hijos y descendientes que el cónyuge superviviente y el fallecido hubiesen tenido en común. Y por ese motivo quedaban excluidos como alimentistas no sólo los hijos y descendientes del usufructuario que no lo fuesen del causante, sino también (y esto es lo trascendente) los hijos y descendientes del causante que no lo fuesen del usufructuario.

Prácticamente la totalidad de los autores que tuvieron la ocasión de dedicarse a la exégesis del art. 123.3.º LDCG/1995 mostraron su asombro por la circunstancia de que este precepto excluyese tan claramente a los hijos no comunes del causante del derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario constituido a favor del cónyuge viudo¹⁷. Pero, sorprendentemente, y salvo muy concretas ex-

¹⁵ Vid. Ley 259 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1973; art. 69 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña; art. 68 del DLeg 79/1990, de 6 de septiembre, del Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, y art. 84.4.º de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

¹⁶ LUEIRO NEGREIRA, J., «Reflexiones...», cit., pág. 115.

¹⁷ Se dijo que ello resultaba inaudito [GARCÍA RUBIO, M.ª P. (1997), «Comentario al art. 123 LDCG», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII,

cepciones¹⁸, esos autores no se preguntaron si tal exclusión podría ser inconstitucional por representar una diferencia de trato discriminatoria contraria al derecho de igualdad ante la ley (art. 14 CE) o a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (art. 39 CE). Al contrario, gran parte de la doctrina prefirió entender que la solución al problema era negar la evidencia y se llegó a la conclusión de que los hijos y descendientes que lo fuesen sólo del causante también tenían que ser incluidos entre los alimentistas porque, de lo contrario, la norma se convertiría en inútil y carecería de todo sentido por superflua¹⁹.

La situación que acabamos de describir en torno a la aplicación e interpretación del art. 123.3.º LDCG/1995 se mantuvo inalterada hasta que, con fecha de 11 de noviembre de 2002, la Sección Quinta de la AP de Pontevedra planteó, mediante Auto, una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 123.3.º LDCG/1995, por posible vulneración de los arts. 14 y 39 CE. Estando pendiente de resolución la

vol. 2.º, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), Madrid, Edersa, pág. 860], que llevaba a absurdas (GUTIÉRREZ ALLER, V., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 307, y «Régime económico-familiar...», cit., pág. 379) y a graves consecuencias jurídicas (BERMEJO PUMAR, M.ª M., «Pactos sucesorios...», cit., pág. 1273, y «Pactos sucesorios...», cit., pág. 109), que era superfluo y erróneo (PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios...», cit., pág. 42), que carecía de sentido y utilidad o que merecía ser criticado (GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.ª J., y MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo...», cit., pág. 47; LATAS ESPINO, M.ª J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.ª, «Del usufructo...», cit., pág. 601).

¹⁸ Únicamente LUEIRO NEGREIRA («Reflexiones...», cit., pág. 115) señala que «si los herederos legitimarios extramatrimoniales o matrimoniales no comunes no gozasen de la facultad de reclamar su legítima estricta, no respetando el usufructo voluntario universal, se generaría un desequilibrio herencial realmente injusto, en posible roce con el art. 14 y 39.2 y 3 de la CE». Por alusión a este autor, vid. BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 167.

¹⁹ Como ya se puede intuir, se defendía que el art. 123.3.º LDCG/1995 era inútil y superfluo porque los hijos y descendientes que el cónyuge supérstite hubiese tenido en común con el causante tendrían derecho a percibir alimentos aunque este precepto no lo dijese. El viudo usufructuario estaría obligado a prestarles alimentos como progenitor y no sólo con cargo al usufructo, sino con cargo a su patrimonio personal, en virtud de las obligaciones que se establecen en sede de filiación y patria potestad en relación con los hijos menores de edad (arts. 110, 11 y 154 CC) y de acuerdo con la obligación de alimentos entre parientes para el caso de descendientes e hijos mayores (arts. 142 y ss. CC). Al respecto, vid. RAMOS SÁNCHEZ, A. (2013), «Principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento: alimentos de hijos solo comunes con el cónyuge fallecido con cargo al usufructo viudal en el Derecho Civil de Galicia: nulidad», *Diario La Ley*, n.º 8801, 21 a 27 de enero, pág. 22; PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios...», cit., pág. 42; BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios...*, cit., pág. 166; GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario al art. 123 LDCG», cit., pág. 860; GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.ª J., y MONTERO PARDO, J. A., «Del usufructo...», cit., pág. 47; LATAS ESPINO, M.ª J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.ª, «Del usufructo...», cit., pág. 601; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil...*, cit., pág. 224.

cuestión planteada se promulgó la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que vino a derogar la LDCG/1995, por lo que el art. 123.3.º de esta norma fue sustituido por el concordante 234.3.º de la nueva normativa, con la peculiaridad de que este último precepto había suprimido el adjetivo «comunes» para identificar a los hijos y descendientes del causante que tenían derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo. De esta forma, la prestación alimenticia se extendió legalmente a todos los hijos del fallecido con independencia de si los hubiera tenido en común o no con el cónyuge usufructuario, eliminándose así todas las dudas de constitucionalidad previamente achacables al derogado art. 123.3.º LDCG/1995 por no haber incluido entre los beneficiarios del derecho de alimentos a costa del usufructo a los hijos que lo fuesen sólo del causante y no del usufructuario²⁰.

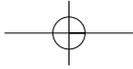
Con bastante posterioridad a la entrada en vigor de la LDCG/2006, y al margen de este importante cambio normativo, el Tribunal Constitucional resolvió, mediante STC 171/2012, de 4 de octubre (RTC 2012, 171), la cuestión de inconstitucionalidad 311/2003, planteada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, estimándola y, en consecuencia, declarando inconstitucional y nula la expresión «comunes» contenida en el art. 123.3.º LDCG/1995.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A diferencia de lo que acontece con el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de este mismo nombre se configura como un instrumento de control normativo concreto e indirecto²¹, lo cual exige que

²⁰ El apartado II del Preámbulo de la LDCG/2006 aludía expresamente a los problemas de constitucionalidad que padecía el art. 123.3.º LDCG/1995, señalando literalmente que «se llama la atención de la nueva regulación del artículo 234.3.º), el cual extiende la obligación de prestar alimentos a los hijos y ascendientes que lo precisen, sin tener que reunir la condición de comunes, modificación que va a incidir en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 311/2003 con relación al artículo 123.3.º) de la Ley de 24 de mayo de 1995».

²¹ Vid. SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, y 200/2001, de 4 de octubre. Cuando calificamos a la cuestión de constitucional como instrumento de control normativo concreto queremos decir que con su utilización no se suscita una duda en abstracto acerca de la constitucionalidad de la ley, sino sólo en la medida en que resulta necesario aplicar esa ley al caso concretamente enjuiciado por los órganos judiciales. Vid. MARÍN PAGEO, E. (1990), *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, pág. 256; RIBAS MAURA, A. (1991), *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civi-



en su planteamiento se cumplan una serie de requisitos propios y específicos, cuya inobservancia podría acarrear el rechazo de la cuestión en el propio trámite de admisión, sin necesidad de que el TC entrase a juzgar el fondo del asunto. Tales requisitos se encuentran recogidos en los arts. 163 CE y 35 LOTC.

1. *Que se trate de una norma con rango de ley*

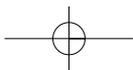
Para que una cuestión de inconstitucionalidad sea admisible es preciso que tenga por objeto una norma con rango de ley. Este requerimiento parece cumplirse a la perfección en la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa, pues la disposición cuestionada es la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995. En primer lugar, nos hallamos ante una ley. Y, en segundo lugar, es una ley de un Parlamento autonómico, por lo que estaría comprendida en el elenco de normas que podrían ser declaradas inconstitucionales, conforme al art. 27.2.e) LOTC²².

2. *Que la norma sea aplicable al caso enjuiciado. El problema de las cuestiones de inconstitucionalidad que tienen por objeto normas derogadas*

La ley cuestionada de inconstitucionalidad debe ser aplicable al caso enjuiciado en el proceso *a quo*. No basta con que la ley incida o afecte a ese caso, sino que ha de contemplarlo en el sentido de que el supuesto de hecho sea subsumible en el contenido normativo del precep-

tas, pág. 71; LÓPEZ ULLA, J. M. (2000), *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, pág. 142; DE CABO DE LA VEGA, A. (1999), «Comentario al art. 163 CE», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. XII, O. Alzaga (dir.), Madrid, Edersa, pág. 279; DE LA CUEVA ALEU, I. (2010), «Comentario al art. 35 LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, J. J. González (dir.), Madrid, La Ley, pág. 379; GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (2011), *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, pág. 105.

²² El art. 27 LOTC rige indistintamente para el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, pues comienza afirmando que su aplicación abarca «los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad» regulados en el Título II LOTC, en donde se contemplan el recurso de inconstitucionalidad (arts. 31 a 34) y la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 35 a 37). Vid. STC 86/1982, de 23 de diciembre. En la doctrina, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. (2003), *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs, pág. 42; DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 282; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., pág. 73.



to²³. Indudablemente, el art. 123.3.º LDCG/1995 era aplicable al caso enjuiciado en el momento en que la Sección Quinta de la AP de Pontevedra dictó el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Se trataba de un usufructo universal constituido voluntariamente en testamento por el causante a favor de su esposa con base en el art. 118 LDCG/1995 y en cuyo amparo se solicitaban alimentos para el hijo que aquél había tenido en su primer matrimonio, alegándose el incumplimiento de la obligación prescrita por el art. 123.3.º LDCG/1995. Sin embargo, con posterioridad al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y durante la tramitación de la misma, la LDCG/1995 fue derogada por la LDCG/2006, siendo sustituido el art. 123.3.º de la primera por el art. 234.3.º de la segunda, el cual acabó reconociendo que el derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario de viudedad asistía a todos los hijos del instituyente sin distinción y no sólo a los que hubiese tenido en común con el cónyuge viudo usufructuario.

Ante este panorama conviene preguntarse si la cuestión de inconstitucionalidad podría haber perdido todo su sentido y funcionalidad, porque la norma cuestionada habría sido ya expulsada del ordenamiento gallego como producto de su derogación²⁴. Estamos en presencia de un eventual supuesto de *ius superveniens*, en donde se hace preciso indagar las consecuencias que sobre el proceso constitucional pudiesen tener las vicisitudes que afectan a la norma cuestionada después de la elevación del Auto de planteamiento y que ahora se identifican con la pérdida de su vigencia²⁵. Éste es uno de los problemas que, como aspectos previos y antes de entrar en el fondo del asunto, afronta la STC 171/2012. Y lo hace acudiendo a una consolidada línea jurisprudencial según la cual la derogación de la norma cuya constitucionalidad se

²³ Así lo advierte DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 286. El TC ha manifestado que el órgano judicial que plantea la cuestión es el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables y que sólo cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso cabría declarar inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad. Vid. SSTC 17/1981, de 1 de junio; 83/1984, de 24 de julio; 19/1988, de 16 de febrero; 41/1990, de 15 de marzo; 64/2003, de 27 de marzo, y 133/2004, de 22 de julio. En coincidencia con la jurisprudencia, vid. DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al art. 35 LOTC», cit., pág. 397; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 76; GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *La interpretación...*, cit., pág. 107; DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 286; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., pág. 102; PULIDO QUECEDO, M. (1995), *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, págs. 247 y 248.

²⁴ CORZO SOSA, E. (1998), *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 415.

²⁵ LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 127; CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., págs. 414 y 415.

pone en duda no siempre priva de sentido al proceso constitucional ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que su posible aplicación en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento del Tribunal. En las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos que sobre el objeto del proceso puede tener la derogación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras su derogación, resulte o no aplicable al proceso *a quo* y de que su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo²⁶. Por lo tanto, la norma derogada puede ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad siempre que siga siendo aplicable al asunto que se ventila ante el órgano judicial²⁷.

El juicio de aplicabilidad debe conectarse con el asunto *sub iudice*²⁸ y efectuarse *ratione temporis*²⁹; es decir, la posibilidad de aplicar la norma cuestionada al proceso *a quo* es un dilema de Derecho intertemporal que depende de la eficacia en el tiempo de la ley derogatoria. Así, puede suceder que el legislador haya concebido la nueva norma *pro futuro*³⁰ sin atribuirle efectos retroactivos de cara al pasado, por lo que su eficacia no se proyectaría sobre las relaciones jurídicas preexistentes y subsistentes a su entrada en vigor, las cuales seguirán rigiéndose por el Derecho vigente al tiempo de su nacimiento. De esta manera, la ley derogada estaría dotada de *ultraactividad*³¹, porque seguiría siendo aplicable más allá de su pérdida de vigencia para las situaciones que nacieron a su amparo. Sin embargo, también puede acontecer que la ley derogatoria tenga efectos retroactivos, pues aunque, de conformidad con el principio *tempus regit actum*, la irretroactividad de las normas es la regla general, el art. 2.3 CC permite al legislador disponer lo contrario dentro de los límites establecidos por la Constitución (art. 9.3 CE)³². En estas hipótesis, las relaciones jurídicas preexistentes

²⁶ Éste es un dato que diferencia a las cuestiones de inconstitucionalidad frente a los recursos de esa misma naturaleza. SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 199/1987, de 16 de diciembre; 385/1993, de 23 de diciembre; 28/1997, de 13 de febrero; 174/1998, de 23 de julio; 181/2000, de 29 de junio; 273/2000, de 15 de noviembre; 108/2001, de 26 de abril; 200/2001, de 4 de octubre; 37/2002, de 14 de febrero; 37/2004, de 11 de marzo; 255/2004, de 23 de diciembre; 10/2005, de 20 de enero; 102/2005, de 18 de abril; 121/2005, de 10 de mayo, y 22/2010, de 27 de abril.

²⁷ LÓPEZ ULLA, J. M. (1999), *Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs, pág. 189; ídem, *La cuestión...*, cit., pág. 127; MARÍN PAGEO, E., *La cuestión...*, cit., pág. 263.

²⁸ MARÍN PAGEO, E., *La cuestión...*, cit., pág. 262.

²⁹ DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al art. 35 LOTC», cit., pág. 397.

³⁰ PULIDO QUECEDO, M., *Ley Orgánica...*, cit., pág. 267.

³¹ CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., pág. 415.

³² Tal y como subraya LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, pág. 162.

y subsistentes a la entrada en vigor de la nueva norma comenzarían a regularse por ésta y dejarían de regirse por el Derecho que estaba vigente al tiempo de su nacimiento. La norma derogada no sólo habría perdido su vigencia, sino que también habría cesado de ser aplicable.

Si la norma derogada sigue siendo aplicable cuando la ley derogatoria carezca de retroactividad, y si la cuestión de constitucionalidad no queda desprovista de objeto cuando la norma derogada sigue siendo aplicable al asunto enjuiciado, podemos concluir que la cuestión de constitucionalidad conserva su sentido y funcionalidad cuando la norma derogatoria no tenga eficacia retroactiva³³. Por lo tanto, atendiendo a esta conclusión, la circunstancia de que el art. 123.3.º LDCG/1995 haya sido derogado por el art. 234.3.º LDCG/2006 no impedirá que la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra aquél pueda continuar tramitándose, siempre que la nueva legislación gallega carezca de efectos retroactivos respecto al supuesto de hecho que se debate en sede judicial.

Y precisamente es esto último lo que acontece en relación con la LDCG/2006, pues su Disposición Transitoria Segunda.2 prescribe que «respecto a los demás derechos sucesorios se aplicará la presente Ley a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma». *A sensu contrario*, se deduce que la nueva legislación gallega no se aplicará a las sucesiones que se hubiesen abierto con anterioridad a su vigencia, las cuales seguirán rigiéndose por la normativa vigente en el momento de dicha apertura, el cual viene marcado por la muerte o declaración de fallecimiento del causante. Por lo tanto, dado que el causante y también instituyente del usufructo voluntario de viudedad falleció el 14 de junio de 1996, mucho antes de que la LDCG/2006 adquiriese vigor, los derechos sucesorios de sus hijos continuarán regulándose por la LDCG/1995, porque ésta era la norma vigente al tiempo de abrirse su sucesión. Queda, pues, claro que el art. 234.3.º LDCG/2006 carece de eficacia retroactiva, por lo que la eventualidad de que el art. 123.3.º LDCG/1995 haya sido derogado no acarreará la subsiguiente pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada ni impedirá que ésta pueda proseguir su tramitación, ya que la norma cuestionada continúa siendo de aplicación al supuesto de hecho enjuiciado y de su validez va a depender la decisión a adoptar en el proceso *a quo*³⁴.

³³ LÓPEZ ULLA, J. M., *ibidem supra*, págs. 127 y 128.

³⁴ Coincidimos, pues, con lo resuelto en el Fto. Jco. 2.º de la STC 171/2012, de 4 de octubre, en el sentido de afirmar que, aun cuando el art. 123.3.º LDCG/1995 haya sido

3. *Que la norma contradiga la Constitución. La interpretación conforme a la Constitución del art. 123.3.º LDCG/1995 como alternativa a la cuestión de inconstitucionalidad*

Otro de los requisitos que ha de cumplir el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad consiste en la existencia de una contradicción entre aquél (la norma cuestionada) y la Constitución. Ahora bien, ¿cabe rechazar una cuestión de inconstitucionalidad en trámite de admisión porque no se haya intentado interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución? ¿Podría entenderse que, si es posible interpretar la norma cuestionada conforme a la Constitución, no habría en realidad la contradicción entre ellas que es imprescindible para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad? La formulación de estos interrogantes obedece a que una de las alegaciones presentadas por la representación procesal de la Xunta de Galicia partía de que la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la AP de Pontevedra debía ser inadmitida, ya que su planteamiento se hubiera podido evitar interpretando el art. 123.3.º LDCG/1995 conforme a la Constitución. En principio, la respuesta a estas preguntas parece sencilla, ya que los arts. 163 CE y 35 LOTC no exigen que se intente una previa interpretación de la norma cuestionada conforme a la Constitución como trámite necesario para admitir la cuestión de inconstitucionalidad. El problema surge porque el art. 5.3 LOPJ dispone que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional». No obstante lo dicho por el presente precep-

derogado, la cuestión de constitucionalidad no queda desprovista de objeto por este mero hecho. Sin embargo, consideramos que en los razonamientos esgrimidos para llegar a tal resultado se aprecia una cierta confusión entre el juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada y el juicio de relevancia o de dependencia, quizás motivada por un no muy acertado extracto en la cita de la STC 179/2006, de 13 de junio, en donde se alude no sólo a la posible aplicación al proceso *a quo* del art. 123.3.º LDCG/1995, sino también a la exigencia de que la decisión a adoptar en tal proceso dependa de la validez del citado precepto. Aunque ambos conceptos (aplicabilidad y relevancia) se encuentran íntimamente relacionados, si los contemplamos por referencia a la decisión de un concreto proceso judicial son conceptualmente distintos. Según las SSTC 17/1981, de 1 de junio, y 26/1984, de 24 de febrero, «la aplicabilidad de una norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es en modo alguno condición suficiente...». Vid. DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al art. 35 LOTC», cit., pág. 396; CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., pág. 430; LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 78; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., págs. 101 y 109; DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 287.

to, y al margen de ciertas opiniones minoritarias³⁵, la doctrina mayoritaria y el propio Tribunal Constitucional³⁶ sostienen que la previa interpretación conforme a la Constitución no es un requisito para la admisibilidad de las cuestiones de constitucionalidad. En primer lugar, la LOPJ es una norma de rango inferior a la Constitución y ésta debe prevalecer sobre lo que diga aquélla. Y, en este sentido, la Constitución (art. 163) no condiciona en modo alguno el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad a la imposibilidad de acomodación o interpretación de la norma cuestionada conforme la Constitución, sino que se limita a exigir que pueda ser contraria a la misma³⁷. En segundo lugar, la interpretación de las leyes es una actividad ínsita en la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), por lo que se debe respetar la libertad interpretativa del órgano judicial de manera que no se le puede obligar a interpretar una norma de una determinada forma cuando no haya criterios objetivos que la sostengan³⁸. Así, una cuestión de inconstitucionalidad sólo podrá ser rechazada por este motivo en trámite de admisión cuando la interpretación que de la disposición cuestionada hubiese realizado el órgano judicial se manifestase notoriamente infundada en relación con lo que es generalmente admitido en Derecho. Y, a este respecto, el Tribunal Constitucional ha dado un amplio margen de flexibilidad a los órganos judiciales, buscando, con base en el principio de antiformalis-

³⁵ DE OTTO Y PARDO, I. (2010), «Estudios sobre el Poder Judicial», en *Obras completas*, Fernández Sarasola (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 1299; DE LA OLIVA SANTOS, A. (1986-1987), «La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72, pág. 413; CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., págs. 371 y ss.

³⁶ SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 105/1988, de 8 de junio; 19/1991, de 31 de enero; 222/1992, de 11 de diciembre; 273/2005, de 27 de octubre, y 171/2012, de 4 de octubre. En la doctrina, Díez-PICAZO, L. (1985), «Constitución, Ley y Juez», *REDC*, n.º 15, septiembre-diciembre, págs. 20 y 21; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., págs. 88 y ss.; PULIDO QUECEDO, M., *Ley Orgánica...*, cit., pág. 271; LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 272; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., págs. 160 y 161; DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 286; SERRA CRISTÓBAL, R. (1999), *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, pág. 56; JIMÉNEZ CAMPO, J. (1997), «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, G. Ruiz-Rico Ruiz (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 102 y 103; ídem (1998), «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, pág. 93.

³⁷ Díez-PICAZO, L., «Constitución...», cit., págs. 20 y 21; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., pág. 90.

³⁸ CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., pág. 374; LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 272.

mo, entrar a juzgar sobre el fondo del asunto en interés de la depuración objetiva del ordenamiento³⁹. En tercer lugar, exigir la interpretación conforme a la Constitución como requisito de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad podría crear el peligro de que, al intentar buscar su acomodación para no plantear la cuestión, los órganos judiciales recurriesen a manipulaciones hermenéuticas correctoras que obligasen al precepto a decir lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que en realidad dice. Y, en cuarto lugar, el TC se ha pronunciado expresamente en torno al sentido que corresponde atribuir al art. 5.3 LOPJ, manifestando que esta regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC y ofrece únicamente a los jueces y tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁰. Por consiguiente, para el TC la interpretación conforme a la Constitución de la norma cuestionada no es un requisito necesario para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, ya que ésta no se configura como un mecanismo de control subsidiario de aquélla, sino como una mera alternativa que los órganos judiciales pueden utilizar facultativamente sin estar preceptivamente obligados a ello.

No obstante, una cosa es que no quepa rechazar en trámite de admisión una cuestión de inconstitucionalidad porque no se haya intentado interpretar el precepto cuestionado con arreglo a la Constitución y otra cosa distinta es que, una vez superado el trámite de admisión y habiéndose entrado a analizar el fondo del asunto, el TC pueda desestimar, mediante sentencia interpretativa⁴¹, la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que de la norma cuestionada se puede extraer un sentido que elimina su eventual contradicción con la Constitución⁴².

³⁹ De ahí que, en la práctica, sean contados los casos de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad por falta notoria de fundamento. Vid. RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., págs. 86 y 87.

⁴⁰ SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 222/1992, de 11 de diciembre; 105/1998, de 8 de junio, y 273/2005, de 27 de octubre.

⁴¹ Vid. LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 273.

⁴² Es muy probable que esta idea fuese la que el TC pretendía poner de relieve en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, cuando afirmaba que el principio de interpretación conforme a la Constitución actúa como un límite lógico al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pero no implica necesariamente que la posible interpretación conforme haya de ser considerada como un requisito que condiciona la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad. La posibilidad de una interpretación conforme convierte en carente de justificación el planteamiento de la cuestión, pero no impone que el juez deba agotar la búsqueda de una interpretación conforme como un paso previo a acudir ante la jurisdicción constitucional. En la doctrina, Vid. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., págs. 160 y 161.

Y ésta es la forma en la que razona la STC 171/2012. Con carácter previo, se utilizaron los argumentos antes desarrollados para rechazar la postura mantenida por la representación procesal de la Xunta de Galicia y concluir que, aun cuando fuese posible una interpretación del art. 123.3.º LDCG conforme con la Constitución, ello no permitiría considerar a la cuestión de inconstitucionalidad en sí misma como mal fundada. Y a continuación se procedió a debatir si, en vía interpretativa, era factible extraer del art. 123.3.º LDCG/1995 un sentido que propiciase su compatibilidad con las prescripciones constitucionales. El TC fundamentó su decisión, por una parte, en su doctrina relativa a los límites al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y, por otra parte, en su doctrina en materia de límites a la interpretación de las normas conforme a la Constitución.

Respecto a lo primero, es consolidada jurisprudencia constitucional afirmar que la circunstancia de que el TC sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la Constitución resulta indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo conforme a aquélla, no significa convertirlo en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, ya que ésta es una tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE⁴³. Aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto considerado en abstracto⁴⁴. La función del TC no es enjuiciar casos, sino normas⁴⁵. Por ello, la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser planteada con la finalidad de aclarar las dudas de interpretación que tengan los jueces y tribunales ordinarios, ni para resolver controversias interpretativas sobre la legalidad surgidas entre órganos jurisdiccionales. Este mecanismo de control no está concebido para dirimir dudas en la interpretación constitucional de las normas, sino dudas de constitucionalidad de las propias normas. Y en este ámbito es donde el art. 5.3 LOPJ adquiere todo su sentido y funcionalidad. Este precepto trata de garantizar que la cuestión de inconstitucionalidad sólo se plantee cuando el órgano judicial tenga una duda cierta sobre la posible in-

⁴³ STC 157/1990, de 18 de octubre, y PULIDO QUECEDO, M., *Ley Orgánica...*, cit., pág. 271.

⁴⁴ STC 161/1997, de 2 de octubre, y FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 141.

⁴⁵ Voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo a la STC 14/1981, de 29 de abril, y FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 142.

constitucionalidad de la norma cuestionada, y no cuando el juez tenga dudas sobre cuál debe ser la interpretación de la norma⁴⁶. El art. 5.3 LOPJ impide que los órganos judiciales planteen dudas interpretativas, procurando que el TC diga cuál es la interpretación correcta de la norma, pues éste es un cometido que corresponde a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que tienen atribuida⁴⁷. Con arreglo a todas estas precisiones, coincidimos en concluir con la STC 171/2012 que la AP de Pontevedra respetó los límites legales impuestos al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y no incurrió en vulneración alguna del art. 5.3 LOPJ, puesto que con su promoción no pretendía poner en duda la interpretación que del art. 123.3.º LDCG/1995 había sostenido el Juzgado de Instancia n.º 6 de Vigo, obligando al cónyuge viudo usufructuario a satisfacer alimentos con cargo al usufructo a favor de los hijos exclusivos del causante, pese a que el tenor de la norma sólo los reconociese en beneficio de los hijos comunes. Antes al contrario, la AP de Pontevedra procedió a interpretar el art. 123.3.º LDCG/1995 como estimó correcto, pero a resultas de tal interpretación dedujo que esta norma no reconocía a los hijos exclusivos del causante como beneficiarios de la prestación alimenticia que el cónyuge viudo debía satisfacer con cargo al usufructo voluntariamente constituido a su favor. Y esta deducción fue la que condujo a la Sala proponente a tener dudas sobre la constitucionalidad del citado precepto y, en consecuencia, a plantear la correspondiente cuestión de constitucionalidad. Por lo tanto, creemos que tiene razón la STC 171/2012 cuando en su Fto. Jco. 3 concluye que «la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto».

Por lo que respecta a lo segundo, el TC ha declarado que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impida una interpretación adecuada a la Constitución⁴⁸. Esta afirmación nos permite obtener dos ideas matrices. Por una parte, aunque la interpretación conforme a la Constitución sea un instrumento apto para asegurar la conservación de las normas, su operatividad queda circunscrita a aquellas situaciones en las que su utilización sea posible. Y, por otra parte, sólo será posible emplear el mecanismo de la interpretación constitucional cuando el texto de la propia norma lo permita. Por consiguien-

⁴⁶ STC 157/1990, de 18 de octubre.

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 141.

⁴⁸ SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 273/2005, de 27 de octubre.

te, la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales también tiene sus límites, entre los que se encuentra el respeto al tenor literal de aquéllos⁴⁹. En efecto, si la literalidad de la norma cuestionada permitiese extraer de ella varios sentidos, unos acordes y otros contrarios a las prescripciones constitucionales, la interpretación con arreglo a la Constitución desplegaría toda su funcionalidad como instrumento para preservar la validez de la leyes, ya que nos permitiría seleccionar el sentido que fuese conforme a la Norma Fundamental y desechar el discordante⁵⁰. En cambio, si la letra del precepto cuestionado fuese tan clara que sólo pudiese deducirse de la misma un único y unívoco significado, siendo éste contrario a las prescripciones constitucionales, la necesidad de acomodarlo a la Constitución para conservar su validez no podría ser utilizada como un pretexto para forzar su enunciado, obligándole a decir algo que no dice, o contrario a lo que realmente dice⁵¹. El principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos⁵². De lo contrario estaríamos ante una manipulación hermenéutica correctora *contra legem* que, además, supondría atribuir al intérprete una función de legislador que institucionalmente no le corresponde, pues no es su misión reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en su enunciado para concluir que ésta es la norma constitucional⁵³.

Éste es uno de los reparos que la STC 171/2012 pone a la postura que el Juzgado de Instancia y la representación procesal de la Xunta de Galicia mantuvieron para defender la constitucionalidad del art. 123.3.º LDCG. En particular, éstos argumentaban que la obligación de satisfacer alimentos con cargo al usufructo voluntario de viudedad tenía como finalidad compensar a los legitimarios de la priva-

⁴⁹ SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 138/2005, de 26 de junio, y 273/2005, de 27 de octubre.

⁵⁰ STC 273/2005, de 27 de octubre, en concreto Fto. Jco. 2. Evidentemente, la interpretación conforme a la Constitución perdería su funcionalidad cuando los varios sentidos extraíbles de la norma fuesen todos ellos contrarios a las prescripciones constitucionales. Vid. CARRASCO PERERA, A. (1984), «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *REDC*, año 4, n.º 11, mayo-agosto, pág. 101.

⁵¹ SSTC 34/1981, de 10 de noviembre; 22/1985, de 15 de febrero; 222/1992, de 11 de diciembre, y 273/2005, de 27 de octubre.

⁵² SSTC 22/1985, de 15 de febrero; 222/1992, de 11 de diciembre; 341/1993, de 18 de noviembre, y 273/2005, de 27 de octubre.

⁵³ SSTC 11/1981, de 8 de abril; 45/1989, de 20 de febrero; 96/1996, de 20 de mayo; 235/1999, de 20 de diciembre; 194/2000, de 19 de julio; 184/2003, de 23 de octubre; 138/2005, de 26 de mayo, y 273/2005, de 27 de octubre.

ción del uso y frutos de su porción hereditaria. Y si este gravamen pesaba sobre todos los legitimarios sin distinción, la compensación alimenticia también tendría que favorecer a todos ellos sin diferenciación, incluyendo a los hijos y descendientes del causante que lo fuesen sólo de éste y no del cónyuge usufructuario. La Sala proponente de la cuestión disenta de esta interpretación afirmando que «la misma vendría impedida [...] por la claridad de los términos legales, los cuales no admiten una exégesis correctora que permita salvar los obstáculos expuestos en el Auto de planteamiento», y el TC respondió con una escueta cita de su doctrina en la materia: «la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se encuentra el respeto al propio tenor literal de aquéllos». Efectivamente, no es posible acomodar el art. 123.3.º LDCG/1995 a la Constitución por vía interpretativa, pues lo impide su tenor literal⁵⁴. El enunciado del precepto es sumamente clarividente y no hay lugar a duda de que alberga un único sentido y no varios entre los que se pueda escoger el más compatible con la regulación constitucional⁵⁵: el cónyuge viudo deberá prestar alimentos, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes comunes que lo precisen. Y a nadie más. Si la norma cuestionada únicamente incluye entre los alimentistas a los hijos que el causante y el cónyuge usufructuario hubiesen tenido en común, resulta obvio que no se incluyen y, por lo tanto, quedan excluidos del derecho a percibir alimentos los hijos que sólo lo fuesen del causante y no del cónyuge viudo: «*inclusio unius, exclusio alterius*»⁵⁶. Pero aunque esta exclusión parezca sospechosa de inconstitucionalidad por vulnerar el derecho a la igualdad del art. 14 CE y a no ser discriminado por razón de nacimiento, la necesidad de preservar la validez del art. 123.3.º LDCG/1995 no puede ser utilizada como pretexto para justificar una interpretación que incluya como beneficiarios del derecho de alimentos a los hijos exclusivos del causante pese a estar literalmente excluidos. Si la prestación alimenticia se extendiese por vía interpretativa a sujetos distintos de los ex-

⁵⁴ A lo anteriormente extractado en el texto, la STC 171/2012 añade, a modo conclusivo, en su Fto. Jco. 6 que «la apreciada infracción del art. 14 CE no puede ser salvada con una interpretación literal del precepto inclusiva de los hijos y descendientes del premuerto, pues esa interpretación pugnaría con sus términos literales...».

⁵⁵ Ya decía la Sección Quinta de la AP de Pontevedra en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que «no existe la posibilidad de diversos entendimientos de la norma de modo tal que hubiera de seguirse aquel más conforme con la Constitución...». Vid. Fto. Jco. 3 STC 171/2012.

⁵⁶ LUEIRO NEGREIRA, J., «Reflexiones...», cit., pág. 115.

presamente mencionados por la norma, se estaría incurriendo en una manipulación hermenéutica correctora mediante la cual se la forzaría a decir algo que realmente no dice⁵⁷.

Finalmente, la representación procesal de la Xunta de Galicia también creía que la eventual contradicción entre la Constitución y el art. 123.3.º LDCG/1995 podría salvarse recurriendo a la interpretación extensiva del art. 508 CC, el cual dispone que «el usufructuario universal deberá pagar por entero el legado de renta vitalicia o pensión de alimentos». Extendiendo la aplicación de este precepto, se deducía que el cónyuge usufructuario estaría obligado a satisfacer con cargo al usufructo voluntario viudal las pensiones alimenticias que precisasen todos los hijos del causante y no sólo los que hubiera tenido en común con éste. Así, se concluía que el art. 123.3.º LDCG/1995 «a quienes verdaderamente excluye es sólo a los hijos y descendientes del usufructuario que no lo fueran del causante»⁵⁸. La AP proponente de la

⁵⁷ Además, es probable que la interpretación defendida por el Juzgado de Instancia y la representación procesal de la Xunta de Galicia no fuese en sí misma acertada por partir de una premisa equivocada: el derecho de alimentos a satisfacer con cargo al usufructo de viudedad no tiene como finalidad compensar a los legitimarios por el gravamen que aquél supone para su porción hereditaria, sino que únicamente pretende garantizar la subsistencia de los hijos o descendientes del causante incluso con posterioridad a su muerte, de modo tal que aquellos que ya percibían alimentos en vida de éste puedan seguir recibiendo aun después de su fallecimiento. El usufructo voluntario de viudedad no grava sólo la porción de la herencia que la ley reserva para los legitimarios, sino que pesa sobre cualquier participación hereditaria. Tanto los legitimarios como cualesquiera otros partícipes en la herencia se verán privados de la posesión, uso y disfrute de sus bienes hereditarios hasta que se extinga el usufructo del cónyuge viudo. Por consiguiente, si la finalidad de los alimentos fuese compensatoria del gravamen que supone el usufructo llegaríamos a un resultado absurdo: el derecho a percibirlos habría que reconocerlo no sólo a los hijos y descendientes del causante en cuanto legitimarios, sino también a cualquier persona que tuviese una participación en su herencia. Por último, la obligación alimenticia que impone el art. 123.3.º LDCG/1995 no deriva de la mera existencia del usufructo voluntario viudal, sino de que los alimentistas sean menores de edad o que, siendo mayores, concurren los presupuestos propios de ella: la posibilidad del alimentante y la necesidad del alimentista [vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Comentario al art. 123 LDCG», cit., pág. 862, y BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 228 LDCG», cit., pág. 1006; «Los pactos sucesorios...», cit., pág. 251; «Los pactos sucesorios...» (RCDI), cit., pág. 566]. Luego los legitimarios del causante no recibirían alimentos con cargo al usufructo viudal por el mero hecho de serlo, sino por ser menores o por ser mayores en situación de necesidad. Esta idea confirma que los alimentos del art. 123.3.º LDCG/1995 no pueden ser concebidos como una compensación del gravamen que suponen para la legítima, ya que si así fuese tendrían derecho a percibirlos todos los legitimarios y no sólo los que fuesen menores o los mayores en estado de necesidad. Podemos encontrarnos, pues, con legitimarios (hijos o descendientes del causante mayores de edad sin necesidad) que, pese a estar gravados igualmente con el usufructo del cónyuge viudo, no tendrían derecho alguno a recibir alimentos.

⁵⁸ Vid. Fto. Jco. 3 de la STC 171/2012.

cuestión se opuso a esta interpretación aduciendo que la eventual incompatibilidad entre el art. 123.3.º LDCG/1995 y la Constitución no podría superarse mediante el recurso a la aplicación analógica del art. 508 CC, ya que al encontrarnos ante un supuesto expresamente regulado no habría laguna legal que cubrir. A nuestro entender, no es jurídicamente adecuado acudir a la aplicación analógica del art. 508 CC para intentar preservar la validez del art. 123.3.º LDCG/1995, entre otros, por los siguientes motivos: a) La interpretación de las normas (incluida la conforme a la Constitución) es una operación de autointegración que no puede confundirse con la aplicación analógica de las mismas en cuanto que procedimiento de heterointegración normativa. Tampoco se debe confundir la aplicación analógica de las normas con la eficacia que se atribuye a los preceptos codificados como Derecho Civil Común de aplicación supletoria en defecto de disposiciones específicas propias de los Derechos civiles especiales de las Comunidades Autónomas (art. 3 LDCG/1995 y art. 1 LDCG/2006). b). La regulación contenida en el art. 123.3.º LDCG/1995 no padece laguna normativa alguna en el sentido de que carezca de una respuesta jurídica para el supuesto de hecho en el que se hallan los hijos del causante que no lo fuesen del cónyuge usufructuario. No se trata de que el precepto se limite a recoger el derecho a percibir alimentos de los hijos habidos en común por el causante y el usufructuario, y que guarde absoluto silencio sin prever nada para la situación de los hijos exclusivos del causante. Por el contrario, el tenor literal del art. 123.3.º LDCG/1995 es claro: al incluirse únicamente y de modo expreso a los hijos comunes del causante y del cónyuge viudo como beneficiarios de alimentos con cargo al usufructo, la norma está excluyendo a los hijos del causante que no tengan esa condición de comunes. Que el art. 123.3.º LDCG/1995 no mencione a los hijos exclusivos del causante no significa que respecto a ellos se guarde silencio y no haya pronunciamiento legislativo. Al contrario, la ausencia de mención equivale a pronunciarse a favor de su exclusión como alimentistas⁵⁹. No es que la

⁵⁹ La prueba de que la ausencia de mención de los hijos exclusivos del causante no era un mero silencio, sino una auténtica exclusión, puede hallarse en el párrafo quinto del número II del Preámbulo a la LDCG/2006, en donde al abordar la reforma del art. 123.3.º LDCG/1995 se reconoce expresamente que «se llama la atención de la nueva regulación del artículo 234.3.º), el cual extiende la obligación de prestar alimentos a los hijos y ascendientes que lo precisen, sin tener que reunir la condición de comunes...». En consecuencia, si el nuevo art. 234.3.º LDCG/2006 extendía la obligación de prestar alimentos a los hijos exclusivos del causante, se deduce que el art. 123.3.º LDCG/1995 no incluía como beneficiarios a estos sujetos, por lo que la ausencia de su mención no podía ser calificada como un mero silencio, sino como una verdadera exclusión. Vid. Fto. Jco. 6 STC 171/2012.

situación de los hijos exclusivos del causante no se encuentre prevista en el art. 123.3.º LDCG. Se halla prevista, pero precisamente para ser excluida de los beneficios que se atribuyen en el mismo. c). Aun cuando se llegase a admitir que puede existir cierta identidad de razón entre el usufructo viudal de regencia del art. 123.3º LDCG/1995 que se instituye recíproca o unilateralmente al amparo del art. 118 LDCG/1995 y el usufructo universal del cónyuge viudo constituido en testamento sobre la base de cautelas socinianas y al que se refiere el art. 508 CC, lo cierto es que este último precepto se muestra como una norma de naturaleza excepcional que se aplica únicamente en el caso de establecimiento de una renta vitalicia o pensión de alimentos y que contiene una regla especial o especialísima, pues hace responsable al usufructuario de estas cargas hereditarias⁶⁰. Por consiguiente, dado que el art. 508 CC es una norma de Derecho excepcional, su aplicación no puede extenderse a otros supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ella, porque lo prohíbe el art. 4.2 CC.

4. *Que la resolución del proceso a quo dependa de la validez de la norma cuestionada*

En orden a la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad no basta con que la norma cuestionada sea aplicable al supuesto de hecho enjuiciado, sino que también resulta imprescindible que de su validez dependa la resolución del proceso *a quo*⁶¹. Se requiere que el contenido del fallo del proceso principal dependa de la decisión que sobre la validez de la norma cuestionada tome el TC cuando proceda a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Debe darse una necesaria relación de interconexión entre el juicio de constitucionalidad de la ley y el pronunciamiento a adoptar en el proceso *a quo*⁶²,

⁶⁰ Así lo aseguran ROVIRA SUEIRO, M.^a (2009), «Comentario al art. 508 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., R. Bercovitz (dir.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, pág. 650, y CLEMENTE MEORO, M. (2013), «Comentario al art. 508 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. III, R. Bercovitz (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 4040.

⁶¹ SSTC 189/1991, de 3 de octubre; 337/1994, de 23 de diciembre; 174/1998, de 23 de julio; 203/1998, de 15 de octubre; 67/2002, de 21 de marzo; 63/2003, de 27 de marzo; 255/2004, de 23 de diciembre, y 22/2010, de 27 de abril. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 80; LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 78; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., pág. 97.

⁶² SSTC 17/1981, de 1 de junio; 28/1997, de 13 de febrero, y 166/2007, de 4 de julio. La existencia de dicha interrelación es necesaria porque de esta forma se garantiza

de tal modo que la validez de la norma cuestionada incida en que el órgano judicial resuelva el proceso en un sentido o en otro. Nos referimos al juicio de dependencia o de relevancia⁶³: la resolución del pleito principal *depende* de la decisión del proceso constitucional y, viceversa, la decisión que se adopte en el juicio de constitucionalidad se muestra como *relevante* en orden a determinar el contenido del fallo a dictar en el procedimiento *a quo*. Sin embargo, para que la validez de la norma condicione la decisión del proceso principal se hace preciso, asimismo, que aquélla sea absolutamente determinante y relevante para la resolución del juicio *a quo*⁶⁴. La relevancia ha de predicarse no sólo de la futura decisión del TC que habrá de producir efectos concretos en el proceso principal, sino también de la norma cuestionada, que habrá de incidir de forma determinante en el juicio *a quo*. Tanto la norma cuestionada como los efectos de la resolución del TC han de ser determinantes para el fallo que el órgano judicial *a quo* deba dictar (bifurcación de relevancia)⁶⁵.

Pues bien, la STC 171/2012 simplemente incluye una muy escueta referencia al requisito de la relevancia en su doble significación. Por una parte, el TC reproduce las palabras de la AP proponente cuando ésta decía que el art. 123.3.º LDCG/1995 no admite diversos entendimientos y que estamos ante un supuesto expresamente regulado del que, además, *depende la solución del litigio sometido a su conocimiento*. Y, por otra parte, la Sentencia insiste en que los arts. 163 CE y 35 LOTC se limitan a exigir que «una norma con rango de Ley aplicable al caso y *de cuya validez dependa el fallo*, pueda ser contraria a la Constitución». Por consiguiente, se observa que la STC 171/2012 sólo menciona tangencialmente el requisito de la relevancia, sin entrar a examinar si efectivamente se cumple o no⁶⁶.

que la cuestión de inconstitucionalidad sigue actuando como un mecanismo de control concreto y no se convierte en abstracto. Vid. DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al art. 35 LOTC», cit., pág. 401; RIBAS MAURA, A., *La cuestión...*, cit., págs. 97 y 98; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 85.

⁶³ Por influencia de la doctrina italiana, según CORZO SOSA, E., *La cuestión...*, cit., págs. 420 y ss.

⁶⁴ STC 150/1992, de 19 de octubre.

⁶⁵ Vid. LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión...*, cit., pág. 79; FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., págs. 85 y 88.

⁶⁶ Quizás ello sea debido a que la doctrina constitucional ha relativizado enormemente esta exigencia sosteniendo que su apreciación corresponde al órgano judicial, limitándose a rechazar aquellos razonamientos notoriamente inconsistentes o inexistentes. Esta tendencia a la relativización se aprecia en SSTC 196/1987, de 11 de diciembre; 76/1990, de 26 de abril; 301/1993, de 21 de octubre, y 90/1994, de 17 de marzo. Vid. DE CABO DE LA VEGA, A., «Comentario al art. 163 CE», cit., pág. 287.

Sin perjuicio de ello, nos gustaría subrayar que el juicio de relevancia adquiere matices específicos cuando se considera que la norma cuestionada podría ser inconstitucional no por lo que dice, sino por lo que omite⁶⁷. En concreto, la representación procesal de la Xunta de Galicia señalaba literalmente en sus alegaciones que «es evidente que los descendientes del usufructuario tienen derecho a percibir alimentos, de forma que la posible duda de constitucionalidad derivaría no de lo que el precepto dice sino de lo que omite, esto es, del hecho de que la obligación alimenticia no se extienda a los hijos exclusivos del causante [...] estando ante una posible inconstitucionalidad por omisión, el precepto solamente sería inconstitucional si la Constitución impusiese como contenido necesario del precepto la extensión de la obligación de alimentos al hijo exclusivo del causante»⁶⁸. Insistimos en que la duda de inconstitucionalidad del art. 123.3.º LDCG/1995 no proviene de su silencio, sino de que, al incluir únicamente a los hijos comunes del causante y del usufructuario como alimentistas, está excluyendo a los restantes hijos que no tengan esta condición, tal y como son los exclusivos del causante. Por ello, el requisito de relevancia debe predicarse respecto a la norma excluyente que se deriva implícitamente del precepto cuestionado. Y, desde esta perspectiva, se aprecia que en el supuesto analizado por la STC 171/2012 aquél se cumple a la perfección, pues el art. 123.3.º LDCG/1995 es determinante para la resolución del juicio *a quo* ante la AP de Pontevedra y la decisión que sobre su validez adopte el TC también condicionará esa misma resolución: si se declarase la inconstitucionalidad de la norma excluyente, el beneficio previsto en la misma se extendería a los sujetos inicialmente excluidos y el fallo tendría que estimar el derecho a alimentos de los hijos exclusivos del causante. Y si se declarase la constitucionalidad de la norma excluyente, los sujetos inicialmente excluidos seguirían estándolo y el fallo debería desestimar el derecho a alimentos de los hijos exclusivos del causante⁶⁹. Además, para poder apreciar la inconstitucionalidad de una norma por omisión no es preciso que el legislador obvie un deber de actuación que se le impone por mandato constitucional, sino que bastaría con que el silencio legislativo suponga la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no una obligación constitucio-

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., págs. 86 y 87.

⁶⁸ Antecedente 8.º de la STC 171/2012, de 4 de octubre.

⁶⁹ SSTC 37/1986, de 20 de marzo; 142/1990, de 20 de septiembre, y 3/1993, de 14 de enero, y FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento...*, cit., pág. 87.

nal de legislar⁷⁰. Por consiguiente, aunque se admitiese que la duda de constitucionalidad debería referirse al silencio, el art. 123.3.º LDCG/1995 podría ser declarado inconstitucional aunque no hubiese un mandato constitucional que obligase al legislador a extender el derecho de alimentos a los hijos exclusivos del causante. Para ello sería suficiente con que la omisión de su inclusión, crease una situación jurídica contraria a las prescripciones constitucionales, tales como aquellas que prohíben la discriminación por razón del nacimiento o las diferencias de trato carentes de justificación objetiva y razonable (arts. 14 y 39 CE).

IV. EL ART. 14 CE. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA LEY

1. *Cláusula genérica de igualdad vs prohibiciones específicas de discriminación*

Resulta unánimemente aceptado que el art. 14 CE distingue entre la denominada cláusula genérica de igualdad y las llamadas prohibiciones específicas de discriminación⁷¹. La cláusula genérica contenida en el inciso primero del citado precepto subraya que el principio de igualdad no obliga a abstenerse de otorgar relevancia jurídica a cualquier diferencia que exista entre situaciones equiparables, sino que únicamente exige que la diferenciación posea una justificación objetiva y razonable, apreciable en términos de racionalidad y de proporcionalidad. En consecuencia, la cláusula genérica de igualdad no postula, ni como fin ni como medio, la paridad, sino sólo la razonabilidad del criterio que fundamenta la diferencia de trato y la proporcionali-

⁷⁰ VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. (1996), «La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 8, pág. 7; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (1998), *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, pág. 79.

⁷¹ SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 214/2006, de 3 de julio, y 52/2010, de 4 de octubre. MARTÍNEZ TAPIA, R. (2000), *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería-Servicio de Publicaciones, pág. 43; CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.^a (2005), «Los principios constitucionales de igualdad de trato y prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.ºs 50-51, págs. 194 y ss.; GÁLVEZ MUÑOZ, L. (2003), «La cláusula general de igualdad», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 21, págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F. (1986), *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, pág. 38; ALONSO GARCÍA, E. (1983), «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *RAP*, n.ºs 100-102, vol. I, enero-diciembre, pág. 22.

dad de las consecuencias que de ella se deriven. Por contraposición, las prohibiciones de discriminación tipificadas en el segundo inciso del art. 14 CE proscriben que pueda atribuirse relevancia jurídica a aquellas diferencias que se basen en alguna de las circunstancias previstas en la propia norma, tales como el nacimiento, la raza, el sexo o la religión. Consiguientemente, las prohibiciones de discriminación pretenden la parificación, pues, al entenderse que los motivos en los que se funda la diferenciación son irrazonables *ex Constitutione*, se impone un tratamiento jurídico igual incluso para las situaciones diferentes⁷².

Con este telón de fondo, nos vemos obligados a preguntarnos cuál debe ser el canon de enjuiciamiento a aplicar en orden a examinar la posible vulneración del principio de igualdad imputable al art. 123.3.º LDCG/1995. Para el órgano judicial promotor de la cuestión, la respuesta parece clara: «el precepto legal, en cuanto desprotege a los descendientes no comunes y que lo sean del causante, resulta contrario al art. 14 CE porque representa una discriminación por razón del nacimiento»⁷³. Y, en opinión de la STC 171/2012, «la duda de constitucionalidad aquí suscitada se relaciona con lo que nuestra doctrina ha denominado derecho a la igualdad en la Ley consagrado en el art. 14 CE así como con las prohibiciones de discriminación contempladas en el mismo precepto constitucional».

A fin de averiguar si una norma vulnera el art. 14 CE por contravenir una prohibición de discriminación, basta con constatar que aquélla introduce una diferencia de trato y que ésta lo es por razón de alguna de las circunstancias tipificadas en ese mismo precepto constitucional⁷⁴. El art. 123.3.º LDCG/1995 otorga un tratamiento jurídico diferenciado a los hijos del causante, puesto que el derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario viudal sólo se atribuye a los que aquél hubiera tenido en común con el usufructua-

⁷² Se trata de la síntesis de una reiteradísima jurisprudencia constitucional. Vid., a título de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad, SSTC 22/1981, de 2 de julio; 23/1984, de 20 de febrero; 83/1984, de 24 de julio; 340/1993, de 16 de noviembre; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 308/1994, de 21 de noviembre; 126/1997, de 3 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 181/2000, de 29 de junio; 47/2001, de 15 de febrero; 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo; 57/2005, de 14 de marzo; 88/2005, de 18 de abril; 138/2005, de 26 de mayo; 182/2005, de 4 de julio; 213/2005, de 21 de julio; 273/2005, de 27 de octubre; 214/2006, de 3 de julio; 295/2006, de 11 de octubre; 69/2007, de 16 de abril; 62/2008, de 26 de mayo; 9/2010, de 27 de abril; 52/2010, de 4 de octubre; 75/2011, de 19 de mayo; 41/2013, de 14 de febrero, y 61/2013, de 14 de marzo.

⁷³ Vid. párrafo segundo del Antecedente 3.º STC 171/2012, de 4 de octubre.

⁷⁴ ALONSO GARCÍA, E., «El principio...», cit., pág. 68.

rio y no a los restantes⁷⁵. Y esta diferencia de trato se establece en función de si los hijos del causante lo son también o no del cónyuge viudo usufructuario. Se trata, pues, de una diferenciación normativa que se basa única y exclusivamente en la filiación de los hijos del causante. Dado que el usufructo voluntario del art. 118 LDCG/1995 sólo podía instituirse a favor del cónyuge viudo, y como la obligación alimenticia del art. 123.3.º LDCG se imponía únicamente en beneficio de los hijos comunes del causante y del usufructuario, lo más probable era que, en la mayor parte de las ocasiones, estos hijos alimentistas tuviesen la condición de matrimoniales. Por lo tanto, si los hijos exclusivos del causante fuesen extramatrimoniales, la diferencia de trato se fundaría en la clase o tipo de su filiación (matrimonial o no matrimonial). Los hijos del causante tendrían derecho a recibir alimentos, dependiendo de si hubieran sido concebidos fuera o dentro de su matrimonio⁷⁶. Pero sucede que, en el supuesto de hecho enjuiciado por la STC 171/2012, el único hijo del causante no habido en común con el cónyuge viudo usufructuario nació de una previa relación matrimonial posteriormente disuelta. Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, el diferente tratamiento que se concede a los hijos del causante en lo referente a su derecho a recibir alimentos no se basaría en el tipo o clase de su filiación (matrimonial y no matrimonial), sino en su filiación propiamente dicha, en cuanto vínculo que explica la procedencia de unas personas de otras y que les une con sus dos progenitores o con uno solo. Los hijos del causante reciben o no alimentos en función de quién sea su otro progenitor. Ahora bien, ¿la diferencia de trato normativo fundada en la filiación puede subsumirse en alguna de las circunstancias que el art. 14 CE prohíbe que sean adoptadas

⁷⁵ La clave se localiza, pues, en la identificación del concreto motivo en el que se fundamenta la diferencia de tratamiento normativo. Vid. CARRASCO PERERA, A., «El juicio...», cit., pág. 50.

⁷⁶ De momento, ésta es la única explicación que encontramos a la cita que la AP promotora de la cuestión de inconstitucionalidad efectúa a la STC 184/1990, de 15 de noviembre, pues de ella se resalta aquel extremo en donde se dice que «a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, deben prestar los padres asistencia de todo orden [...] porque su filiación y condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos». Al margen de esto cabe que, partiendo de esta diferencia entre la filiación matrimonial y no matrimonial, pueda intuirse la razón en virtud de la cual el art. 123.3.º LDCG/1995 acabó por restringir a los hijos comunes del causante el derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario viudal. Es probable que esta exigencia de que los alimentistas fuesen hijos comunes constituyese un lastre involuntario, miméticamente incorporado a la regulación positiva como reflejo de que la costumbre de instituir el usufructo universal a favor del cónyuge viudo estaba muy extendida en Galicia en una época en la que lo obligado era preterir jurídicamente y no reconocer derecho alguno a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

como motivo de diferenciación? A este respecto, el TC ha declarado con reiteración que las desigualdades instauradas a causa de la filiación tienen encaje en la prohibición de discriminación por razón del nacimiento⁷⁷. Y así lo estima también la propia STC 171/2012 cuando, con cita de las SSTC 7/1994, 74/1997, 67/1998 y 200/2001, afirma que, dentro de la prohibición de discriminación por el nacimiento, el Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación, de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas.

De todas estas consideraciones se infiere que el hecho de que el art. 123.3.º LDCG/1995 incluya a los hijos comunes del causante y del usufructuario como beneficiarios de alimentos con cargo al usufructo y excluya de ese mismo derecho a los restantes hijos del causante representa un tratamiento jurídico diferenciado basado en la filiación que, al resultar subsumible en las diferencias de trato por razón de nacimiento, contraviene una de las prohibiciones de discriminación contempladas en el art. 14 CE. El problema radica, ahora, en determinar cuáles son las concretas consecuencias jurídicas que deben extraerse de tal contravención.

2. *Las prohibiciones específicas de discriminación: consecuencias jurídicas de su contravención*

Mediante las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE, el constituyente proscribía aquellas diferencias de trata-

⁷⁷ Vid. SSTC 7/1994, de 17 de enero; 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 200/2001, de 4 de octubre; 57/2005, de 14 de marzo; 165/2006, de 22 de mayo, y AATC 227/1992, de 27 de enero, y 324/1994, de 28 de noviembre. Y ello es así porque la filiación es el estado derivado del nacimiento y porque la mención separada del principio de igualdad que el art. 39.2 CE hace a los hijos con independencia de su filiación no es sino una concreción de la prohibición de no discriminación por razón del nacimiento, de modo que toda diferenciación a causa de la filiación es una diferenciación por razón del nacimiento, aunque no toda diferencia por razón del nacimiento sea una diferencia a causa de la filiación. Vid. DE OTTO Y PARDO, I. (2010), voz «Igualdad», en *Obras completas*, Fernández Sarasola (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 1441; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., págs. 191 y 194; ALONSO GARCÍA, E., «El principio...», cit., págs. 66 y 67; PABÓN DE ACUÑA, J. M.^a (1991), «Problemática del principio constitucional de igualdad», en *El principio de igualdad en la Constitución española. XI Jornadas de Estudio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 26; RICOY CASAS, R. M.^a (2010), *¿Qué igualdad? El principio de igualdad: forma y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, pág. 51; ZOCO ZABALA, C. (2008), *Prohibición de distinciones por razón de sexo. Derecho comunitario, nacional y autonómico*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pág. 68.

miento jurídico que se fundamenten en alguno de los motivos expresamente contemplados en ese mismo precepto. Se trata de una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas pero abiertamente contrarias a la dignidad de la persona humana (art. 10 CE)⁷⁸. En efecto, el art. 14 CE prohíbe las diferencias normativas basadas en el nacimiento, sexo, raza o religión, porque se considera que estos motivos de diferenciación son especialmente odiosos y jurídicamente perversos⁷⁹, toda vez que, al convertir en elemento de segregación un rasgo o condición personal innatos, vulneran la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. Esa valoración especialmente negativa que para la Constitución merecen los criterios del art. 14 CE provoca que sean calificados como especialmente sospechosos cuando son utilizados para establecer una diferenciación jurídica⁸⁰. Por ello, el TC ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en los que operan como factores determinantes las concretas razones de discriminación prohibidas por el art. 14 CE, al entender que estas prohibiciones implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación que ya viene establecido por la propia Constitución⁸¹. Según esta doctrina, y habiendo concluido que el art. 123.3.º LDCG/1995 burla la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, correspondería concluir la ilegitimidad constitucional de este precepto legal sin necesidad de entrar a enjuiciar la razonabilidad de la diferencia de trato introducida, pues su irrazonabilidad ya vendría impuesta *ex Constitutione*⁸². La mera contravención de la prohibición de discrimi-

⁷⁸ SSTC 83/1984, de 24 de julio; 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 200/2001, de 4 de octubre; 185/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio, y 62/2008, de 26 de mayo.

⁷⁹ SSTC 69/2007, de 16 de abril, y 62/2008, de 26 de mayo. RICOY CASAS, R. M.^a, *¿Qué igualdad?...*, cit., pág. 90; GARRIDO GÓMEZ, M.^a I. (2009), *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, Dykinson, pág. 291; MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad...*, cit., pág. 52.

⁸⁰ STC 69/2007, de 16 de abril. RUBIO LLORENTE, F. (1991), «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 704; MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad...*, cit., pág. 54; ZOCO ZABALA, C., *Prohibición...*, cit., pág. 25; RICOY CASAS, R. M.^a, *¿Qué igualdad?...*, cit., pág. 90.

⁸¹ SSTC 200/2001, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 154/2006, de 22 de mayo, y 214/2006, de 3 de julio.

⁸² Repárese en que el inciso segundo del art. 14 CE prefiere utilizar el término «discriminación» antes que la expresión «distinción», lo cual es muy significativo si se tiene en cuenta que, en la actualidad y por influencia anglosajona, «discriminación» ya no se entiende como sinónimo de mera diferencia o distinción, sino de aquellas distinciones que resultan arbitrarias por carecer de una justificación objetiva y razonable. Por consi-

nación por nacimiento bastaría para deducir la inconstitucionalidad del art. 123.3.º LDCG/1995, y sólo si se dedujese que tal infracción no ha acontecido sería preciso recurrir a la cláusula genérica de igualdad de trato y a la aplicación de los instrumentos de control de constitucionalidad propios de la misma, tales como los juicios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo precedente, el TC también ha declarado que este juicio de irrazonabilidad *ex Constitutione* no impide que los motivos de discriminación recogidos en el art. 14 CE puedan ser excepcionalmente utilizados como criterios de diferenciación jurídica, siempre que el enjuiciamiento de la legitimidad constitucional de la diferencia se efectúe con arreglo a un canon mucho más estricto, así como con un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad⁸³. No obstante, pese a la excepcionalidad con la que se reconoce esta posibilidad, la jurisprudencia constitucional ha hecho un uso bastante laxo de la misma, interpretando que la aplicación de las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE no excluye el control de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, sino que solamente requiere que ese control sea llevado a cabo de una forma mucho más exigente y rigurosa. A nuestro entender, una interpretación tan amplia de los términos de la cuestión no resulta muy aconsejable en la medida que reconduce el significado formal del art. 14.2 CE y el término «discriminación» a parámetros de razonabilidad⁸⁴. Se trataría de una especie de puerta abierta que permitiría la entrada de mecanismos de control de constitucionalidad propios de la cláusula genérica de igualdad, aunque la duda de inconstitucionalidad haya de analizarse desde la perspectiva de la contravención de las prohibiciones específicas de discriminación. Aun cuando sean las dos caras de la misma moneda⁸⁵ y se encuentren

guiente, cuando el art. 14 CE equipara «discriminación» con aquellas diferencias de trato que obedezcan al nacimiento, raza, sexo o religión, en realidad quiere decir que la diferenciación jurídica que se apoye en alguno de esos motivos es manifiestamente irrazonable y, por consiguiente, incompatible con el propio régimen constitucional. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., pág. 156.

⁸³ SSTC 126/1997, de 3 de julio; 229/1992, de 14 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 166/1998, de 26 de septiembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 126/1997, de 3 de julio; 200/2001, de 4 de octubre; 182/2005, de 4 de julio; 154/2006, de 22 de mayo; 214/2006, de 3 de julio, y 62/2008, de 26 de mayo.

⁸⁴ ZOCO ZABALA, C., *Prohibición...*, cit., pág. 120.

⁸⁵ La cláusula genérica de igualdad de trato y las prohibiciones de discriminación son las caras de la misma moneda porque, en virtud de la primera, se permite otorgar un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones equiparables (diversificar lo homogéneo), mientras que, mediante las segundas, se obliga a dar un mismo tratamiento jurídico a situaciones que pueden ser diferentes (homogeneizar lo diverso). Vid. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.^a, «Los principios...», cit., pág. 203.

unificadas en un mismo precepto (art. 14 CE), la cláusula genérica de igualdad de trato y las prohibiciones de discriminación representan dos principios constitucionales diferentes entre los que existe una clara distinción estructural⁸⁶. La prohibición de discriminación presenta unos rasgos jurídicos propios que avalan su entendimiento no como una simple especificación del principio de igualdad, sino como un mandato especial que, aun derivando del susodicho principio, va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley⁸⁷. Al encontrarnos ante una prohibición constitucionalmente establecida, la razonabilidad de la causa alegada para justificar la diferencia de trato que la vulnera no tendría que buscarse en la razonable adecuación de la medida tomada en relación con los fines que se persiguen a través de ella, sino principalmente en la indagación sobre la compatibilidad constitucional de la razón de ser de la diferencia⁸⁸. En estas hipótesis no sería suficiente con aportar una justificación razonable de la diferenciación normativa para hacer viable la desigualdad, sino que se necesita justificar la ruptura de la igualdad en sí misma⁸⁹. Por ello, las diferencias de trato que contravengan las prohibiciones constitucionales de discriminación únicamente deberían ser admisibles cuando el fin que persigue la norma que las incluye se identifique con un valor constitucional incluso superior al que representa la igualdad de nacimiento, raza, religión, etc. La justificación de la quiebra de la igualdad sólo puede encontrarse en la tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos a un nivel superior a los que resulten sacrificados con la introducción de la diferenciación⁹⁰.

⁸⁶ Díez-PICAZO, L. M.^a (2003), *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, pág. 179; CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.^a, «Los principios...», cit., págs. 194 y 218.

⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2001), «Igualdad y no discriminación en el empleo», *Derecho y Conocimiento*, vol. I, pág. 474; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., págs. 65 y 66; CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.^a, «Los principios...», cit., pág. 211.

⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., pág. 54.

⁸⁹ STC 75/1983, de 3 de agosto. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., pág. 74.

⁹⁰ En terminología anglosajona, no sería suficiente con sustituir el denominado *rational scrutiny* por el *strict scrutiny*, sino que se precisaría sustituir el llamado *legitimate interest* por el *compelling interest*. Es decir, cuando estamos ante supuesto de hecho enmarcable en una prohibición constitucional de discriminación no se trata sólo de elevar el nivel de exigencia o rigor que debe presidir el juicio de legitimidad constitucional, sino que la diferencia de trato introducida por la norma se justifique en la prosecución de un interés público inaplazable y no un mero interés público legítimo. Vid. ALONSO GARCÍA, E., «El principio...», cit., pág. 72; RUBIO LORENTE, F., «La igualdad...», cit., pág. 686; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., pág. 74; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Igualdad...», cit., pág. 474; Díez-PICAZO, L. M.^a, *Sistema...*, cit., pág. 181.

En consecuencia, la diferencia de trato que el art. 123.3.º LDCG/1995 dispensa a los hijos comunes y exclusivos del causante, al atribuir a los primeros y no a los segundos el derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario viudal, sólo resultaría constitucionalmente admisible en el caso de que tal distinción respondiese a la efectiva consecución de otros valores constitucionales de rango jerárquico superior a la igualdad. Sin embargo, la STC 171/2012 permanece fiel a esa laxa jurisprudencia, según la cual las prohibiciones de discriminación no impiden absolutamente la viabilidad de las distinciones normativas basadas en los criterios de diferenciación tipificados por el art. 14 CE. Y, partiendo de ello, decide examinar la diferencia de trato introducida por el art. 123.3.º LDCG/1995 bajo parámetros de razonabilidad y racionalidad, aunque advirtiendo que el canon de enjuiciamiento debe ser aplicado de forma más rigurosa y exigente.

3. El carácter homogéneo o heterogéneo de las situaciones subjetivas que pretenden compararse. El tertium comparationis

La representación procesal de la Xunta de Galicia defendió la constitucionalidad del art. 123.3.º LDCG/1995 argumentando que este precepto no incurría en una vulneración del derecho de todos los ciudadanos a la igualdad ante la ley, porque «para apreciar tal vulneración resulta necesario que se aporte un término de comparación y que las situaciones respecto a las que se pretende idéntico tratamiento sean homogéneas, homogeneidad que no concurría en el presente supuesto, ya que la situación del hijo común y la del hijo exclusivo del causante son radicalmente diferentes de cara a la prestación de alimentos, por el simple hecho de que las relaciones de parentesco también son diferentes, siendo ese parentesco el que configura la obligación de alimentos».

Esta alegación habría podido resolverse de una manera muy sencilla si la duda de constitucionalidad del art. 123.3.º LDCG/1995 se hubiera enfocado desde la interpretación estricta de las prohibiciones de discriminación, pues el art. 14 CE no impide que el nacimiento o la filiación sean notas diferenciales, sino sólo que dichas notas se utilicen como motivo de diferenciación jurídica⁹¹. Las prohibiciones de discrimi-

⁹¹ DE OTTO Y PARDO, I., «Igualdad», cit., pág. 1441; ídem (2010), «El principio general de igualdad en la Constitución española», en *Obras completas*, Fernández Saraso-la (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 1459; VILLACORTA MANCEBO, L. (2005), «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», *REP*,

minación son una exigencia de parificación que obliga a homogeneizar las situaciones sometidas a ellas, incluso aunque éstas sean diversas y no idénticas⁹². Por lo tanto, cuando una posible vulneración del art. 14 CE se enjuicia desde el canon de las prohibiciones de discriminación resulta intrascendente que las situaciones sean iguales o distintas, pues aun cuando sean diferentes existe una obligación de tratarlas jurídicamente por igual. Con arreglo a esto, y para contestar a la alegación del Gobierno gallego, hubiera sido suficiente con responder diciendo que la circunstancia de que los hijos comunes y exclusivos del causante se hallen en una situación homogénea o heterogénea deviene irrelevante, porque lo que interesa es comprobar si el art. 123.3.º LDCG/1995 les dispensa un tratamiento jurídico diferenciado que, al basarse exclusivamente en su filiación, vulnere la prohibición de discriminación por razón del nacimiento. No importa si la situación de los hijos exclusivos y comunes del causante deviene homogénea o radicalmente divergente atendiendo a su nacimiento o a sus relaciones filiales. Lo que importa es que rige una obligación constitucional de no tratarlos jurídicamente de forma diferente por razón de su nacimiento o filiación, ya sean iguales o distintos. Y, en este sentido, el art. 123.3.º LDCG/1995 podría ser declarado inconstitucional si este precepto incumpliese tal obligación de parificación jurídica, al margen de que los hijos comunes y exclusivos del causante puedan ser diferentes o iguales a causa de su nacimiento o filiación. Además, el único caso admisible de término de comparación es la existencia de dos supuestos de hecho iguales a los que se les aplican dos consecuencias jurídicas distintas. No hay término válido de comparación entre supuestos distintos, porque no habría nada que comparar⁹³. Con base en ello se ha dicho que cuando la posible vulneración del art. 14 CE se examina desde los parámetros propios de las prohibiciones de discriminación no es necesario aportar un término de comparación⁹⁴, precisamente porque la exigencia de parificación presupone la existencia de situaciones diferentes.

No obstante todo lo anterior, el TC ha añadido, en su Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, que «es cierto que la prohibición de discrimina-

n.º 130, octubre-diciembre, pág. 269; LAPORTA, F. (1985), «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema*, n.º 67, julio, pág. 14; PABÓN DE ACUÑA, J. M.ª, «Problemática...», cit., pág. 35.

⁹² LAPORTA, F., «El principio...», cit., pág. 14.

⁹³ GAVARA DE CARA, J. C. (2005), *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pág. 91.

⁹⁴ STC 154/2006, de 22 de mayo. GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido...*, cit., pág. 27.

ción es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, pero también es evidente que en ocasiones la discriminación puede concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas». Y, respecto a esta doctrina, la STC 171/2012 no constituye una excepción ya que, tras reproducir literalmente la cita transcrita, el TC se empeña en averiguar si la situación de los hijos comunes y exclusivos del causante es homogénea y, en consecuencia, susceptible de comparación.

El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento de constitucionalidad desde la cláusula genérica de igualdad consiste en que las situaciones subjetivas a las que se otorga un trato diferente sean iguales⁹⁵, puesto que en caso de ser distintas podrían ser tratadas de forma diversa sin que fuese precisa justificación alguna⁹⁶. Para saber si tales situaciones subjetivas son sustancialmente equiparables se debe aportar un término de comparación⁹⁷.

En sentido estricto, el *tertium comparationis* es el tercer elemento que permite comparar otros dos. La aportación de un término de comparación aludiría a la necesidad de seleccionar una nota, signo o cualidad común desde el cual proceder a comparar dos situaciones, sujetos, objetos o relaciones. Así, los elementos comparados serán iguales o desiguales en función del término que se hubiese elegido para efectuar su comparación⁹⁸. Por lo tanto, el interrogante acerca de la igual-

⁹⁵ Si el autor de la norma diversifica lo homogéneo es cuando puede decirse que su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de factores diferenciales o de elementos de diferenciación resulta o no debidamente fundamentada. Vid. SSTC 162/1985, de 29 de noviembre; 42/1986, de 10 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 257/2005, de 24 de octubre, y 128/2010, de 29 de noviembre.

⁹⁶ En palabras de la STC 148/1986, de 25 de noviembre, «no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta [...]. Incluso podría afirmarse que esa regulación distinta, consecuencia y consecuente a una previa diversificación de régimen jurídico, no sería calificable como diferenciadora a los efectos del principio de igualdad, porque faltaría el supuesto mismo —la común posición en el ordenamiento— que haría exigible el trato igual». Y, según la SCT 29/1987, de 6 de marzo, «el principio de igualdad no queda lesionado si se da un tratamiento diferente a situaciones que también lo son». Vid. MARÍN PAGEO, E., *La cuestión...*, cit., pág. 233. A contrario, DE OTTO Y PARDO, I., «El principio...», cit., págs. 1451 y 1452.

⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1990), «Principio de igualdad y Derecho Privado», *ADC*, T. XLIII, abril-junio, pág. 392; ídem (1991), «Principio de igualdad y Derecho privado», en *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 1608.

⁹⁸ DE OTTO Y PARDO, I., «El principio...», cit., pág. 1450; ZOCO ZABALA, C. (2003), *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Barcelona, Bosch, pág. 48; RICOY CASAS, R. M.^a, *¿Qué igualdad?...*, cit., pág. 33.

dad o desigualdad de trato sólo puede ser planteado respecto a un concreto término de comparación, el cual suele identificarse con específicos derechos o deberes⁹⁹. Desde esta perspectiva, y hablando ahora del caso que nos ocupa, los elementos a comparar serían los hijos comunes y exclusivos del causante, mientras que el término desde el que se realiza la comparación sería su derecho a percibir alimentos de este concreto progenitor. Aplicando este particular *tertium comparationis*, cabe concluir que todos los hijos del causante se encuentran en una situación homogénea pues, independientemente de quién fuese su otro progenitor, todos ellos tendrían derecho a percibir alimentos con cargo al patrimonio de aquél, siempre que lo precisen.

Sin embargo, son múltiples las ocasiones en las que la jurisprudencia constitucional ha utilizado la expresión «término de comparación» no tanto para designar a ese tercer elemento que sirve para comparar otros dos, sino más bien para subrayar que los elementos objeto de comparación son comparables por reunir una serie de características, rasgos o cualidades comunes¹⁰⁰. Así se dirá que no hay término de comparación cuando las situaciones subjetivas no sean comparables por divergentes, heterogéneas y carecer de todo rasgo común. Aplicando esta otra manera de entender la exigencia del *tertium comparationis* al supuesto de hecho enjuiciado en la STC 171/2012, también llegamos a la conclusión de que la situación en la que se hallan los hijos comunes y los hijos exclusivos del causante es homogénea. Tiene razón el TC cuando sostiene que todos los hijos del causante se encuentran en situación equiparable, porque están unidos a él por un mismo vínculo familiar, porque tienen los mismos derechos en su patrimonio, porque son sus legitimarios y porque todos ellos ya tenían antes de su muerte un derecho a recibir alimentos con cargo a sus bienes¹⁰¹. Es probable que concurren otros rasgos en los que los hijos comunes y exclusivos del causante no concuerden, pero para que exista homogeneidad entre ellos no se requiere que coincidan en todas y cada una de sus características o cualidades, ya que si así fuese en vez de hablar de dos situaciones distintas deberíamos hablar de una única situación idéntica en sí misma¹⁰².

⁹⁹ Díez-PICAZO, L. M.^a, *Sistema...*, cit., pág. 178.

¹⁰⁰ SSTC 23/1984, de 20 de febrero; 134/1996, de 22 de julio; 59/2000, de 2 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 125/2003, de 19 de junio; 27/2004, de 4 de marzo; 199/2004, de 15 de noviembre; 138/2005, de 26 de mayo, y 213/2005, de 21 de julio.

¹⁰¹ Vid. STC 171/2012, de 4 de octubre, Fto. Jco. 5.

¹⁰² RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad...», cit., pág. 686; GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido...*, cit., pág. 86.

Ya se utilice el *tertium comparationis* en uno u otro de los sentidos indicados, lo que está claro es que la representación procesal del Gobierno gallego no estuvo muy acertada al alegar que la situación de los hijos comunes del causante no era equiparable a la de sus hijos exclusivos, sino radicalmente diferente de cara a la prestación de alimentos, toda vez que aquéllos también eran diferentes en las relaciones de parentesco. El término de comparación aportado para llevar a cabo el juicio de igualdad no puede ser caprichoso o arbitrario, sino válido, adecuado y relevante para la finalidad a la que atiende el precepto cuestionado que introduce la diferencia de trato normativo¹⁰³. La comparación entre los hijos comunes y exclusivos del causante debe circunscribirse a la relación que les une con éste, porque aunque los alimentos a los que se refiere el art. 123.3.º LDCG/1995 deban ser prestados materialmente por el viudo usufructuario, tal prestación no grava su patrimonio personal, sino que corre a cargo del usufructo que recae sobre el caudal relicto. Consecuentemente, si se pretende efectuar tal comparación atendiendo a rasgos o cualidades que no se ubican en el ámbito de la relación que los hijos tienen con el causante, sino en la relación que pudieran poseer o carecer con el cónyuge viudo usufructuario, se estaría introduciendo una serie de aspectos diferenciadores que no cabría tomar en consideración como términos de comparación válidos y adecuados, toda vez que resultarían irrelevantes en orden a alcanzar la finalidad perseguida por el art. 123.3.º LDCG, la cual no era otra que garantizar que aquellos que tenían derecho a percibir alimentos del causante mientras estaba vivo pudieran seguir recibiendo incluso después de su muerte, en caso de precisarlo.

4. *La razonabilidad de la diferencia de tratamiento jurídico apreciada en términos de racionalidad*

Habiendo constatado que tanto los hijos exclusivos del causante como los habidos en común con el cónyuge viudo se encuentran en una situación equiparable a efectos de recibir alimentos, lo procedente habría sido que el art. 123.3.º LDCG/1995 tratase a todos ellos por igual, salvo que el legislador hubiese apreciado la concurrencia de una

¹⁰³ SSTC 119/2002, de 20 de mayo; 125/2003, de 19 de junio; 27/2004, de 4 de marzo; 199/2004, de 15 de noviembre; 57/2005, de 14 de marzo; 88/2005, de 18 de abril; 138/2005, de 26 de mayo; 213/2005, de 21 de julio, y 257/2005, de 24 de octubre. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Principio...», cit., pág. 392; RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad...», cit., pág. 692; GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido...*, cit., pág. 67.

justificación objetiva y razonable que permitiese introducir un tratamiento jurídico diferenciado en este concreto extremo. Partiendo de esta idea, la STC 171/2012 se pregunta si la norma cuestionada responde a una justificación objetiva y razonable, pues excluye a los hijos exclusivos del causante del derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo voluntario, utilizando para ello, como criterio determinante de la diferenciación, su relación con el cónyuge usufructuario.

Pese a que la propia Sentencia reconoce que el carácter discriminatorio de la diferenciación habrá de valorarse en relación con *la finalidad y efectos* de la medida considerada, se observa que, en esta particular ocasión, el Tribunal deja de lado los cánones de razonabilidad y proporcionalidad para centrar el control de legitimidad constitucional en el juicio de racionalidad. Es decir, en vez de buscarse la justificación de la diferencia en la *communis opinio* con arreglo a criterios y juicios de valor generalmente aceptados por una concreta sociedad en un momento dado¹⁰⁴, y al margen de la necesaria proporcionalidad que debe guardarse entre los medios empleados y la finalidad perseguida¹⁰⁵, se prefiere analizar la lógica interna de la decisión normativa que introduce la diferenciación en aras a determinar su consistencia¹⁰⁶. Esta forma de enjuiciar la constitucionalidad de la norma cuestionada exige relacionar la medida diferenciadora y la finalidad pretendida por la norma que la incorpora, de modo tal que sólo cabría hablar de licitud constitucional cuando esa relación sea de adecuación y no de contradicción. La diferenciación debe ser idónea para lograr el fin perseguido. Y, viceversa, el fin perseguido ha de legitimar el trato diferente en todo su alcance¹⁰⁷. En suma, de acuerdo con el juicio de razonabilidad, podrá negarse la constitucionalidad de una norma cuando la diferencia de trato carezca de toda relevancia jurídica en orden a la

¹⁰⁴ SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 308/1994, de 21 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 27/2004, de 4 de marzo; 88/2005, de 18 de abril; 138/2005, de 26 de mayo; 273/2005, de 27 de octubre, y 75/2011, de 19 de mayo.

¹⁰⁵ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 75/1983, de 3 de agosto; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 308/1994, de 21 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 27/2004, de 4 de marzo; 88/2005, de 18 de abril; 138/2005, de 26 de mayo; 52/2010, de 4 de octubre, y 128/2010, de 29 de noviembre.

¹⁰⁶ GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido...*, cit., pág. 54; ZOCO ZABALA, C., *Prohibición...*, cit., pág. 31.

¹⁰⁷ VILLACORTA MANCEBO, L., «Principio...», cit., pág. 73; ALONSO GARCÍA, E., «El principio...», cit., pág. 60; DE OTTO Y PARDO, I., «Igualdad», cit., pág. 1438; ídem, «El principio...», cit., pág. 1458; GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido...*, cit., pág. 54.

consecución de los fines que se propone el legislador¹⁰⁸. Como ha manifestado el TC, no cabe otorgar relevancia jurídica a circunstancias que no guarden relación alguna con el sentido de la regulación, por lo que al incluirse se estaría incurriendo en una arbitrariedad que convertiría a la norma en discriminatoria¹⁰⁹.

La obligación de satisfacer alimentos que el art. 123.3.º LCG/1995 impone al cónyuge viudo pretende garantizar que los hijos que tenían derecho a percibir alimentos del causante en vida de éste, o que los estaban percibiendo, puedan seguir recibéndolos aun después de que aquél haya fallecido. Y la diferenciación que introduce el art. 123.3.º LDCG/1995 consiste en excluir de esta prestación alimenticia a los hijos del causante que no ostenten vínculo filial con el cónyuge usufructuario. Presuponiendo la licitud constitucional del fin que persigue el art. 123.3.º LDCG/1995 al establecer la obligación de satisfacer alimentos con cargo al usufructo voluntario, resulta claro que excluir a los hijos exclusivos del causante de este derecho por el mero hecho de que no tengan vínculo filial con el viudo usufructuario implica una diferencia de trato respecto a los hijos comunes que carece de toda relevancia jurídica en orden a conseguir la finalidad que se propone la norma citada, y que incluso podría ser contraria a la misma, por lo que en vez de adecuación tendríamos que hablar de contradicción en la relación existente entre la medida y la finalidad del precepto que la contiene. El diferente tratamiento que se otorga a unos y otros hijos del causante no obedece a ninguna razón conectada con la propia esencia o fundamento de la prestación alimenticia que legalmente grava el usufructo voluntario de viudedad, sino que responde a causas totalmente ajenas, que no son otras que la distinta relación filial que les une o separa con el cónyuge usufructuario¹¹⁰. En definitiva, el juicio de racionalidad indica que, al dotar el art. 123.3.º LDCG/1995 de relevancia jurídica a una diferenciación inadecuada y desprovista de toda trascendencia para alcanzar los fines que se propone, está distinguiendo aquello que debería ser tratado por igual sin tener justificación alguna, creando así una diferencia que podría tildarse de discriminatoria por arbitraria.

Del mismo modo, resulta incluso más evidente que la diferencia de trato que el art. 123.3.º LDCG/1995 concede a los hijos del causante

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., pág. 60.

¹⁰⁹ SSTC 46/1999, de 22 de marzo; 181/2000, de 29 de junio; 125/2003, de 19 de junio; 110/2004, de 30 de junio; 138/2005, de 26 de mayo; 75/2011, de 19 de mayo; 55/2013, de 11 de marzo, y 77/2013, de 8 de abril.

¹¹⁰ SSTC 125/2003, de 19 de junio, y 22/2010, de 27 de abril.

en materia de alimentos, basándose únicamente en el vínculo filial que les une o separa con el cónyuge usufructuario, no atiende a la satisfacción de ningún interés público inaplazable ni a la efectiva consecución de valor constitucional alguno que sea de rango superior a la igualdad por razón del nacimiento que resulta sacrificada con la incorporación de la diferenciación. Entonces, no habría ninguna razón que excepcionalmente nos permitiese apartarnos de la regla general que prohíbe utilizar el nacimiento o la filiación como criterios de diferenciación jurídica. Y, con arreglo a ello, el art. 123.3.º LDCG/1995 podría ser declarado inconstitucional, toda vez que la diferente forma en la que trata a los hijos exclusivos y comunes del causante vulneraría la prohibición de discriminación por razón de nacimiento o filiación.

V. EL ART. 39 CE. LOS DEBERES CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN

En opinión del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, como el art. 123.3.º LDCG/1995 desprotege a los hijos no comunes y exclusivos del causante en materia de alimentos, este precepto no sólo contradice el art. 14 CE, sino que también vulnera el art. 39 CE, en el sentido de que las medidas diferenciadoras que adopten los poderes públicos han de respetar siempre su obligación de garantizar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación y de asegurar la efectividad del deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos fuera o dentro del matrimonio. La representación procesal de la Xunta de Galicia alegó que el art. 123.3.º LDCG/1995 no violentaba el art. 39 CE, porque resultaba excesivo entender que, con fundamento en esta norma constitucional, el deber de los padres de asistir a sus hijos pudiera extenderse hasta el extremo de imponer una obligación de alimentos a cargo de quien no tenía un vínculo parental con los alimentistas.

Para resolver esta duda de constitucionalidad resulta imprescindible saber que la obligación alimenticia, impuesta por el art. 123.3.º LDCG/1995 al cónyuge usufructuario, no grava su patrimonio personal, sino el usufructo que se proyecta sobre los bienes relictos dejados a su muerte por el causante. El usufructuario es un mero instrumento material que la ley utiliza funcionalmente para hacer efectiva la consecución de uno de los principales fines que se persiguen mediante la institución de los denominados usufructos de regencia, caracterizados

éstos por revestir una estructura de derecho-deber enderezado no sólo a la autosatisfacción del interés de su titular, sino también a la heterosatisfacción de intereses ajenos, tales como asegurar que la muerte del causante y la subsiguiente extinción de su obligación de alimentar a sus hijos no sean un riesgo para la subsistencia de éstos. Por esta razón, no es apropiado afirmar que el art. 123.3.º LDCG/1995 venga a ampliar el elenco de sujetos obligados a prestar alimentos, extendiendo esta obligación de asistencia a personas que nunca deberían estar gravadas con la misma por carecer de todo vínculo parental con los alimentistas. Antes al contrario, y en congruencia con la voluntad del causante que libremente decide instituir un usufructo de regencia, lo que pretende el citado precepto es que la obligación alimenticia con la que aquél ya se encontraba gravado en vida respecto a sus hijos pueda prolongar su vigencia incluso más allá de su muerte. No se trata de extender el deber de prestar asistencia previsto en el art. 39 CE a sujetos diversos del progenitor, sino de que dicha obligación pueda perdurar aun después de que el único y mismo progenitor obligado hubiese fallecido.

El legislador gallego de 1995 gozaba de un amplio margen de discrecionalidad para decidir si optaba por imponer o no una obligación alimenticia con cargo al usufructo voluntario viudal y a favor de los hijos del causante. Ahora bien, en caso de que aquél decidiese llevar a cabo tal imposición, como efectivamente hizo, tendría que haber diseñado la prestación alimenticia en sintonía con el deber constitucional de asistencia que tienen los padres respecto a los hijos¹¹¹, toda vez que en su contenido quedan comprendidos el sustento, la habitación, el vestido, la formación o la asistencia médica¹¹². En particular, el art. 39.3 CE nos dice que el deber de asistencia de los padres rige respecto a todos sus hijos sin distinción, ya hubieran nacido fuera o dentro del matrimonio. Esta exigencia de parificación significa que, en materia asistencial, los hijos no pueden ser tratados de forma diferenciada por el mero hecho de que ostenten una u otra clase de filiación. Pero, al mismo tiempo, también implica que la equiparación de los hijos se circunscribe a su posición respecto a un mismo y único progenitor¹¹³. Un determinado progenitor debe prestar asistencia a todos sus hijos con in-

¹¹¹ De modo análogo, SSTC 74/1997, de 21 de abril, y 67/1998, de 18 de marzo.

¹¹² Según las SSTC 1/2001, de 15 de enero, y 57/2005, de 14 de marzo, la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos incluye, naturalmente, la contribución a los alimentos.

¹¹³ POLO ARÉVALO, E. M.^a (2011), *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón del nacimiento*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, pág. 221.

dependencia de quién sea su otro progenitor. El hecho de que los hijos de un mismo padre tengan distintas madres (y viceversa) constituye una diferencia jurídicamente irrelevante en relación con su derecho a que aquél les asista. No importa que los hijos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, ni tampoco la concreta persona con quien se hayan concebido. Ya sea en un caso o en el otro, su progenitor siempre estará obligado a prestarles asistencia de todo orden.

Coincidimos con la STC 171/2012 en que resulta perfectamente factible que la LDCG/1995 establezca diferencias de trato entre unos y otros descendientes dependiendo de sus concretas necesidades como potenciales alimentistas. La ley puede conceder o denegar el derecho a percibir alimentos en función de cuáles sean las necesidades de los hijos del causante. Pero una vez que se cumple el presupuesto de la necesidad, lo que ya no puede hacer el legislador gallego es subordinar la efectiva adquisición de la condición alimentista a la circunstancia de que los hijos del causante tengan o no un vínculo filial o parental con el cónyuge usufructuario. Ello contravendría el art. 39.3 CE, ya que se estaría configurando el deber de asistencia de los padres respecto a los hijos en función de una circunstancia que carece de toda relevancia jurídica en el ámbito de esta específica relación y que deviene totalmente ajena a la misma.

Además, la obligación que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos, consistente en asegurar la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, no tiene carácter subsidiario, sino complementario del deber de asistencia de los padres¹¹⁴. La obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos sin distinción representa una garantía instrumental para la prestación de la asistencia paterna, de modo que aquéllos deberán desplegar todas las medidas necesarias para que ésta sea real y efectiva¹¹⁵. Por lo tanto, cuando el art. 123.3.º LDCG/1995 excluye del derecho a percibir alimentos a los hijos del causante que no lo sean también del cónyuge viudo, el legislador gallego, en cuanto poder público, habría incumplido su obligación de proteger integralmente a todos los hijos del causante al margen de su filiación¹¹⁶ y, al mismo tiempo, estaría introduciendo una medida legislativa que no sólo no coadyuvaría a hacer

¹¹⁴ ESPÍN CÁNOVAS, D. (1996), «Comentario al art. 39 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. IV, O. Alzaga (dir.), Madrid, Edersa, pág. 59; GÁLVEZ MONTES, F. J. (2001), «Comentario al art. 39 CE», en *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., F. Garrido Falla (dir.), Madrid, Civitas, pág. 853.

¹¹⁵ GÁLVEZ MONTES, F. J., «Comentario...», cit., pág. 853.

¹¹⁶ En un sentido similar, vid. STC 200/2001, de 4 de octubre, Fto. Jco. 7.

efectivo el deber de asistencia paterna del art. 39.3 CE, sino que incluso podría calificarse como contraria a dicha efectividad.

Por último, únicamente resta por añadir que el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación y los deberes de protección y asistencia de los hijos con independencia de su filiación se encuentran íntimamente conectados entre sí, en congruencia con el principio de unidad de la Constitución, de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad incurre en una discriminación por razón del nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE¹¹⁷. Por lo tanto, habiendo constatado que el legislador gallego desampara a los hijos exclusivos del causante al marginarles del derecho a recibir alimentos con cargo al usufructo voluntario de viudedad, podemos concluir que el art. 123.3.º LDCG/1995 constituye una opción legislativa de protección de los hijos que, por razón de su contenido, quiebra la unidad existente entre los arts. 39 y 14 CE y que, por ese motivo, comporta una vulneración de la prohibición de discriminación por razón del nacimiento. Del mismo modo, y dado que la mención separada del principio de igualdad que el art. 39.2 y 3 CE hace a los hijos con independencia de su filiación es una concreción o modalidad aplicativa de la prohibición de discriminación por razón del nacimiento del art. 14 CE¹¹⁸, el hecho de haber colegido que el art. 123.3.º LDCG/1995 contraviene los deberes impuestos por el art. 39 CE nos lleva a deducir que este precepto de la Ley gallega también contradice lo proscrito en el art. 14 CE.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, E. (1983): «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, n.ºs 100-102, vol. I, enero-diciembre.
- BELLO JANEIRO, D. (2001): *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Madrid, Montecorvo.

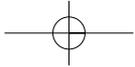
¹¹⁷ SSTC 7/1994, de 17 de enero; 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 200/2001, de 4 de octubre; 57/2005, de 14 de marzo; 165/2006, de 22 de mayo; 171/2012, de 4 de octubre, y AATC 227/1992, de 27 de enero, y 324/1994, de 28 de noviembre.

¹¹⁸ DE OTTO Y PARDO, I., «Igualdad», cit., pág. 1441; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., *Igualdad...*, cit., págs. 191 y 194; ALONSO GARCÍA, E., «El principio...», cit., págs. 66 y 67; PABÓN DE ACUÑA, J. M.^a, «Problemática...», cit., pág. 26; RICOY CASAS, R. M.^a, *¿Qué igualdad?...*, cit., pág. 51; ZOCO ZABALA, C., *Prohibición...*, cit., pág. 68.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1990): «Principio de igualdad y Derecho Privado», *ADC*, T. XLIII, abril-junio.
- (1991): «Principio de igualdad y Derecho privado», en *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia.
- BERMEJO PUMAR, M.^a M. (2002): «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. II, Madrid, Colegio Notarial de La Coruña y Colegios Notariales de España.
- (2002): «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Ley de Dereito Civil de Galicia: balance de un lustro y análisis de su revisión*, R. Rodríguez (coord.), A Coruña, Edición do Castro.
- BUSTO LAGO, J. M. (2006-2007): «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *Foro Galego. Revista Xurídica*, VII Época, n.ºs 196-197.
- (2008): «Comentario al art. 228 LDCG», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- (2008): «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 706, marzo-abril.
- CARRASCO PERERA, A. (1984): «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n.º 11, mayo-agosto.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M.^a (2005): «Los principios constitucionales de igualdad de trato y prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.ºs 50-51.
- CLEMENTE MEORO, M. (2013): «Comentario al art. 508 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. III, R. Bercovitz (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- CORZO SOSA, E. (1998): *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DE CABO DE LA VEGA, A. (1999): «Comentario al art. 163 CE», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. XII, O. Alzaga (dir.), Madrid, Edersa.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (1986-1987): «La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72.
- DE OTTO Y PARDO, I. (2010): «Estudios sobre el Poder Judicial», en *Obras completas*, Fernández Sarasola (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2010): Voz «Igualdad», en *Obras completas*, Fernández Sarasola (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2010): «El principio general de igualdad en la Constitución española», en *Obras completas*, Fernández Sarasola (coord.), Oviedo, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DÍAZ FUENTES, A. (1997): *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, A Coruña, Edición do Castro.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1985): «Constitución, Ley y Juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15, septiembre-diciembre.

- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a (2003): *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, Civitas.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1996): «Comentario al art. 39 CE», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. IV, O. Alzaga (dir), Madrid, Edersa.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. (2003): *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (1998): *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, A. (1967): «El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», *Foro Gallego. Revista Jurídica General*, n.ºs 135-136, 3.º y 4.º trimestres.
- (1992): Voz «Derecho Civil de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, T. I, Elcano (Navarra), Aranzadi.
- GÁLVEZ MONTES, F. J. (2001): «Comentario al art. 39 CE», en *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., F. Garrido Falla (dir.), Madrid, Civitas.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. (2003): «La cláusula general de igualdad», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 21.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (1997): «Comentario al art. 118 LDCG», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, vol. 2.º, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), Madrid, Edersa.
- (1997): «Comentario al art. 123 LDCG», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXII, vol. 2.º, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), Madrid, Edersa.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a I. (2009): *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, Dykinson.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2005): *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (2011): *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters.
- GUTIÉRREZ ALLER, V. (1996): «Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio*, J. J. Barreiro, E. A. Sánchez y L. Varela (coords.), Pontevedra, Revista Xurídica Galega y Parlamento de Galicia.
- (1996): «Pactos sucesorios y sucesión testada», en AA.VV., *Derecho Civil Gallego*, A. Rebolledo, R. Rodríguez y F. Lorenzo (coords.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia.
- GUTIÉRREZ ALLER, D. E.; LATAS ESPINO, M.^a J., y MONTERO PARDO, J. A. (1996): «Del usufructo voluntario de viudedad», en *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, Colegio Notarial de La Coruña.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1997): «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución* (Ponencias del Curso organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén y el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 1995), G. Ruiz-Rico Ruiz (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- (1998): «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill.
- LAPORTA, F. (1985): «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema*, n.º 67, julio.

- LATAS ESPINO, M.^a J., y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, J. M.^a (2007): «Del usufructo del cónyuge viudo», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia.
- LÓPEZ ULLA, J. M. (1999): *Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs.
- (2000): *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons.
- LUEIRO NEGREIRA, J. (1996): «Reflexiones en torno a la normativa que regula la figura del usufructo voluntario universal del viudo/a en la Ley de 1995, de 24 de mayo, por la que se aprobó el Derecho Civil de Galicia», *Foro Galego*, VII Época, n.º 189.
- MARÍN PAGEO, E. (1990): *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ TAPIA, R. (2000): *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería-Servicio de Publicaciones.
- MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S. (1967): «Lagunas institucionales en la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia», *Foro Gallego*, n.os 135-136, 3.º y 4.º trimestres.
- PABÓN DE ACUÑA, J. M.^a (1991): «Problemática del principio constitucional de igualdad», en *El principio de igualdad en la Constitución española. XI Jornadas de Estudio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- PILLADO MONTERO, A. (1996): «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Revista Xurídica Galega*, n.º 13, 2.º cuatrimestre.
- POLO ARÉVALO, E. M.^a (2011): *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón del nacimiento*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters.
- PULIDO QUECEDO, M. (1995): *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas.
- RAMOS SÁNCHEZ, A. (2013): «Principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento: alimentos de hijos solo comunes con el cónyuge fallecido con cargo al usufructo viudal en el Derecho Civil de Galicia: nulidad», *Diario La Ley*, n.º 8801, 21 a 27 de enero.
- RIBAS MAURA, A. (1991): *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas.
- RICOY CASAS, R. M.^a (2010): *¿Qué igualdad? El principio de igualdad: forma y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (2001): «Igualdad y no discriminación en el empleo», *Derecho y Conocimiento*, vol. I.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, F. (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.
- ROMERO COLOMA, A. M.^a (2012): «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», *Diario La Ley*, año XXXIII, n.º 7840, 18 abril.
- (2013): «El usufructo universal del cónyuge viudo en el Derecho sucesorio español: problemática sobre su admisibilidad», *Revista de Derecho de Familia*, año XV, n.º 58, 1.º trimestre.
- ROVIRA SUEIRO, M.^a (2009): «Comentario al art. 508 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., R. Bercovitz (dir.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters.



- RUBIO LLORENTE, F. (1991): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- SERRA CRISTÓBAL, R. (1999): *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos.
- VILLACORTA MANCEBO, L. (2005): «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130, octubre-diciembre.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1996): «La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 8.
- ZOCO ZABALA, C. (2003): *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Barcelona, Bosch.
- (2008): *Prohibición de distinciones por razón de sexo. Derecho comunitario, nacional y autonómico*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

