

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ARTICULO 14 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

POR

ENRIQUE ALONSO GARCÍA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD: II. 1. *Test* de la desigualdad: A) Igualdad en la ilegalidad. B) Las potestades discrecionales, las regladas y la desviación de poder: la prueba de la arbitrariedad.—II. 2. *Test* de la relevancia: A) Cuándo debe probarse la relevancia: a) El cambio de precedente; b) La interpretación de grupos normativos; c) El requisito esencial: que se trata de un supuesto de hecho distinto. B) Consecuencias prácticas de la exigencia de la relevancia: a) Prueba de la relevancia y prueba de la razonabilidad; b) No se trata de una carga de la prueba.—II. 3. *Test* de la razonabilidad en sentido amplio: su origen y universalidad.—II. 3. a) La técnica de las presunciones «*iuris et de iure*»: su funcionalidad para proteger el contenido esencial de derechos distintos de la igualdad.—II. 3. b) El *test* de la racionalidad (no razonabilidad): la irrazonabilidad de la desigualdad como irracionalidad entre medios (desigualdad) y fines (finalidad de la norma). La relación teleológica entre los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas.—II. 3. c) El *test* de la razonabilidad (no racionalidad) en sentido estricto: el examen directo de la constitucionalidad de las razones alegadas por el legislador.—II. 3. d) ¿Son realmente diferentes ambos *test*? A) La persecución de fines o la alegación de razones que la Constitución prefigura y dibuja. B) Los valores constitucionales contrapuestos. C) Los intereses o valores constitucionales legítimos y su conexión con los constitucionales. II. 4. La cláusula de igualdad, la «alternativa menos gravosa» y la proporcionalidad. A) La utilización de alternativas en supuestos idénticos. B) La no utilización de la técnica de la alternativa menos gravosa en el *test* de la razonabilidad.—II. 5. Idoneidad y proporcionalidad de la desigualdad: su introducción en la cláusula de igualdad; su extensión a desigualdades que no afectan a otros derechos fundamentales.—II. 6. La naturaleza lógica o empírica de la relación. II. 7. El tiempo y la cláusula de igualdad.—III. LAS CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL ARTÍCULO 14. La «condición social o económica» como cláusula general. Duplicación de menciones de la igualdad en la Constitución; en especial la desigualdad en la filiación.—III. 1. La especial facilidad de la prueba: la no necesidad de probar la relevancia de la desigualdad.—III. 2. El problema de la prueba de la arbitrariedad: los «patrones» de conducta discriminatoria.—III. 3. La especial afirmación de los valores igualitarios de las cláusulas específicas del artículo 14.—III. 3. a) La desaparición del *test* de la racionalidad.—III. 3. b) La especial irrazonabilidad de las desigualdades específicas.—III. 4. La definición de los conceptos y el estudio de los valores protegidos por las cláusulas específicas; la intercambiabilidad de cláusulas constitucionales y la desigualdad en el ejercicio de derechos constitucionales (art. 149.1.1.ª CE).—IV. IGUALDAD O INTEGRACIÓN: EL PROBLEMA DE LAS DISCRIMINACIONES BENIGNAS O FAVORABLES Y EL ARTÍCULO 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN. La especial legitimidad del legislador para establecerlas y especial legitimidad del Tribunal Constitucional para anularlas.—V. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DE ARTÍCULO 14 A LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES: LA ACCIÓN LEGISLATIVA.—V. 1. La Administración Pública en las relaciones privadas.—V. 2. Negocios jurídicos «intervenidos» por el legislador.—V. 3. La libertad contractual general, el artículo 1.255 del Código civil y el Orden Público Constitucional.—VI. LA IGUALDAD ENTRE LOS PARTICULARES: LA ACCIÓN JUDICIAL.

I. INTRODUCCION

Estas breves notas, acerca de la aplicación del artículo 14, de la Constitución española tienen varias razones de ser. En primer lugar, refunden varios capítulos de una obra de próxima publicación que lleva por título *La interpretación constitucional*, refundición obligada porque, por razones sistemáticas, que ahora no vienen al caso, al utilizarse varias técnicas distintas en la aplicación del artículo 14 de la Constitución española, son tratadas aisladamente cada una de ellas en apartados diferentes, dando quizá una sensación de «pérdida» del sentido unitario que la aplicación de esta cláusula debe producir; en segundo lugar, pretende aclarar el «cómo» se usa esta cláusula, cómo se debe razonar para hacer funcional y operativo un precepto cuya vaguedad textual es casi absoluta; y, en tercer lugar, pretende tener un fin didáctico, dada la necesidad del autor como profesor universitario del Derecho constitucional de explicar, entre otras muchas cosas, el citado artículo 14 de la Constitución española*.

Dispone el artículo 14 de la Constitución española que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Contiene, pues, dos tipos de posibles desigualdades: la basada en razones de nacimiento, raza, sexo, religión..., donde se ha concretado más el tipo de desigualdad constitucionalmente prohibido, y una cláusula general: «cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

En todo caso, aunque se entienda que «cualquier circunstancia o condición personal o social» debe interpretarse restrictivamente, la cláusula introductoria, «los españoles son iguales ante la ley» es, obviamente, totalmente general.

Para entendernos llamaremos a esta última y a la de «cualquier circunstancia o condición personal o social» cláusula general de desigualdad, siguiendo la terminología adoptada por los alemanes para referirse a la desigualdad general que regula el primer apartado del artículo 3.º de la GG, y a la primera, basada en motivos tasados, cláusula de desigualdades específicas.

(*) Estos fines, eminentemente prácticos, motivan que el autor deba excusarse de la omisión de citas bibliográficas *in extenso*.

II. LA CLAUSULA GENERAL DE IGUALDAD

Como ha declarado innumerables veces el Tribunal Constitucional, no toda desigualdad constituye una discriminación (desigualdad constitucionalmente prohibida), sino sólo aquella que no está razonablemente justificada.

No basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta debe ser irrazonable, es decir, no justificada objetivamente (1). Esta apelación a la falta de razonabilidad de la desigualdad exige, en principio, una triple comprobación: 1.º que la desigualdad exista (*test* de la diferencia de consecuencia jurídica); 2.º que haya motivos para pretender la igualdad (*test* de la relevancia o irrelevancia de la desigualdad), y 3.º *test* de la razonabilidad (o de la justificación de esa desigualdad).

II. 1. «Test» de la desigualdad

Se trata de la constatación más sencilla. *Lo único que hay que demostrar es que el ordenamiento jurídico conlleva una consecuencia jurídica diferente para dos o más personas o colectivos.* El funcionario jubilado por incapacidad permanente que reingresa, una vez desaparecida la causa de incapacidad, pese a trabajar como el resto de los funcionarios, no aumenta sus derechos pasivos (2); un trabajador mayor de sesenta y nueve años puede ser jubilado mientras no lo puede ser uno de sesenta y ocho o menos (3); una viuda, trabaja-

(1) El Tribunal Constitucional aplica en principio el mismo parámetro (desigualdad arbitraria, no razonablemente justificada con motivos objetivos), tanto para el enjuiciamiento de la desigualdad en la norma como para el de la desigualdad en la aplicación de la norma. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 4 de agosto de 1982, fto. 2, afirma taxativamente que «la regla general de igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable». Sin embargo, la igualdad en la aplicación de la ley tiene una dinámica muy especial, distinta hasta cierto punto de la que opera en la igualdad *en o ante* la Ley, como tendremos ocasión de ver.

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1981 (Sala Primera), «BOE» de 14 de abril de 1981, y Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 (Pleno), «BOE» de 19 de noviembre de 1981.

(3) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981 (Pleno), «BOE» de 20 de julio de 1981.

dora autónoma agraria, no puede compatibilizar una pensión de vejez con otra de viudedad, mientras sí pueden hacerlo otras viudas, trabajadoras autónomas agrarias (4); un titulado por la Escuela de Bibliología de Barcelona puede optar a un puesto de trabajo en determinadas bibliotecas, mientras otros titulados no pueden (5); un noble casado, con una persona no noble, no tiene derecho a la sucesión en el título nobiliario, a diferencia de lo que ocurre con el casado con persona noble (6); un médico, trabajador autónomo, no puede afiliarse a la Seguridad Social mientras sí pueden hacerlo otros trabajadores autónomos (7); un arrendatario que sea cultivador personal tiene *ope legis* más derechos a la prórroga del contrato que otro que no cultive la tierra personalmente (8), etc.

Uno de los primeros votos particulares en materia de igualdad pareció indicar que no se trataba de examinar la desigualdad de consecuencias jurídicas, sino de la de los supuestos de hecho que el legislador tomaba como punto de referencia para atribuir consecuencias jurídicas (9). Sin embargo, ello llevaría a la paradoja de que si el legislador tomara como dato los supuestos de hecho distintos para atribuirles la misma consecuencia jurídica, ello por sí solo daría lugar a un tratamiento desigual. Pero es que, además, si se parte de las consecuencias jurídicas se hace inevitable examinar a la vez la justificación del porqué se distingue el supuesto de hecho, ya que el examen de la primera tenderá a razonarse en función no de sí misma, sino igualmente de su imputación al supuesto de hecho. Por el contrario, puede haber supuestos de hecho tratados como desiguales en que distinguir la simple situación de hecho no nos diga nada acerca de si el legislador está justificado o no. Todos sabemos que no hay dos supuestos exactamente iguales: si un funcionario que se jubiló reingresa es absolutamente obvio que su situación es distinta de la de aquellos funcionarios que nunca se jubilaron.

(4) Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982, de 5 de mayo (Sala Segunda), «BOE» de 18 de mayo de 1982.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1981 (Pleno), «BOE» de 14 de enero de 1982.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo (Sala Segunda), «BOE» de 9 de junio de 1982.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1982, de 22 de noviembre (Sala Segunda), «BOE» de 29 de diciembre de 1982.

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1982, de 4 de marzo (Pleno), «BOE» de 22 de marzo de 1982.

(9) Voto particular del magistrado don Luis Díez Picazo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, cit. *supra*, nota 2.

El problema de la igualdad no consiste en justificar que las situaciones son distintas, sino en que el legislador, por eso, les trata desigualmente. Una ley que diga que tienen el mismo derecho a lo que sea, quienes tienen lunares y quienes no los tengan, no es inconstitucional porque la desigualdad del supuesto de hecho no sea razonable. Sólo habrá problema de constitucionalidad en función de que el legislador trate desigualmente a esos supuestos de hecho que ha configurado como desiguales.

Dejando aparte esta primera aclaración (10), la desigualdad de consecuencias jurídicas sigue planteando enormes problemas en otros dos supuestos: la igualdad en la ilegalidad y la desigualdad en las actividades discrecionales.

A) *Igualdad en la ilegalidad*

Los casos que se agrupan en torno a esta hipótesis son muy sencillos: el trato desigual deriva de que el favorecido lo es porque el administrador de la ley no se la aplicó o se aplicó de una forma ilegal. La administración tributaria, por ejemplo, actuando ilegalmente, no cobra un impuesto a una persona o a un colectivo y, sin embargo, sí se lo cobra a otros. ¿Pueden estos últimos reclamar infracción del principio de igualdad?

Nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto el tema optando por la constitucionalización del principio consistente en que *no cabe pedir igualación en la ilegalidad* (11), siguiendo así una jurisprudencia proveniente de los Tribunales contencioso-administrativos, especialmente en materia urbanística. Y, sin embargo, ello equivale lisa y llanamente a legitimar el privilegio ilegal o el incumplimiento del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (12). Sin embargo, el principio debe limitarse. El problema es propiamente uno de *petitum*. Resulta obvio que en principio ningún Tribunal

(10) De todas formas, el interés del mencionado voto particular, seguido por la mayoría allí donde el citado magistrado es ponente (véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre (Sala Segunda), «BOE» de 15 de enero de 1983, fto. 2), no tiene trascendencia en cuanto a la constatación de la desigualdad (los supuestos de hecho distinguidos por el legislador acarrearán normalmente diferentes consecuencias jurídicas), sino en cuanto a la constatación de la *razonabilidad* de la desigualdad. Por eso lo examinaremos detalladamente más adelante.

(11) Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1982, de 16 de junio (Sala Primera), «BOE» de 16 de julio de 1982, fto. 3, y 43/1982, de 6 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 4 de agosto de 1982, fto. 2, último párrafo.

(12) Véase el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

puede actuar ilegalmente porque respecto de otros así se actuó, pero ello no conlleva que no se pueda producir la anulación de actos ilegales en favor de otros ya que el principio de igualdad es de rango constitucional.

Pero aún hay más, si resulta que el ordenamiento prohíbe revisar esos actos (prescripción u otra causa)... ¿puede revisarlos el Tribunal Constitucional? En mi opinión, sí, ya que ese acto favorable (e ilegal) es nulo de pleno derecho por infracción no de la ley incumplida, sino del artículo 14 de la Constitución española.

Sin embargo, puede ocurrir que el interesado (el desfavorecido legalmente) no haya pedido eso (la anulación de los actos ilegales que favorecen a los terceros), lo cual ocurre normalmente dado el rechazo psicológico que produce el pedir que a otros «que han tenido suerte» se les anule el favor y, segundo, que deshacer el entuerto produzca consecuencias contradictorias con otros principios (seguridad jurídica y sus derivaciones).

Respecto a lo primero, resulta razonable entender que si lo que el recurrente pide es una ampliación pura y simple de la ilegalidad, ello no sea corolario del principio de igualdad. Pero si de la demanda se deriva que lo que se pretende es el puro trato igual está más que legitimado para pedir la anulación de actos ilegales favorables a terceros.

Respecto a lo segundo, puede ocurrir que esa anulación no pueda en principio llevarse a cabo singularmente por tres razones: a) procesales; b) institucionales; c) de seguridad jurídica. En el primer supuesto, la dificultad puede obviarse con los mecanismos procesales adecuados para asegurar la comparecencia de los beneficiados por el trato ilegal (13). En el segundo, está el impedimento que se ha auto-

(13) Nuestro Tribunal Constitucional ha cerrado ya esta vía en la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1983, de 24 de enero (Sala Primera), «BOE» de 17 de febrero de 1983, fto. 6: «... originando una desigualdad conjunta, aunque no por ello pueda llegarse a la anulación de ambas resoluciones, ya que lo impide el alcance del proceso constitucional de amparo, que al referirse a la salvaguarda de los derechos subjetivos constitucionales sólo puede atender a las pretensiones de las partes, sin posibilidad de desbordarlas, trayendo al juicio de amparo a otras personas que no fueron parte en el proceso antecedente, aunque lo fueran en otro similar...».

Y, efectivamente, el Tribunal Constitucional tiene en principio razón: anular actos favorables a terceros (legales o ilegales), sean actos judiciales, como el que la citada Sentencia del Tribunal Constitucional contempla, o administrativos, sin audiencia a dichos terceros, no sólo es ilegal (es obvio que se necesita audiencia para el mecanismo revisor de actos administrativos favorables de los artículos 109 y 110 de la Ley Procedimiento Administrativo, sino también inconstitucional por infracción del artículo 24 de la Constitución española, ya que así lo impone la

impuesto el Tribunal Constitucional en materias de pura legalidad (14), impedimento que no debe jugar cuando está en discusión, directamente conexa, un principio constitucional como lo es el artículo 14 de la Constitución española. De hecho, el Tribunal Constitucional se pronuncia en todos estos casos acerca de la ilegalidad de los actos favorecedores, pero no deriva consecuencia alguna de ello (15). Y, en

propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1982, de 20 de octubre (Sala Segunda), «BOE» de 17 de noviembre de 1982, fto. 3, *in fine*.

Sin embargo, puede haber mecanismos más que suficientes para forzar al Tribunal que examina la reclamación en la vía previa a llamar a juicio a los terceros, a quienes produjo efectos favorables el acto cuya anulación, como consecuencia de una desigualdad posterior por un nuevo acto, se pide.

Si se trata de actos administrativos ilegales favorables a terceros no hay objeción alguna a que el Tribunal contencioso-administrativo (o incluso la Administración al proceder a la revisión de oficio) los emplace. Téngase en cuenta que todos estos casos en vía contenciosa plantean la anulación de dos o más actos: 1.º, el del tratado desigualmente, y 2.º, el de los tratados favorablemente ilegalmente, porque la anulación del primero exige la anulación del segundo. En vía administrativa es todo mucho más fácil, pues no se trataría sino de instar, por el tratado legalmente desigualmente, la revisión de oficio de los actos ilegales (nulos o anulables).

Lo que en ningún caso cabe es la anulación de actos ilegales, que favorecen a terceros sin intervención de éstos en el proceso.

(14) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982, de 22 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 18 de agosto de 1982, fto. 1.

(15) Mientras la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1982, cit. *supra*, nota 11, es perfectamente razonable, porque el interesado simplemente alegó que contra otras urbanizaciones ilegales no se tomó acuerdo alguno por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad, tratándose no realmente de la existencia de actos ilegales favorables a terceros (que no los había), sino de un problema de efectividad real de la ley que estudiamos en el siguiente apartado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1982, cit. *supra*, nota 11, declara absolutamente ilegales los actos por los que se concedió a determinados miembros de la Policía Armada una prolongación optativa de siete años de permanencia en servicio activo, pero no deduce de ello consecuencia jurídica alguna.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1980 (Sala Tercera), artículo 3.735, «BJC», núm. 5, p. 366, trata la cuestión como una de desigualdad por apartarse del precedente (que examinaremos posteriormente), de forma que reconociendo que la concesión de locales a UGT, CC. OO. y USO fue ilegal, no por ello las anula, considerándolas simplemente un precedente que ha sufrido cambio. Aquí *petitum* del S.U. fue el motivo básico, ya que no pedía que se anulasen tales concesiones de locales a las otras centrales sindicales, sino que se le concediesen a él infringiéndose el Real Decreto-ley 19/1978, de 8 de octubre. El problema se habría planteado si el S.U. se hubiese limitado a pedir, al amparo del artículo 14, la nulidad de los actos por los que la Administración concedió los locales a las otras centrales. En cambio, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Tercera) de 28 de febrero de 1983 contempla un supuesto de *petitum* correcto. La Confederación Nacional del Trabajo pidió aquí la nulidad de las subvenciones presupuestarias concedidas a otras centrales (del acto de aplicación concreto de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos, cuya constitucionalidad no se discutía). El Tribunal Supremo apreció correctamente la ilegalidad de dichos actos. Volveremos posteriormente sobre esta importante sentencia, que ha puesto un límite a la «mayor representatividad» en materia de libertad sindical.

el tercero, el problema es realmente grave. Si no se puede demoler transcurrido un año... ¿cómo producir el efecto igualatorio?, o, si ha prescrito la deuda tributaria... ¿cómo cobrarla?... La solución a este problema no puede ser uniforme. Por ello, todos los tribunales constitucionales que no siguen un principio tan rígido como el fijado por el nuestro lo tratan como un problema de extensión-invalidación de los efectos de la igualdad: según los valores constitucionales en juego se anularán los actos favorecedores ilegalmente de terceros o se permitirá una nueva ilegalidad, que al venir impuesta por el artículo 14 de la Constitución española deja, automáticamente y por definición, de serlo (16).

B) *Las potestades absolutamente discrecionales de los poderes públicos y la desviación de poder en las regladas*

Existen potestades que claramente son discrecionales. Gran parte de la actividad administrativa es discrecional en sentido estricto. La acusación del Ministerio Fiscal, o la efectividad de las disposiciones sancionadoras, son el ejemplo prototípico. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 (17) dejó muy claro que el que se procesase sólo a un grupo o a una persona determinada, no aplicando la ley a otros, no da lugar a infracción del principio de igualdad.

(16) Quizá el mayor obstáculo a la revisión de actos favorables a terceros (sean legales o ilegales) sea el de la consagración Constitucional del principio de firmeza de las decisiones judiciales (art. 118 de la Constitución española). En materia administrativa, tal firmeza no juega para los actos ilegales (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo), pero el problema se plantea respecto de los legales que devienen posteriormente ilegales por infracción del principio de igualdad. A mi juicio, tanto una sentencia como un acto administrativo, que infringe el principio de igualdad, *deviene* inconstitucional Y, por tanto, pese a ser legal en su momento de emisión no lo es en el momento en que se enjuicia. Otra cosa es que el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española, especialmente cuando tiene otra plasmación concreta en el propio texto constitucional (caso del art. 118 de la Constitución española), deba primar como valor sobre el de justicia.

Problema distinto es el relativo a si se trata o no, el segundo acto, el que trata desfavorablemente por comparación, de un mero cambio de precedente, cuya constitucionalidad se salvaría simplemente motivándolo. Esto puede ocurrir sólo respecto de las sentencias, porque ellas, por definición, consideradas aisladamente, *son siempre legales*, ya que definen la legalidad. Con los actos administrativos puede ocurrir, sin embargo, que la Administración (o el Tribunal contencioso-administrativo) reconozca que no se trata de un apartamiento del precedente administrativo, sino de una ilegalidad pura y simple del primer acto que trata favorablemente. La doctrina de la necesidad de motivación no salvaría entonces la inconstitucionalidad de la desigualdad, aunque el principio de seguridad jurídica sí podría hacer irrevisable ese acto.

(17) (Sala Segunda.) «BOE» de 14 de abril de 1981.

No se puede hacer depender de la efectividad de la ley su constitucionalidad. «Sabido es que no todos los delincuentes autores del mismo tipo delictivo son juzgados y condenados, pero eso no da derecho a quien lo sea justamente a invocar en su favor el artículo 14 de la Constitución, que, con arreglo a tan errónea interpretación, sólo sería respetado cuando todos aquellos delincuentes fuesen condenados o todos ellos gozasen de impunidad (18).»

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1982, de 16 de junio de 1982 (19), respecto de la publicación de una sanción administrativa urbanística aplicada a un solo sujeto.

Sin embargo, no se olvide que el Tribunal Constitucional no ha afirmado el principio en toda su extensión, ya que lo único que hace es exigir la prueba de que se ha sido tratado desigualmente «por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución (20)».

Recuérdese, además, que, para la Administración, existe el control de la desviación de poder (21), control que, dados los requisitos creados por la jurisprudencia, se ha hecho totalmente inoperante. Efectivamente, la Administración no sólo goza de potestades discrecionales, sino de otras muchas en que las posibilidades de emitir el acto están tasadas: causas de resolución de contratos, sanciones administrativas, licencias regladas, etc. Ocurre lo mismo que con las causas de despido, por ejemplo, a nivel privado en el ordenamiento jurídico-laboral.

Puede ocurrir perfectamente que, aun acudiéndose formalmente a una causa tasada, la Administración discrimine. Se trataría de un supuesto típico de desviación de poder (por ejemplo, sólo se inspeccionan si los teatros tienen X extintores y se cierran al faltar uno cuando va a celebrar en ellos un *mitin* un partido político determinado o sólo se resuelven los contratos en que los empresarios están afiliados a determinada organización empresarial, etc.).

Dado el requisito jurisprudencial, de que haya habido infracción de normas en la actuación de la Administración, el control de la

(18) Id., fto. 6.

(19) Véase nota 11.

(20) *Supra*, nota 18.

(21) Véanse los artículos 106, 48 y 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 83 de la LJCA.

desviación de poder que enfáticamente se recoge, incluso la Constitución española, no es más que una mera declaración.

En teoría la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 1981 (22) permite un control de la desviación de poder al autorizar a probar la arbitrariedad de la decisión. Pero, sin embargo, en realidad no añade nada: probar los motivos de la arbitrariedad equivale a probar que ha habido desviación de poder y si esta prueba no se admite, por no haber existido infracción de normas, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional es papel mojado.

Pero es que, aunque se admitiese que cabe la desviación de poder sin infracción de normas, seguiría siendo papel mojado. Hacer recaer sobre el interesado la prueba *total* de la motivación arbitraria equivale a dejarle indefenso.

El problema es gravísimo, especialmente cuando esa desigualdad (desviación de poder) afecta a derechos fundamentales y a las desigualdades específicas del artículo 14 (23).

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido (24) que la combinación artículo 14-artículo 28 de la Constitución española da lugar a una inversión de la carga de la prueba. Es el que comete el acto (despido de un candidato a representante de los trabajadores) el que tiene que probar que no es arbitrario.

Lo que nosotros propugnamos es que dicha inversión de la carga de la prueba, o, por lo menos, la inversión una vez que el interesado ha presentado indicios o patrones de discriminación, juegue en todos

(22) *Supra*, nota 17.

(23) De hecho, la desviación de poder no es técnicamente una desigualdad (véase, por todas, la reciente Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid [Sala Segunda], de 1 de octubre de 1982), pero la cláusula de igualdad, al poner de relieve mucho más claramente la desviación de poder, porque éste se suele producir en casos aislados, permite dar un *nuevo mordiente*, por el que sin duda abogamos, a la desviación de poder. Además, como acertadísimo ha observado M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *infra*, nota 120, p. 412, la desviación de poder, primero, permite examinar resultados (y no motivaciones) discriminatorios, y, segundo, genera la anulabilidad del acto, mientras que la discriminación genera su nulidad (en el ámbito laboral, aunque también probablemente en el administrativo al confirmarse como nulo, nuevo supuesto del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el acto contrario a los derechos fundamentales). Acerca de la desviación de poder como técnica de control de la constitucionalidad de las leyes, véase J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *La desviación de poder y la discrecionalidad del legislador*, en este mismo número.

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981 (Sala Segunda), «BOE» de 22 de diciembre de 1981. La citada Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la que tendremos ocasión de volver, ha suscitado en la doctrina laboralista una enorme literatura. Véase, por todos, C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Despidos discriminatorios y libertad sindical* (Ed. Civitas, 1983).

los supuestos de discriminaciones específicas del artículo 14 de la Constitución española, como parece querer decir la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 1981 (25), o cuando se trate de una hipotética discriminación que afecta a un derecho fundamental (y la libertad personal, para la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, de 30 de marzo de 1981, lo es obviamente en virtud del artículo 17 de la Constitución española, no limitándose esa jurisprudencia exclusivamente a los supuestos en que se vea afectada sólo la libertad sindical).

Si realmente el interesado hubiera aportado los datos acerca del impago generalizado de cuotas a la Seguridad Social habría sido imperdonable que el Tribunal Constitucional le hubiera seguido exigiendo esa prueba diabólica.

II. 2. «Test» de la relevancia

Efectivamente, no basta con demostrar que el ordenamiento jurídico prevé consecuencias jurídicas diferentes (26), sino que hace falta demostrar que tales situaciones tienen cierta identidad. Y es más, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente, *el ordenamiento jurídico tiene que valorar de alguna forma tal identidad, pues la presunción es la contraria: que todos somos desiguales* (y precisamente por ello el ordenamiento jurídico implica consecuencias jurídicas desiguales).

El *test* de la relevancia se plasmó claramente ya en la jurisprudencia constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, de 28 de julio (27): «Para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (...) tiene relevancia jurídica es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados. Esta regla o *criterio igualatorio* puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa a través de las interdicciones concretas que se señalan en el

(25) Véase el texto que acompaña a la nota 20. De todas formas, más bien parece que afirma que se debe seguir probando *totalmente*, por quien pretende la desigualdad, que la actuación de los poderes públicos obedece a uno de los motivos específicamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución Española.

(26) De todas formas, la noción de «consecuencia jurídica diferente» debe completarse con la de sí lo que el artículo 14 de la Constitución española prohíbe es la separación o el mantenimiento social del *status quo*, examinada en *infra*, apartado IV.

(27) (Sala Primera.) «BOE» de 18 de agosto de 1982, fto. 3.

artículo 14), arrancar de la ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del derecho.»

El problema que presenta el *test* de la relevancia es doble. En primer lugar, debe precisarse en qué supuesto juega y, en segundo lugar, deben estudiarse las consecuencias prácticas que conlleva el haber introducido este requisito.

A) *El problema de cuándo entra en juego el «test» de la relevancia*

A priori la letra de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, de 28 de julio, parece excluir los supuestos de igualdad ante la ley o en la ley («no imputable directamente a la norma»). En realidad el problema se limita al de si el *test* de la relevancia debe jugar en todos los supuestos de aplicación de la norma.

En principio, hay un supuesto donde claramente no lo hace: el cambio de precedente, administrativo o judicial. El principio que juega en este caso es el de que el cambio del precedente por sí mismo no infringe el artículo 14 de la Constitución española, pero obliga a motivar, de tal forma que el cumplimiento del artículo 120.3 de la Constitución española (28), para los Tribunales, y el del artículo 43 c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, para los órganos administrativos (29), artículo este último que resulta así constitucionalizado, habiendo dejado de tener rango meramente legal, el cumplimiento de los artículos, insistimos, da lugar a que no se pueda entender infringido el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española. Además, *sería totalmente absurdo exigir el «test» de la relevancia porque la modificación del precedente exige, necesariamente, para serlo, que la norma que se aplica sea exactamente la misma y,*

(28) «Las sentencias serán siempre motivadas...» Naturalmente, lo que se predica no es sólo la motivación de la nueva sentencia, sino también del hecho mismo del cambio de precedente como clarísimamente ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1983, de 24 de enero (Sala Primera), «BOE» de 17 de febrero de 1983, fto. 7: «estándole, sin embargo, permitido (al Tribunal ordinario) modificar el sentido de sus resoluciones, apartándose de las precedentes, empleando fundamentación suficiente y razonable para justificar jurídicamente la desviación, puesto que las dos sentencias contradictorias son igualmente fundadas y razonadas y el apartamiento de la última en relación a la primera no es explícito, ya que no la cita y la desconoce, faltando una refutación consciente y directa de su contenido...». De todas formas, la cuestión estaba ya muy clara desde las Sentencias del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 4 de agosto de 1982, y 52/1982, de 22 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 18 de agosto de 1982.

(29) «Serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los (actos administrativos) que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes...»

al ser dicha norma la misma, el criterio igualatorio es absolutamente patente: lo constituye la norma misma cuya interpretación varía.

Se trata, pues, forzosamente de supuestos donde la norma no contiene la desigualdad en sí misma, no tratándose, tampoco, de variaciones del precedente.

Ello deja abiertas dos posibilidades: en primer lugar, allí donde la desigualdad se produce por el juego de normas diversas, no conteniendo ninguna específicamente la desigualdad y, en segundo lugar, allí donde la aplicación de la norma es distinta porque el supuesto de hecho que se pretende subsumir se configura como diferente.

En cuanto al juego de interpretación de normas diversas, puede haber supuestos donde, si bien las normas no discriminan directamente, sí ocurre que al conjuntar el grupo normativo resulte desigualmente tratada una persona o colectivo. En este supuesto, tampoco juega, en principio, el *test* de la relevancia. Da igual que la desigualdad la establezca una norma en su articulado o que aquella derive de la aplicación de varias normas distintas. Si por el juego de varias de ellas resulta una desigualdad, ésta deriva de la norma (cualquiera que sea ésta), estando obligado el legislador o reglamentador a justificar la desigualdad de trato. Sin embargo, ocurre que muchas veces la desigualdad que produce el juego de normas no deriva tanto del contenido de las propias normas como de la aplicación del grupo normativo, es decir, de la interpretación que del conjunto de dicho grupo normativo hacen la Administración o los Tribunales. En estos supuestos, que serán la mayoría, si es necesario probar la relevancia de la desigualdad señalando dónde se encuentra, en el ordenamiento jurídico, el criterio igualatorio.

Por lo que á los supuestos de hecho distintos se refiere, lo normal es que la desigualdad resulte en el hecho de que el órgano encargado de aplicar la norma entienda que ésta es sólo aplicable a determinados supuestos de hecho y no a otros. *No hay cambio de precedente, pues éste presupone que, siendo dos supuestos de hecho idénticos, se cambia la interpretación de la norma, mientras que ahora se pretende el valor perfectamente vinculante del precedente (que no se cambia), pero para los supuestos de hecho a los que tal precedente afectaba y no a otros nuevos o distintos.*

Por ejemplo, la ley deja discrecionalidad a la Administración para fijar coeficientes retributivos en atención a X criterios (titulación,

función a realizar, pruebas de ingreso, etc.), y la Administración aplica diferentes coeficientes a distintos colectivos. Son esos colectivos los que tienen que demostrar la relevancia de la desigualdad, es decir, que el ordenamiento jurídico ha impuesto el criterio igualatorio en alguna norma (ley, costumbre o principio general del derecho o incluso jurisprudencia, ya que ésta se limita a completar a aquéllos).

La diferencia entre la arbitrariedad en el ejercicio de potestades regladas o discrecionales, el cambio de precedente y el *test* de la relevancia puede apreciarse muy claramente con otro ejemplo. Imaginémonos un Real Decreto que ofrece ayudas económicas en forma de crédito a industrias pesqueras en crisis.

Puede existir una triple desigualdad:

Primero, que la Administración Pública o entidad colaboradora no otorgue el crédito a determinadas empresas cuando los parámetros para fijar qué empresas los deben recibir dejan cierta discrecionalidad a la Administración: el interesado puede alegar que hay desviación de poder si, por ejemplo, demuestra que todas esas empresas están afiliadas a determinada organización empresarial y que los motivos de la denegación en realidad han sido arbitrarios.

Segundo, que la Administración Pública fije ciertos criterios o parámetros y comience otorgando los créditos en función de aquéllos, pero luego los reinterprete cambiando el precedente y negándoselos a empresas que están en *iguales condiciones* que algunas que al principio obtuvieron créditos: sólo está obligada, en principio, la Administración, a motivar ese cambio de precedente.

Tercero, que alguna empresa entienda que existe un criterio en otra parte del Ordenamiento jurídico por el que todas las industrias pesqueras (y no sólo las que están en crisis) deben recibir ayuda económica en forma de crédito: es aquí donde juega el *test* de la relevancia, debiendo el interesado buscar en el Ordenamiento jurídico ese criterio igualatorio que bien puede estar en una ley, por ejemplo, de fomento de la pesca, en una sentencia que así lo reconozca... o en cualquier parte del Ordenamiento jurídico.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, de 28 de julio (30), había una desigualdad de hecho y de consecuencias jurídicas: de 1968 a 1971 los inspectores generales y los técnicos faculta-

(30) Cit. *supra*, nota 27.

tivos de RENFE no cobraban igual. Pero hubo que demostrar que esa desigualdad era relevante: que el Ordenamiento jurídico ordinario (varias sentencias del Tribunal Supremo) habían impuesto el criterio igualatorio entre ambos colectivos.

B) *Consecuencias prácticas*

El *test* de la relevancia parece llevar a un absurdo: el artículo 14 de la Constitución española no es un principio general del Derecho. No basta con alegar dicho principio de igualdad en abstracto, sino que *hace falta que el criterio igualatorio se haya plasmado en una norma de rango inferior*. El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española no tiene valor de principio general del Derecho inmediatamente aplicable y no sirve de espejo de criterios igualatorios. Sólo la cláusula de desigualdades específicas cumple esa función, no la cláusula general. Como claramente dice la tan citada Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, de 28 de julio, el criterio igualatorio del Ordenamiento jurídico inferior sólo es necesario cuando no es «sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa de las interdicciones concretas que se señalan en el artículo 14)».

Sin embargo, resulta absurdo llegar a la conclusión anterior: negar el carácter del principio general del Derecho a la cláusula general del artículo 14 de la Constitución española va contra toda lógica.

Lo que en realidad provoca el *test* de la relevancia es una mera inversión de la carga de la prueba: es el que pretende la aplicación del principio de igualdad quien tiene que probar que las situaciones de hecho y, por tanto, que las consecuencias jurídicas, *deben* ser iguales. Mientras si la desigualdad lo es, por razón de sexo, religión, etcétera, el poder público debe probar que la desigualdad está justificada, porque ya está claro que dicha desigualdad no debe producirse; en la desigualdad general sólo es desigualdad la desigualdad «relevante» y es el interesado quien tiene que probar esa relevancia.

Con el *test* de la relevancia lo que hay que probar es que hay en sí misma desigualdad.

Sin embargo, esta inversión de la carga de la prueba, que insistimos, no juega para la desigualdad en o ante la ley, produce dos con-

flictos especiales: 1) cómo se conjuga con la carga de la prueba de la razonabilidad de la desigualdad, y 2) si se trata realmente de una atribución de cargas de la prueba.

a) *Prueba de la relevancia y prueba de la razonabilidad*

Aunque suponga adelantarnos algo, debe tenerse en cuenta que la prueba de la razonabilidad de la desigualdad recae sobre los poderes públicos. ¿Hasta qué punto no coincide esta prueba con la de la relevancia? Si el interesado prueba la existencia de un criterio igualatorio en el Ordenamiento jurídico... ¿no está probando en realidad la irrazonabilidad de la desigualdad? En teoría no, pues basta para lo primero con «encontrar» una norma dentro del conjunto del Ordenamiento jurídico que impone el criterio igualatorio para que se vea cumplido el *test* de la relevancia, pero ello no implica que la desigualdad sea irrazonable, ya que puede ocurrir que, pese a la existencia del criterio igualatorio, la desigualdad sea razonable.

Así, en el supuesto examinado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1982, de 28 de julio, el criterio igualatorio lo fijan varias sentencias del Tribunal Supremo, pero podría haber ocurrido que dichas sentencias, pese a fijar el criterio igualatorio, no lo extendieran totalmente en el tiempo debido (siendo la extensión temporal una cuestión de razonabilidad, y no de relevancia), que fue lo que ocurrió, correspondiendo, pues, a los poderes públicos la prueba de la razonabilidad de la no extensión temporal del criterio igualatorio, mientras a la parte había correspondido el indicar dónde se encontraba el criterio igualatorio en general, con independencia de la necesidad o no de extenderlo en el tiempo.

La prueba en su conjunto resulta, pues, repartida.

b) *No se trata realmente de una carga de la prueba*

Es dudoso que se trate sólo de una obligación de probar en sentido estricto. Puede que el criterio igualatorio se derive claramente del Ordenamiento jurídico y entonces, ¿no puede el juez destacarlo y señalarlo sin necesidad de que la parte lo alegue? Resulta obvio que sí. Los criterios igualatorios del Ordenamiento jurídico no son hechos, son normas, rigiendo, por tanto, la regla *iura novit curia* en función del rango del criterio igualatorio. Si éste se encuentra en una ley o en un reglamento, juega la regla; si es una costumbre, su prueba corresponde al interesado.

El juez constitucional puede, por consiguiente, «descubrir» esos criterios igualatorios, no siendo requisito necesario el que la parte los alegue y pruebe, salvo que se trate de un principio recogido en una costumbre. Naturalmente, el problema se simplifica si el interesado lo alega y prueba directamente, pero en el supuesto de que no lo hiciera, el juez puede invocarlo. Por otra parte, si se trata de un criterio igualatorio que introduce la jurisprudencia (interpretativa de la ley, costumbre o principio general del Derecho), quiebra, en principio, la regla citada y ello se debe, básicamente, al borroso papel que como fuente del Derecho juega la jurisprudencia conforme al artículo 1.6 del Código civil. En todo caso, tal jurisprudencia creadora del criterio igualatorio, es perfectamente invocable por el propio juez si la conoce.

II. 3. El «test» de la razonabilidad en sentido amplio

Una vez superados los dos *test*, o mejor dicho, sólo el primero, si se trata de una desigualdad establecida por la norma o una simple diferencia de interpretación de la ley, entra en juego el *test* más complejo: el de la razonabilidad.

Este *test*, que el Tribunal Constitucional ha tomado, a través del artículo 10.2 de la Constitución española, de la jurisprudencia del TEDH (31), consiste literalmente en que «la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable (...) (de forma que) la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida», como rezan las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 y de 2 de julio de 1981 (32).

Este *test* de la razonabilidad no sólo lo ha aplicado el TEDH, sino también todos los Tribunales constitucionales, ya que es el único que permite hacer funcional un concepto tan absolutamente formal como el de la igualdad.

El BVfgH habla de *sachlich einleuchtende Gründe bestehen* (33), el Tribunal Supremo norteamericano de *rational scrutiny* (34), la Corte

(31) Véanse, por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, cit. *supra*, nota 2, fto. 3, C, y de 2 de julio de 1981, cit. *supra*, nota 3, fto. 3.

(32) Id.

(33) *Nachslegewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (edición incorporada en enero de 1982, tomo 1, p. 4, núm. 17).

(34) El Tribunal Supremo utiliza esa denominación desde finales del siglo XIX.

Costituzionale de clausola generale di ragionevolezza (35) y el *Conseil Constitutionnel* de que «la no identidad debe estar justificada por la diferencia de situaciones y no ser incompatible con la finalidad de la ley (36)».

Todos ellos concuerdan, pues, en que el *test* de la razonabilidad es absolutamente básico en la materia, ya que es el que determina que una desigualdad de trato sea una discriminación y, por ende, una infracción del principio de igualdad.

Ahora bien, el *test* de la razonabilidad no es la única técnica posible para hacer funcional la declaración del artículo 14 de la Constitución española. En primer lugar, las cláusulas específicas del citado artículo de la Constitución española tienen, o pueden tener, otro *test* que vendría a añadirse a los hasta ahora examinados, como se verá un poco más adelante.

En segundo lugar, existe otra técnica jurídica para examinar las normas desde la óptica del principio de igualdad: la de las presunciones *iuris et de iure*. Esta técnica hoy se encuentra totalmente en retroceso dado que la crítica doctrinal allí donde ha sido utilizada por los Tribunales ha demostrado su falta de fundamento suficiente. La olvidáramos si no fuese porque el Tribunal Constitucional la ha utilizado en un caso y ello conlleva el peligro de que la utilice en otros (el peligro o la fortuna, pues el resultado de aplicar esta técnica siempre es el mismo: la norma es inconstitucional porque el uso de esta técnica lleva irremediablemente a ese resultado).

II. 3. a) *La técnica de las presunciones «iuris et de iure»*

La técnica de las presunciones *iuris et de iure* consiste en entender que las leyes que discriminan a una persona o colectivo, basadas en hechos no necesaria o universalmente ciertos, son inconstitucionales.

(35) He utilizado la expresión de CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale* (1978), p. 479. La Corte usa, sin embargo, indistintamente, otras muchas fórmulas, como las de «*criterio di razionalità*» (Sentencia 42/1961), «*ragionevolmente ritenere*» (Sentencias 8/1962 y 43/1963), «*presupposti logici oggettivi che razionalmente giustificano*» (Sentencias 7/1963 y 39/1972), etc. Pueden verse todas ellas recogidas en G. FERRARA, *Corte Costituzionale e Principio d'uguaglianza*, Relazioni I, en el tomo colectivo *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale* (1978).

(36) Decisión de 16 de enero de 1982 sobre el Proyecto de Ley de Nacionalización de la Banca. La cita procede de la traducción que de la misma se publicó en el «BJC», núm. 10, p. 170.

Si el legislador establece una desigualdad basándola en una presunción, dicha desigualdad es inconstitucional si se demuestra que la presunción del legislador es falsa.

Así, por ejemplo, si el legislador presume que todos los varones menores de catorce años no han alcanzado la pubertad, la ley que discrimina en el derecho al matrimonio se declara inconstitucional en cuanto algún menor pueda demostrar que sí es púber; si el legislador presupone que todo desempleado es indigente, y por ello otorga prestaciones, basta con demostrar que uno no lo es para motivar la anulación de la ley que establece la prestación, etc.

Nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado esta técnica como argumento para declarar la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores: «En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en un ineptitud *iuris et de iure* (cuando se tiene más de sesenta y nueve años) carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial (37).»

La técnica, pues, es perfectamente operativa si se utiliza con la adecuada matización: sólo si la presunción *iuris et de iure* afecta «de raíz» a un valor constitucional puede utilizarse. El resto de las presunciones legislativas son perfectamente legítimas.

Toda la tarea legislativa está basada en presunciones, unas veces contrastadas con datos reales (estadísticos o técnicos), otras veces no. Como el legislador no está obligado a motivar puede presumir lo que quiera. No hay ley alguna sin estas presunciones. Todo legislador presume que hay un problema y lo intenta arreglar mediante una ley. Bastaría con demostrar que en un caso concreto no es real la presunción para anular la ley. Si el legislador presume que un funcionario público que, a la vez, es consejero-delegado de una empresa no va a atender suficientemente bien los intereses públicos (incompatibilidad ética), esa presunción es perfectamente legítima por más que un consejero-delegado se empeñe en demostrar que él es perfectamente capaz de discernir los dos campos. Si el legislador presume que determinado sector industrial necesita ayuda económica pública, puede

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981 (Pleno), «BOE» de 20 de julio de 1981, fto. 5.

otorgar subvenciones o créditos por más que una empresa afectada no los necesite o por más que una empresa fuera del sector demuestre que su situación económica es peor, etc.

Sin embargo, cuando esa presunción impide el ejercicio de un derecho fundamental (se presume que no se puede trabajar, se presume que no se puede casar...) (38), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece haber establecido la posibilidad de que ello motive la inconstitucionalidad.

A la misma solución parece haber llegado el Tribunal Supremo norteamericano (39) cuando, partiendo de la nulidad de cualquier presunción *iuris et de iure* del legislador (40), ha rectificado su jurisprudencia, por lo demás ferozmente criticada, salvo una excepción (41), para llegar a establecer que «sólo puede utilizarse esta técnica para proteger intereses sustantivos de rango constitucional (42)».

Sin embargo, en nuestra opinión, toda presunción *iuris et de iure* del legislador es absolutamente válida, aunque en principio afecte a un interés fundamental. Si las Cortes Generales presumen que un funcionario no puede dedicar su máximo esfuerzo a su trabajo si ejerce paralelamente una actividad profesional (afectando al artículo 36 de la Constitución española) no por ello la ley es inconstitucional. Si presumen que existe un monopolio u oligopolio y deciden regularlo, no es inconstitucional la ley por mucho que afecte a la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución española, etc.).

Lo que nos dará el resultado de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esas leyes será el que la restricción afecte o no al contenido esencial de los derechos (art. 53.1 de la Constitución española) o el que la desigualdad sea irrazonable. Pero el legislador puede presumir cuanto quiera.

(38) Este supuesto sería totalmente implantable en el Derecho Constitucional Español, porque la presunción deriva de la propia Constitución (art. 32.2), aunque remite la fijación de la edad al legislador ordinario.

(39) Véase, en general, Note, *The Irrebuttable Presumption Doctrine in the Supreme Court*, 87, Harv L. Rev., 1534 (1974).

(40) Desde *Vlandis v. Kline*, 412 US 441 (1973), donde el Tribunal Supremo anuló una ley de Connecticut que otorgaba preferencia en ayuda universitaria a los estudiantes del Estado.

(41) La de TRIBE, *From Enviromental Foundations to Constitutional Structures: Learning from Naturés Future*, 84 Yale L. J., 545 (1975).

(42) *Weinberger v. Salfi* 422 US 749 (1975). De todas formas, el Tribunal Supremo no derogó expresamente la doctrina. Véase *Elkins v. Moreno*, 435 US 647 (1978), donde el Tribunal Supremo hizo auténticos equilibrios para salvar la doctrina sentada en *Vlandis* (cit. *supra*, nota 40).

En realidad, la sentencia del Tribunal Supremo que importó a España la técnica de las presunciones *iuris et de iure*, lo que protegía es el contenido esencial del derecho al trabajo (53.1 de la Constitución española en relación con el 35 de la Constitución española) y sólo a efectos de exposición jugó la teoría de las presunciones inconstitucionales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata de una combinación igualdad-contenido esencial que puede dar mucho juego. Efectivamente, no se trata estrictamente de la delimitación de si se ha recortado o no el contenido esencial de un derecho fundamental, contenido esencial que no se puede recortar ni siquiera por ley o ley orgánica (art. 53.1 en relación con el 81 de la Constitución española). Este «contenido esencial» se determina utilizando una mezcla de jurisprudencia de intereses y de conceptualismo jurídico (qué intereses resultan constitucionalmente protegidos y qué facultades o posibilidades de actuación son entendidas como necesarias para hacer reconocible el derecho) (43). Sin embargo, la técnica de las presunciones *iuris et de iure* va más lejos. Delimita el contenido esencial de los derechos de las secciones primera y segunda del título primero no en atención a que otros bienes constitucionalmente protegidos resulten de suficiente valor para restringir el derecho, ni a que el derecho se haga irrecognoscible, sino en función de que la limitación introducida por el legislador (que sería constitucional, por estar basada en la protección de otros bienes constitucionales) se fundamente en una presunción irreal ya que hay algunos (elemento del art. 14 de la Constitución española) de entre esos todos, afectados por la presunción, para los que dicha presunción puede demostrarse que es totalmente falsa.

Así, «la incapacitación generalizada para trabajar... afecta a la raíz misma del derecho al trabajo, entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial (44)».

Así, pues, la técnica de las presunciones *iuris et de iure* puede y debe jugar en la interpretación de todos los derechos fundamentales, pero ello siempre que se cumplan tres requisitos:

1.º Siempre debe tratarse de una presunción acerca del ejercicio de un derecho fundamental, no de un derecho de rango legal o inferior.

(43) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (Pleno), «BOE» de 25 de abril de 1981, fto. 8.

(44) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 37.

2.º Debe afectar de raíz a ese derecho, es decir, alcanzar a su contenido esencial.

3.º Debe demostrarse que para alguien no juega la presunción del legislador, lo que puede hacerse por simple presunción de notoriedad equivalente a las del artículo 1.253 del Código civil, como ocurrió en el supuesto de la anulación de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, aunque también puede hacerse llevando un caso a los Tribunales, caso en el que se demuestre que no se cumple esa presunción con carácter general.

En último término, pues, no se trata sino de una técnica más para defender el contenido esencial de los derechos, ligada sólo a efectos argumentales con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, que, en todo caso, *no es el artículo infringido*, como claramente ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero (45).

II. 3. b) El «test» de la racionalidad (no razonabilidad)

Pese a la enorme confusión terminológica que existe, el *test* de la razonabilidad tiene dos formas posibles de manifestación: el *test* de la racionalidad y el *test* de la razonabilidad en sentido estricto. De hecho, la terminología es totalmente convencional y he distinguido a los dos porque aclaran bastante hasta qué punto existen diferencias graves de matización en el empleo de ambos posibles *test*.

El *test* de la racionalidad consiste en la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines.

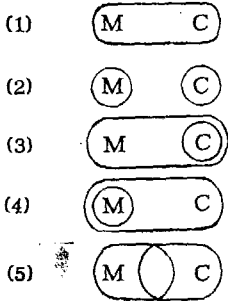
(45) (Pleno.) «BOE» de 17 de febrero de 1983. Efectivamente, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional anula la consignación de la cantidad importe de la condena a satisfacer como requisito de la casación laboral por infracción del artículo 24.1 de la Constitución española (al hacer demasiado gravoso el derecho a la tutela judicial efectiva), pero claramente rechaza la alegación de que infrinja el artículo 14 de la Constitución Española y, en concreto, que la presunción *iuris et de iure* pueda servir como técnica para la aplicación del principio de igualdad. El fundamento tercero, pfo. 4, *in fine*, explícitamente señala que «se trata, pues, de una desigualdad subjetiva (entre empresarios y trabajadores) a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes. El legislador, al regular las condiciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos, y constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias».

Es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin. En palabras de BICE, el nombre del *test* de la racionalidad procede de la «formulación extrajurídica de la racionalidad en las decisiones humanas: relación positiva entre medios y fines (46)».

Es irracional la desigualdad que nada tiene que ver con el fin que la norma pretende conseguir. Si una ley prohíbe a los ópticos graduar la vista sin receta de un oftalmólogo por motivos de salud pública será constitucional si la desigualdad de trato guarda relación con el fin que se pretende conseguir: si se asegura, mediante la prohibición de que los ópticos gradúen la vista, el que la «salud ocular» de los ciudadanos quede garantizada. Si una ley que pretende proteger la función social de la propiedad otorga un privilegio sólo a los cultivadores personales, será racional o no, según la distinción cultivador personal-cultivador no personal tenga algo que ver con el fin perseguido por dicha legislación, etc.

Este método, se dice, conlleva una ventaja innegable: es objetivo. Se puede demostrar empírica o lógicamente si tal relación existe o no.

Como señalaron en 1949 TUSSMAN y TEN BROEK (47) una ley puede dar lugar a cinco posibles esquemas lógicos en que la racionalidad de la igualdad puede verse implicada:



M = Mal que intenta evitar la norma.
 C = Grupo o persona que causa el mal.

(1) Se trata de la ley perfecta. El mal que se trata de evitar coincide totalmente con el grupo que la causa. La discriminación es perfectamente racional.

(2) El grupo al que se trata desigualmente no tiene nada que ver

(46) BICE, *Rationality Analysis in Constitutional Law*, 65 Minn. L. Rev., 2,6 (1980).
 (47) TUSSMAN y TEN BROEK, *The Equal Protection of the Laws*, 37 Calif. L. Rev., 341 (1949).

con el mal que la legislación trata de corregir: la ley es perfectamente irracional y, por tanto, inconstitucional.

(3) La ley no trata desigualmente a todos los causantes del mal, sino que distingue a un solo grupo y, por ello, le penaliza desigualmente, ya que tenía que incluir la clasificación a otros grupos de personas. Es lo que se denomina un *underinclusive statute* (clasificación demasiado reducida).

(4) Es el supuesto contrario. La ley trata desigualmente a demasiada gente. Lo lógico sería que la ley abarcara sólo el grupo que causa el mal y no a tanta gente que nada tiene que ver con ello. Es lo que se denomina *overinclusive statute* (clasificación demasiado amplia).

(5) Finalmente, se trata del caso de una ley a la vez *underinclusive* y *overinclusive* (no son todos los que están, ni están todos los que son).

En definitiva, el *test* de la racionalidad parece ser, a primera vista, un *test* totalmente objetivo.

Este método fue predicado con firmeza por un voto particular en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981 (48): «... el juicio sobre la adecuación de un precepto cualquiera al principio de igualdad exige analizar las razones por las que el legislador ha creído necesario singularizar una determinada situación, para contrastar, a continuación, tales razones con las finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver, en último término, sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido con la diferenciación establecida...»

Pese a que en última instancia el Tribunal Constitucional no lo haya empleado, sin embargo, paradójicamente fue el primero que utilizó el Pleno y ha utilizado en otra Sentencia del Tribunal Constitucional la Sala Segunda.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981 (49), con apoyo, al igual que la Sentencia del Tribunal Constitucional que introdujo el *test* de la racionalidad, en sentido estricto, como luego veremos, en la jurisprudencia del TEDH, a través

(48) El del magistrado don FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 2.

(49) (Pleno.) «BOE» de 20 de julio de 1981.

del artículo 10.2 de la Constitución española (50) configuró la racionalidad como una relación medios-fines. El fin de la disposición adicional quinta, del Estatuto de los Trabajadores (jubilación a los sesenta y nueve años) puede ser el de proteger el pleno empleo o la tercera edad. Los artículos 40 (en relación con el 9.º) y 50 de la Constitución española tipifican los fines de la ley. Pero la limitación de edad... ¿tiene relación lógica y empírica con la consecución de esos fines? El propio voto mayoritario se ocupa de desmentirlo. La protección del pleno empleo se cumpliría si, simultáneamente a la fijación de la edad de jubilación, «se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer en ningún caso una amortización de puestos de trabajo (51)», lo que no garantiza dicha disposición adicional quinta. La protección a la tercera edad también se cumpliría si se crearan «las condiciones jurídicas, económicas y asistenciales que flexibilicen las condiciones de acceso a la jubilación o a las pensiones y estimulen la jubilación anticipada (52)». Como el Estatuto de los Trabajadores ni asegura el empleo de los parados, ni el derecho a prestaciones o pensiones, la limitación de edad no está racionalmente relacionada con el fin que pretende alcanzar la ley.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982, de 5 de mayo (53), aunque tiene un razonamiento más complejo, opera igual. El Tribunal Constitucional parte de que la Ley General de Seguridad Social (disposición transitoria primera, párrafo 1) configura como ley de la prestación la del momento en que ocurre el hecho causante de la misma (54), pero interpreta esa legislación de acuerdo con los artículos 9.º.2 y 50 de la Constitución española (55) de forma que cambia el antedicho régimen transitorio de la Seguridad Social: «a la hora de regular las situaciones anteriores (debe optarse) por aquella posibilidad que resulte más conforme con los artículos 50 y 9.º.2 de la Constitución española.» Para ello no anula dicho régimen transitorio de la Seguridad Social, sino que lo interpreta conforme a la Constitución española: no es inconstitucional que la ley de la pensión sea la

(50) Véase *supra*, notas 31 y 32 (fto. 3 de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional).

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 3, fto. 9.

(52) Id., fto. 6.

(53) (Sala Segunda.) «BOE» de 18 de mayo de 1982.

(54) Id., fto. 5.

(55) Id., ftos. 6 y 7.

ley vigente, en el momento de la causación de la misma, pero dicha regla (disposición transitoria primera, párrafo 1.º, de la Ley General de Seguridad Social) no es aplicable a la compatibilidad de pensiones. Es decir, cuando al haber dos pensiones hay dos leyes que rigen la pensión, se aplica la ley de la pensión que resulte más favorable.

El fin de la Ley General de Seguridad Social es, pues, el de su disposición transitoria primera, párrafo 1, matizada por esa interpretación conforme a la Constitución. Una vez que el Tribunal Constitucional ha interpretado la ley y ha «elaborado ese fin», la discriminación (de las viudas, a su vez, trabajadoras autónomas agrarias, cuyo cónyuge falleció en la época en que las pensiones de viudedad no eran compatibles con las de jubilación) resulta absolutamente irracional.

Otra variante del *test* de la racionalidad es la consistente en examinar directamente la relación supuesto de hecho-consecuencia jurídica-fin de la norma. Es el *test* que fue introducido por el magistrado don Luis Díez-PICAZO en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981, a que antes hacíamos referencia: «los elementos de diferenciación que el legislador introduce deben carecer de una razón que los justifique desde el punto de vista teleológico.» No debe mirarse a la desigualdad de consecuencias jurídicas, sino a la de supuestos de hecho, siendo irrazonable, parece querer decir el citado voto particular, cuando la distinción de supuestos de hecho no afecta para nada, no tiene nada que ver, con el fin de la norma, teniendo entonces el supuesto de hecho distinguido por el legislador carácter artificioso. Lo que no queda claro en ese voto particular es si toda desigualdad objetiva, por el mero hecho de serlo, es razonable. Así, indica que es lícito distinguir entre arrendamientos rústicos y urbanos, cuando, a mi juicio, ello no es indicativo de absolutamente nada. Se podrán distinguir a efectos de regular de forma distinta la relación arrendaticia, pero no a efectos de primar a los arrendatarios rústicos del derecho a comprar lotería. Es el fin de la legislación el que aclara la razonabilidad de la desigualdad de consecuencias jurídicas y, por ende, de los supuestos de hecho distinguidos por el legislador. O, si se prefiere, la razonabilidad viene dada por la *relación teleológica* entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, como acertadamente matiza el voto particular, pero no se trata sino del *test* de la racionalidad «abreviado», pues esa relación viene explicada en función de la finalidad últimamente perseguida por el legislador.

II. 3. c) *El «test» de la razonabilidad (no racionalidad) en sentido estricto*

El *test* de la razonabilidad consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público, introductor de la desigualdad, para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1982, de 22 de noviembre (56), «el hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos, aplicables a una u otra clase de personas, no significa por sí solo violación del artículo 14 de la Constitución, como ya hemos dicho en muchas ocasiones, siempre que la diferencia que se introduce posea una justificación razonable, de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra (57)».

Es decir, se comprueba directamente si las razones tienen un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales.

Este es el *test* que, proveniente del TEDH (razón como no arbitrariedad), se aplica en Alemania, España e Italia. Se realiza un contrapeso entre el valor de la razón y el constitucional implicado (al primero se le denomina interés constitucionalmente legítimo), para ver si el primero se opone o no frontalmente al segundo o si está dentro del juego que permite el marco constitucional. Supone la puesta en práctica de la teoría de los valores en el sentido más estricto de la palabra.

II. 3. d) *¿Son realmente diferentes ambos «test»?*

Sin embargo, ambos *test* son exactamente iguales: aplicación pura y simple de la teoría de los valores.

El *test* de la racionalidad no impide, ni mucho menos, la utilización de los valores. Efectivamente, por mucho que se pretenda que la relación medios-fines es objetiva, o mejor dicho, puramente lógica, no entrando en juego el contrapeso de valores, ello es absolutamente falso. Y es falso porque la aplicación del *test* de la racionalidad exige inexorablemente determinar cuál sea el fin de la ley (para saber luego si la desigualdad —medio— tiende a conseguir dicho fin).

(56) (Sala Segunda.) «BOE» de 29 de diciembre de 1982.

(57) Id.; fto. 4.

El fin de la ley, *ratio* o *voluntas legis*, no *ratio* o *voluntas legislatoris* (58), puede obtenerse a través de varias vías: *primera*, invento total del intérprete: no es realmente objetiva por lo que no se puede admitir; *segunda*, el texto de la ley: es tautológico (el fin de una ley siempre es regular algo tal y como lo ha hecho. La desigualdad que ésta establece es tan fin de la ley como el resto del articulado, salvo que demos más valor a los artículos que no establecen la desigualdad o a los preámbulos y exposiciones de motivos) (59); *tercera*, abstracción o generalización de la norma: es el método más usual (se descubre el fin de una norma examinando su sentido global, «sacando» del articulado el precepto que establece la desigualdad); *cuarta*, abstracción o generalización a partir de los fines que impone la Constitución española al legislador (haya querido hacer lo que haya querido hacer la ley, el intérprete debe entender que ha pretendido perseguir un fin que la Constitución predetermina, es decir, un valor constitucional) (60).

Si nos limitamos al examen de las opciones tercera y cuarta (no creo necesario justificar el rechazo de la primera y segunda), ambas entran de pleno en la teoría de los valores. Que la cuarta lo hace, resulta obvio; pero la tercera también, ya que al fijar el nivel de abstracción estamos «prefigurando» un valor constitucionalmente legítimo o ilegítimo (interés constitucionalmente legítimo) que va a ser el que nos diga si es racional o no la desigualdad. Así, si la finalidad de la incorporación por colectivos (no individualmente) a la Seguridad Social es constitucionalmente legítima al depender de ella la viabilidad económica de los seguros sociales, la discriminación de los médi-

(58) De todas formas, debe tenerse en cuenta: 1.º, que en el ámbito anglosajón la interpretación subjetiva de la ley es casi la única admitida o, al menos, goza de mucho mayor predominio que la objetiva, y 2.º, que hay países donde la motivación del legislador (aunque la ley sea neutral) puede por sí misma motivar la inconstitucionalidad de la misma (*efecto discriminatorio versus*, texto discriminatorio), como ocurre en los Estados Unidos desde 1965. Otra cosa es que esa motivación subjetiva deba probarse mediante indicios objetivos (estudio del proceso de elaboración de la norma).

(59) Si una ley concede el derecho a obtener una prestación a todos menos a los cojos, pretender que el fin de la ley, según su letra, es otorgar esa prestación es absolutamente arbitrario. El fin de la ley será el de otorgar la prestación a todos menos a los cojos. La finalidad de la ley «hallada» con base sólo en su texto es siempre tautológica, pues la ley también tiene por finalidad tratar desigualmente ese caso específico.

(60) Todos los artículos de la Constitución española, y no sólo el capítulo III del título I (*ex articulo* 53.3 de la Constitución española), constatan valores. Lo que ocurre es que posiblemente el capítulo III limita a ello su función, no teniendo pretensión de normatividad directamente aplicable, sino meramente interpretativa.

cos es automáticamente racional (61); si la finalidad de la Ley de Arrendamientos Rústicos es realzar la función social de la propiedad, el privilegio de los arrendatarios cultivadores personales es perfectamente racional (62); si la finalidad del régimen transitorio de la Seguridad Social es la protección máxima de la tercera edad, la desigualdad de determinadas viudas es irracional (63); si la finalidad de la legislación de clases pasivas es asegurar una prestación de jubilación en función del trabajo y la cotización efectivamente realizados, la discriminación del funcionario reingresado después de su jubilación por incapacidad permanente es irracional (64); si la finalidad de una ley de bibliotecas es asegurar que son llevadas por personas competentes, siendo tales, aquellos que poseen una titulación suficiente, la discriminación de los no licenciados en determinada escuela de Barcelona es irracional (65), etc. En una palabra, es la finalidad de la ley la que motiva la racionalidad o irracionalidad de la desigualdad y no la objetividad de la relación lógica o empírica entre los medios y fines. La prueba está en que la persecución de fines constitucionalmente ilegítimos conlleva automáticamente la irracionalidad de la desigualdad.

Ello quiere decir que, tanto en el *test* de la racionalidad como en el de la razonabilidad, el problema es exactamente el mismo: ¿qué intereses (fines de leyes o razones de justificación) son constitucionalmente legítimos?

Cuanto hemos resuelto con la relación medios-fines puede llevar a una solución idéntica con el *test* de la razonabilidad: es suficiente justificación la naturaleza económicamente viable de los seguros sociales (66); es suficiente justificación la función social de la propiedad (67); es suficiente razón la duda en la interpretación del régimen transitorio de la Seguridad Social (68-69); es insuficiente el evitar el fraude al Estado (70); es insuficiente el pretender que la Escuela de Bibliología de Barcelona es única en su género (71), etc.

(61) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 7.

(62) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 8.

(63) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 4.

(64) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 2.

(65) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 5.

(66) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 7.

(67) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 8.

(68-69) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 4.

(70) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 2.

(71) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 5.

El problema es otro distinto: ¿cómo se conocen el peso específico de las razones (*test* de la razonabilidad) o el fin de la Ley (*test* de la racionalidad)?

Parece obvio que no basta alegar cualquier fin, ni cualquier razón. El fin de la norma debe ser real y la razón no puede ser cualquiera. No es razonable cualquier razón o cualquier fin. Por eso resulta excesivamente simplista alegar, como hiciera COHEN, que el *test* de la razonabilidad o de la racionalidad no supone sino llamar «bobo» al legislador (72). Toda desigualdad será razonable, pero no «suficientemente razonable» y en esa suficiencia es donde radica el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad. No se dice al legislador que es irracional o irrazonable, sino que el fin de la ley no es el que él pretendía que fuera o que la razón por él alegada no basta al enfrentarse con la Constitución.

Por otra parte, el fin no puede ser anticonstitucional ni la razón estar en desacuerdo con los valores constitucionales. Tanto los defensores del *test* de la racionalidad (de «fin constitucionalmente legítimo» habla el voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981, y el mayoritario de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio del mismo año) como los defensores del *test* de la razonabilidad, en sentido estricto («de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra», habla la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1982, de 22 de noviembre), lo han dejado bien claro.

El problema radica en hasta qué punto la Constitución española predetermina o no fines constitucionales. Hasta qué punto el legislador está o no vinculado por los fines que la Constitución española parece recoger.

A) *La persecución de fines o la alegación de razones que la Constitución prefigura y dibuja.*

En principio, si la Ley pretende seguir una finalidad, realizar el «deber ser» de un valor, que está en la Constitución española, el fin de la ley está claro (lo cual motivará la racionalidad o irracionalidad

(72) «Tomada en serio esta concepción (de lo que es racional es constitucional), convierte a los tribunales en comisiones psiquiátricas enjuiciando la capacidad mental de los legisladores y, ocasionalmente, de sus colegas los jueces.» La afirmación es de Félix S. COHEN, recogida por L. K. COHEN, *The Legal Conscience-Selected Papers of Félix S. Cohen* (1960), p. 44.

de la desigualdad), así como las razones tienen, obviamente, suficiente «peso específico».

Así, por ejemplo, es suficiente «peso específico» la consecución de la igualdad real por medio del artículo 9.º de la Constitución española (73), la función social de la propiedad (74) o el pluralismo jurídico y político (75). Toda razón o motivación tendente a hacer efectivo un valor constitucional tiene suficiente peso específico para hacer razonable una desigualdad de trato.

Lo mismo ocurre con el *test* de la racionalidad: el interés legítimo del legislador u otro poder público puede no sólo ser legítimo, sino intentar expresa y claramente realizar un valor constitucional.

Sin embargo, el problema se complica cuando ni las razones de la desigualdad ni los fines de la ley pretenden hacer realidad un valor constitucional o cuando existen dos valores constitucionales que en la situación concreta chocan entre sí.

B) *Los valores constitucionales contrapuestos*

Puede ocurrir perfectamente que una ley pretenda conseguir un fin contrario a un valor, pero favorable a otro. Tal ocurre, por ejemplo, con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1980 (76). La educación es un valor constitucional (art. 27 de la Constitución española) que puede pugnar con otro valor constitucional, cual es el del valor oficial de las lenguas de las Comunidades Autónomas (artículo 3.2 de la Constitución española). Una norma que establece la desigualdad estará justificada o no en función de que se adopte el primero o el segundo como fin de la ley o como razón «suficiente».

En estos supuestos, cuando hay valores que están en pugna, no queda más remedio que buscar el equilibrio (77), equilibrio que nos

(73) Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 4, y la de 20 de julio de 1981 (Pleno), «BOE» de 13 de agosto de 1981.

(74) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 8.

(75) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 53.

(76) De todas formas, creo que el equilibrio de valores sentado por esta jurisprudencia del Tribunal Supremo es erróneo. Probablemente la Sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva el recurso contra la Ley de Normalización del Euskera establezca otro núcleo más cuidadoso y respetuoso con el artículo 3.2 de la Constitución Española, basado en cualquiera de las técnicas que ofrece la moderna y complejísima *Sprachrechtslehre*.

(77) El contrapeso de valores constitucionales, distinto de la jurisprudencia de intereses, es un método universal de interpretación constitucional (y sólo constitucional), plenamente admitido por nuestro Tribunal Constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre (Pleno), «BOE» de 10 de diciembre de 1982, es un bellísimo ejemplo. Bellísimo porque matiza per-

introduce en los dominios más majestuosos de la *Wertjurisprudenz*, jurisprudencia de los valores que hace que la justicia constitucional tenga un plazo especial de los que carece la justicia ordinaria (y no me refiero al sujeto, sino a la tarea o al objeto de interpretación en sí mismo) (78).

C) *Los intereses o valores constitucionalmente legítimos y su conexión con los constitucionales*

Pero basta mirar por encima la jurisprudencia para caer en la cuenta de que la inmensa mayoría de las «razones con peso específico suficiente» o de los «fines de las leyes» no tienen nada que ver con los valores que textualmente aparecen en la Constitución española.

Esta no habla de cotización de clases pasivas conforme al trabajo efectivo (79) ni de racionalidad económica de la Seguridad Social (80), etcétera. En algunos supuestos parece que incluso el valor constitucional es el contrario, como ocurre con la naturaleza de los seguros sociales y el artículo 41 de la Constitución española (81). ¿Cómo es esto posible?

La solución más fácil consiste en entender que es el principio del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución española) (82) el que lisa y llanamente se impone al valor constitucional (83) o permite el libre juego allá donde la Constitución española nada dice (84).

La propia terminología de «intereses constitucionalmente legítimos» aboga por esta interpretación. No son intereses constitucionales,

fectamente lo que es el contrapeso de valores (fto. 5) y lo que es la jurisprudencia de intereses (fto. 8), ambos como método de interpretación constitucional. Aunque en algunos países ambos métodos son denominados de la misma forma (así, en Norteamérica, por ejemplo, *Constitutional balancing*, véase, en general, HENKIN, *Infallibility under Law: Constitutional Balancing*, 78, Col. L. Rev. 1.022 [1978]), en Alemania reciben nombres distintos (*Güterabwägung e Interessenabwägung*, véase, en general, ROELLECKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, en «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», 1976, pp. 27 y ss.).

(78) Remito al lector de nuevo a mi obra, de futura publicación, citada en la introducción.

(79) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 2.

(80) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 7.

(81) *Id.*

(82) Véase *supra*, nota 75 y el texto que la acompaña.

(83) Así, de hecho, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota anterior, el artículo 1.1, de hecho se valora más que el artículo 41.

(84) De hecho, el pluralismo es ambas cosas. Como valor puede imponerse a otros, como criterio esencial de interpretación configura la llamada «presunción de constitucionalidad de las leyes». Vuelvo a remitir al lector a mi futura obra, rogándole me perdone la reiteración.

sino intereses constitucionalmente legítimos. No son valores constitucionales, sino valores que no se oponen a los valores constitucionales. Aquéllos, por tanto, pueden ser infinitos, las finalidades de las leyes o las razones con peso específico pueden ser múltiples, justificando, por tanto, gran cantidad de desigualdades.

Sin embargo, un estudio más profundo del tema puede llevar a un «salto dialéctico» trascendental. No se trata sólo de que no se opongan a los valores constitucionales, sino de algo más, son valores constitucionales en sí mismos o, para distinguirlos de aquéllos, son intereses constitucionales o, por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional, bienes constitucionalmente protegidos (85).

La razón más elemental para este «salto dialéctico» reside en la operatividad práctica de esos intereses constitucionales: pueden justificar un «recorte» o una «limitación» de los auténticos valores constitucionales, los plasmados en el texto. La racionalidad económica de los seguros sociales es una razón cuyo «peso específico» es suficiente para no aplicar el principio de cobertura general de dichos seguros que claramente recoge el artículo 41 de la Constitución española. La cotización conforme al servicio efectivamente prestado se impone como criterio al valor de la potestad parlamentaria del gasto público del artículo 134 de la Constitución española, etc.

El segundo motivo reside en su «derivación» de los valores constitucionales. Todas las «razones específicas» o «fines de las leyes» son reconducibles a la realización de un valor constitucional en sentido estricto, de ahí el valor interpretativo de absolutamente todos los preceptos de la Constitución española. La racionalidad económica de la Seguridad Social es reconducible al principio de libertad parlamentaria de fijación del gasto público (art. 134 de la Constitución española) (86), la titulación suficiente al principio de igualdad en relación con el mérito y capacidad del artículo 103 de la Constitución española (87); etcétera. El que pueda haber pluralismo (art. 1.1 de la Constitución española) en el equilibrio de los valores en sentido amplio no quiere decir que no se deriven todos ellos de los valores constitucionales en sentido estricto. La Constitución española permite y deja el juego del pluralismo, la supervaloración, equilibración y subordinación de

(85) Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (Pleno), «BOE» de 25 de abril de 1981, fto. 8.

(86) Véase *supra*, nota 61 y el texto que la acompaña.

(87) Véase *supra*, nota 65 y el texto que la acompaña.

todos ellos, controlando el Tribunal Constitucional los supuestos en que esa jerarquización resulta exagerada.

Por otra parte, el propio texto constitucional hace una jerarquización obvia: todos los artículos a que hace referencia el artículo 168 tienen más valor que los restantes; la sección primera del capítulo II del título primero es la que más valor constitucional tiene (88); el capítulo III es el que menos pretensión de normatividad —valor— tiene; todos tienen valor interpretativo (luego todos son fines perseguibles); no todos tienen valor normativo: el capítulo III y, por ahora, los artículos 120 (89) y 117.5 (90) de la Constitución española carecen de él, etc.

Pero esa jerarquización textual no es más que un índice. La diferencia entre derechos sustantivos y estructurales (91) de entre los derechos de la sección primera es esencial a efectos de la retroactividad de la Constitución española (92); el artículo 45 de la Constitución española (93), según los casos, prima o no prima sobre el artículo 128 de la Constitución española (94), aunque aparentemente el título VII de la Constitución española prima sobre el capítulo III del título primero.

En una palabra, la Constitución española es ininteligible e ininterpretable como no sea a través de la jurisprudencia de los valores (95), pese a que ello genere innumerables críticas, en todos los sistemas

(88) *Ex artículo 53 de la Constitución española.*

(89) Véase la criticable Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1982, de 8 de febrero (Sala Primera), «BOE» de 26 de febrero de 1982, fto. 2, B.

(90) Véase la muy criticable Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 13 de diciembre (Pleno), «BOE» de 15 de enero de 1983, ftos. 2 y 4.

(91) *Sobre la noción de derecho estructural (aquella protección consistente en habilitar sólo a determinada estructura de poder para limitar el derecho; así, por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución española otorga un derecho fundamental consistente en que sólo el legislador puede tipificar penas y sanciones administrativas, así como los correspondientes tipos), véase mi trabajo «¿Es la Constitución retroactiva?», publicado en el libro homenaje al profesor GARCÍA-TREVIJANO (1983) y la bibliografía allí citada.*

(92) Véase mi trabajo, cit., *supra*, nota anterior.

(93) Medio ambiente.

(94) Maximalización de la explotación de la riqueza. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, cit., *supra*, nota 77.

(95) Por otra parte, el Tribunal Constitucional no hace sino reiteradísimas alusiones a la Constitución española como sistema de valores. La noción de orden público constitucional es incomprensible, igualmente sin tener en cuenta la *Wertjurisprudenz*.

políticos, que tienen como presupuesto la existencia de la justicia constitucional (96) y (97).

(96) La polémica que existe en torno a la cláusula de igualdad en todo el mundo occidental no es por ello sino un mero reflejo de la suscitada a un nivel más general por la jurisprudencia de los valores como método de interpretación constitucional. En Estados Unidos, ELY, TRIBE, PERRY y otros muchos constitucionalistas han hecho que se revisen los fundamentos mismos del constitucionalismo norteamericano a partir de la defensa o crítica de esa jurisprudencia de los valores. En Alemania, SCHMITT (*Die Tyrannei der Werte*), FORSTHOFF, HESSE, DENNINGER, EHMKE, ROELLECKE, HUBER, HÄBERLE y otros han hecho lo mismo. La doctrina italiana en torno al «exceso de poder» ofrece las mismas polémicas... Pero ningún Tribunal Constitucional la abandona, quizá por ser la única salvación para la juridificación de lo político.

(97) Las razones fundamentales de la crítica son obviamente dos: la de ser pura tópica y la del subjetivismo de los mecanismos de jerarquización de valores. Respecto a lo segundo en estas páginas, no podemos ni siquiera esbozar los términos de la polémica. En cuanto a lo primero, sí me interesa resaltar un punto absolutamente trascendente: es falsa. Y me interesa resaltarlo porque la creencia de que la jurisprudencia de la cláusula de igualdad es tópica (en el sentido peyorativo del término) produce un círculo vicioso que acaba produciendo, ahora ya sí de verdad, tópica jurisprudencial. Efectivamente, en aquellos sistemas en que la jerarquización-equilibrio de valores resultante de la aplicación jurisprudencial de la cláusula de igualdad es tajante, nadie acusa de tópica (sino sólo de falta de legitimidad para constatar valores) a los tribunales constitucionales correspondientes. Tal es el supuesto de los Estados Unidos. En la cláusula general de igualdad, la primacía del legislativo y ejecutivo en la libertad de determinación de la política socio-económica (derivada de la reacción frente a los jueces que se opusieron al *New Deal*), recuérdese que la Constitución norteamericana no tiene en el texto ninguna norma relativa a la misma, hace que en realidad el *test* de la racionalidad, salvo poquísimas excepciones (sólo desde 1937 en dos supuestos, *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 [1973], y *Jiménez v. Weinberger*, 417 US 628 [1974]), la jerarquía de valores sea clarísima. En las específicas (desigualdad de raza y en el ejercicio de derechos fundamentales, como los de voto, acceso a la justicia y libre movimiento interestatal) es clarísima también, aunque a la inversa: sólo la defensa nacional (y en circunstancias prácticamente irrepetibles: guerra contra Japón y asentamiento de inmigrantes orientales en la costa oeste) prima sobre la desigualdad desfavorable de raza. Véase *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944). En las restantes, los valores que priman son poquísimos y matizados (por ejemplo, la igualdad, es decir, la proporcionalidad exacta en el derecho de voto, sólo admite que no tengan que redistribuirse los distritos electorales cuando en diez años varió el número de habitantes de ese distrito en más o menos del 16 por 100, primando entonces al federalismo como valor: libertad de los Estados en la determinación de las subdivisiones territoriales). Finalmente, existen desigualdades a medio camino entre las generales y las específicas en que se aplica el llamado *test* intermedio (entre el de mera racionalidad y el estricto), donde determinados valores (que en ningún caso primarian sobre las específicas) pueden anular desigualdades. Tales son los supuestos de discriminación por razón de sexo, filiación y extranjería en que en cada uno de ellos los valores que priman son distintos. Así, por ejemplo, en extranjería prima la potestad de autoorganización de unidades de gobierno sobre dicha desigualdad sólo cuando los extranjeros pretenden acceder a empleos públicos que realizan funciones de cuasi-soberanía (mandos en unidades de policías locales, aunque no los policías; directores de escuelas públicas, aunque no profesores, etc.).

En aquellos en que sólo se aplica el *test* de la razonabilidad (tanto para las específicas como para la cláusula general) y en que la norma constitucional contiene precisiones de política-económica, la jerarquización de valores es mucho

II. 4. La cláusula de igualdad, la «alternativa menos gravosa» para los derechos y la «proporcionalidad»

La «alternativa menos gravosa» es una técnica cuya admisión o rechazo como método de interpretación constitucional genera dos formas totalmente diferentes de entender la justicia constitucional. Aquellos Tribunales que la admiten y utilizan son mucho más «activistas» en la aplicación de la Constitución que aquellos que pretenden que la elección de las alternativas debe quedar para el juego político que la democracia como concepto implica (98).

Ningún Tribunal Constitucional lo emplea como *test general* de constitucionalidad, sino sólo para el enjuiciamiento de los derechos

más compleja, pero no por ello deja de producirse. Así, respecto a las prestaciones de la Seguridad Social, en España, por ejemplo, puede decirse que priman las desigualdades específicas (aunque no ha habido todavía una sentencia tajante parece obvio, como se verá más adelante); no se puede diversificar el derecho a la prestación en razón del sexo, raza, etc. Después aparece el valor racionalidad económica de los seguros que prima sobre el principio de cobertura total (artículo 41 de la Constitución española), aunque no sobre la discriminación específica, y sí también sobre la desigualdad general consistente en la incorporación por colectivos. Esta es la racionalización de valores (14 cláusula general, 14 cláusulas específicas, 41 y 134 de la Constitución española), que debe tenerse presente por el constitucionalista para explicar y entender la jurisprudencia de igualdad en las prestaciones de la Seguridad Social. Afirmar, basándonos en que es tópica, que en relación con los artículos 14 y 41 de la Constitución española unas veces se admiten discriminaciones y otras no pura y simplemente, porque al Tribunal Constitucional se le ocurre, sin examinar la dinámica interna (valorativa) de esa serie de precedentes, equivale a renunciar a la racionalización y, por ende, a la crítica de la jurisprudencia de igualdad y a dejar carta blanca al Tribunal Constitucional para que, ante la total ausencia de crítica, haga la jerarquización de valores que le venga en gana y, lo que es más grave, sin coherencia alguna. Una Constitución sin líneas de coherencia lógica interna acaba siendo papel mojado, porque el Tribunal Constitucional no es sólo un tercero que juridifica problemas políticos y que existe por la necesidad en sí misma de que haya un tercero, sino un *racionalizador* del debate socio-político (y en eso consiste principalmente el demostrado método jurídico).

No es el objeto de este estudio hacer una detallada exposición y crítica de la jerarquización de valores operada por los precedentes jurisprudenciales en materia de igualdad (que es ineludible y sólo razones metodológicas y de espacio nos hace no plasmar aquí la tarea investigadora, valor por valor, que todo constitucionalista debe tener al día), sino sólo la de explicar qué es lo que pasa. Como señaló I. DE OTRO y PARDO, «el jurista, en cuanto funcionario o en cuanto juez, tiene que preparar, hallar y fundamentar una decisión responsable; en cuanto abogado o dogmático tiene que proponerla; como profesor tiene que preparar a los futuros juristas de modo que sean capaces de decidir responsablemente». I. DE OTRO y PARDO, «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional* (Ed. IEF, 1981), p. 1942.

(98) Véase, en general, BREST, *Processes of Constitutional Decision-Making* (1975), pp. 990 y ss.

fundamentales más trascendentales y para la determinación de competencias entre la Federación y los Estados-miembros.

En España, el Tribunal Constitucional ha rechazado que sirva como método de enjuiciamiento, incluso en los derechos de la sección primera (99), pese a que esta jurisprudencia sea criticable, especialmente para el enjuiciamiento de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuando el acto que presuntamente les ataca proviene de la Administración pública (100). En todo caso, el examen de la «proporcionalidad», que sí es admitido por el Tribunal Constitucional (101), garantiza la inconstitucionalidad de las medidas «excesivamente gravosas», como veremos.

En relación con la cláusula de igualdad, la «alternativa menos gravosa» puede jugar de dos formas: *primera*, si existiendo varias alternativas, el legislador puede optar por aplicar a dos supuestos de hecho idénticos una alternativa diferente para cada uno de ellos y, *segunda*, su utilización en el *test* de la razonabilidad.

A) *La primera se responde negativamente*

Imaginémonos que el legislador puede optar por intervenir o expropiar una empresa o sus acciones. La «alternativa menos gravosa» conlleva, en principio, que mientras no se infrinja el derecho de propiedad el legislador es libre de hacer lo primero o lo segundo. Pero, ante dos sociedades en la misma situación, ¿es totalmente libre de

(99) Véase, especialmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982, de 22 de julio (Sala Segunda), «BOE» de 18 de agosto de 1982, fto. 3, donde expresamente se señala que entrar a examinar si el procedimiento para designar el sindicato más representativo para participar en las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM «es el más aceptado o el más conveniente políticamente *ni tampoco si es el más acorde con la Constitución*, lo cual entrañaría juicios de valor o de referencia que este Tribunal no puede jamás emitir». Téngase en cuenta que los preceptos constitucionales en juego eran el 14 y el 28 de la Constitución Española.

(100) De nuevo vuelvo a remitir a mi futuro libro *La interpretación constitucional*.

(101) La «proporcionalidad» es conceptual y operativamente distinta de la «alternativa menos gravosa». La primera se refiere al estudio de los contenidos en los derechos fundamentales afectados por el acto; la segunda se basa no en el contenido del derecho fundamental, sino en la relación entre ese acto concreto y otros hipotéticos. El Tribunal Constitucional ha admitido plenamente el examen de la «proporcionalidad» en las Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre (Sala Primera), «BOE» de 17 de noviembre de 1982 (proporcionalidad entre la medida protectora de la moral pública y la libertad de expresión) y 3/1983, de 25 de enero (Pleno), «BOE» de 17 de febrero de 1983 (proporcionalidad entre la finalidad justificadora de la desigualdad y la desigualdad misma). Volveremos sobre esta última Sentencia del Tribunal Constitucional.

optar por la alternativa que quiera? No. Tendrá que demostrar que el trato desigual está razonablemente justificado. Ello supone que mientras, en general, en la determinación de la «alternativa más o menos gravosa» el legislador tiene libertad total (siempre que, insistentemente, la «más gravosa» no atente al contenido esencial del Derecho), o sea desproporcionada, si la alternativa elegida no se aplica a la misma situación de hecho, el legislador tiene que justificar la desigualdad de trato.

B) *La utilización de la técnica de la «alternativa menos gravosa» en los «test» de la racionalidad y de la razonabilidad*

Mientras en la interpretación de otras cláusulas constitucionales esta técnica no se usa, en la cláusula de igualdad es, sin embargo, absolutamente esencial. En el *test* de la racionalidad, ello resulta muy claro: al examinar si la desigualdad (medio) está en relación con el fin que persigue la norma, siempre cabe un *test* adicional: ¿es el medio más idóneo y proporcional para alcanzar ese fin? Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1981 (102), declaró inconstitucional la discriminación de la disposición adicional quinta, del Estatuto de los Trabajadores no porque la limitación de edad laboral a los sesenta y nueve años no tuviera nada que ver con el pleno empleo o la protección de la tercera edad, sino porque no era un medio *idóneo*, por sí misma, para proteger la tercera edad o favorecer el empleo.

Lo mismo ocurre con el *test* de la razonabilidad, ya que la razón «insuficiente» lo es muchas veces, no porque atente contra valores constitucionales, sino porque resulta desproporcionada. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981 (103), no declaró que evitar el fraude no sea un interés constitucionalmente legítimo, sino que esta razón no es bastante para justificar la desigualdad de prestación, pese a ejercer la misma función y trabajo y cotizar lo mismo. La razón insuficiente lo es no por no ser un interés constitucionalmente legítimo, sino por ser insuficiente ya que esa justificación se puede lograr por otros medios que no graven tan excesivamente los derechos.

Sin embargo, en realidad, no se está utilizando la técnica de la «alternativa menos gravosa», al menos, no necesariamente se utiliza en ambos *test*. La *idoneidad* del medio, o la *proporcionalidad* de la

(102) Cit. *supra*, nota 3.

(103) Cit. *supra*, nota 2.

razón, examinan ese medio concreto (y no otros posibles) y esa razón específica (y no si esa razón sería suficiente en otros supuestos).

El control de la *idoneidad* y de *proporcionalidad* del medio no es control de oportunidad como lo pueda ser la «alternativa menos gravosa». Cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1981 (104) dice que, la jubilación a los sesenta y nueve años, no es un medio idóneo para alcanzar el pleno empleo ni para proteger a la tercera edad, no está examinando si hay otros medios más idóneos, sino simplemente, si ese medio empleado, en ese caso concreto, lo es en absoluto. Cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981 (105) dice que evitar el fraude no es razón suficiente, no está examinando si hay otras formas de perseguir el fraude, sino si en este supuesto concreto es suficiente dicha razón o no lo es.

II. 5. ¿La relación basta con que exista o tiene que ser real?

Idoneidad y proporcionalidad.

El *test* de la razonabilidad en sentido amplio permite un doble enfoque del análisis de si la razón es suficiente o el medio está relacionado con el fin.

Un primer enfoque es el de si hay relación o no la hay en absoluto. Si la desigualdad tiene «algo que ver» con el fin (*test* de la racionalidad) o si la razón es legítima (*test* de la razonabilidad), no hay discriminación. La relación del medio con el fin y la justificación en relación con los valores constitucionales son una relación lógica en el sentido de que basta ésta para determinar que la desigualdad está suficientemente justificada. Podría bastar, por ejemplo, con que se entendiera que la jubilación forzosa por edad «tiene algo que ver» con el pleno empleo.

Sin embargo, ambos *test* pueden ser mucho más estrictos en cuanto se pasa del si hay relación alguna medios-fines o si la razón no contradice a los valores constitucionales al si la relación es *idónea* o si la razón es *proporcionada*.

El *test* de la *idoneidad* y de la *proporcionalidad* es un intermedio entre el puramente lógico y el de la «alternativa menos gravosa». No basta con que la Seguridad Social sea un seguro colectivo y por ello sea racional limitar su alcance en los trabajadores autónomos a la in-

(104) Cit. *supra*, nota 3.

(105) Cit. *supra*, nota 2.

corporación por colectivos. No es necesario demostrar que no existe otra forma de asegurar la racionalidad económica de la Seguridad Social más que tratando desigualmente a los profesionales, cuyo ejercicio de la profesión está sometido a la colegiación obligatoria. Lo que hay que demostrar es que *es verdad* que si se permite la incorporación sin negociación por colectivos del proceso puede peligrar la viabilidad económica de la Seguridad Social. O, con otro ejemplo, no basta con demostrar que la jubilación a los sesenta y nueve años tiene relación con el pleno empleo; pero tampoco es necesario demostrar que no existe otro medio de conseguir el pleno empleo más que jubilando a los sesenta y nueve años. Pero sí hay que demostrar (en eso residen la idoneidad y la proporcionalidad) que la jubilación anticipada produce (no sólo tiene relación con, sino que esa relación existe y es proporcionada) el pleno empleo.

Esta demostración de la idoneidad y de la proporcionalidad añade, pues, algo más. No basta la mera relación desigualdad-fin de la ley, sino que son necesarias la idoneidad y la proporcionalidad de dicha relación. No basta con demostrar que hay un interés constitucionalmente legítimo que justifica la desigualdad, sino que la persecución de ese interés tiene que ser real y proporcionado.

Hasta ahora, el Tribunal Constitucional ha combinado ambos tipos de *test*: el de la idoneidad —proporcionalidad— y el de la mera relación. Unas veces exige la simple relación entre el medio y el fin o, simplemente, que la razón alegada sea legítima y las menos exige la verdad y proporcionalidad de la persecución de ese interés constitucionalmente legítimo.

Una fijación del tipo de *test*, dentro del de la racionalidad o del de la razonabilidad, se hace absolutamente necesaria. No es lo mismo exigir la «alternativa menos gravosa» que exigir la mera relación o que exigir la idoneidad y proporcionalidad de esa relación.

Idoneidad y proporcionalidad son también conceptualmente distintas entre ellas.

La primera, en último término, pone de relieve un problema acerca de la naturaleza misma de la relación, si ésta se basa en criterios de notoriedad o si, por el contrario, es susceptible de prueba empírica, problema que examinaremos posteriormente. Sin embargo, si el *test* empleado es el de racionalidad o el de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad pueden coincidir.

La proporcionalidad tiene, sin embargo, una fundamentación distinta. Al exigir normalmente el Convenio de Roma que las medidas restrictivas de los derechos allí recogidos sean «necesarias en una sociedad democrática», el TEDH introdujo la proporcionalidad como parámetro de esa necesidad. La proporcionalidad, relación entre la medida restrictiva y la finalidad perseguida, de la que, en todo caso, no se pueden desviar los Estados, conforme al artículo 18 del Convenio, ha sido, pues, el parámetro de medida para el examen de si una restricción de un derecho es ilegítima. No se trata de examinar si caben alternativas a esa medida que sean menos gravosas para el Derecho, sino de si esa medida concretamente adoptada es o no «excesivamente gravosa». De nuevo surge una técnica para determinar el contenido esencial de los derechos al igual que ocurre con las presunciones *iuris et de iure*. Normalmente el artículo 14 de la Constitución española no estará en juego, sino tan sólo el derecho fundamental de que se trate.

Sin embargo, el Convenio de Roma configura el principio de igualdad de una forma mucho más restringida que la Constitución española. Sólo se tiene en cuenta la desigualdad en «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio» (art. 14), no teniendo el principio de igualdad aplicación autónoma, «necesitando de otro artículo de la Convención para poder ser aplicado (106)». Ello ha hecho que la relación de proporcionalidad se traslade a la aplicación del artículo 14 de la Convención. La desigualdad establecida tiene que ser proporcionada con el fin perseguido (107).

Este «traslado» de *test* de la proporcionalidad desde otros derechos fundamentales a la cláusula de igualdad también lo ha hecho el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero (108). Efectivamente, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional no sólo aplica el *test* al examen de la infracción del artículo 24 (109), sino también a la del artículo 14 de la Constitución española. Su fundamento tercero (párrafos 6 a 8) exige que la desigualdad de trato no sólo esté razonablemente justificada, sino que, además, «sea proporcionada a la desigualdad material existente».

(106) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos* (1979), p. 108.

(107) Véase, por todas, las sentencia en el caso «relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica», de 23 de julio de 1988.

(108) (Pleno.) «BOE» de 17 de febrero de 1983.

(109) *Id.*, fto. 4.

Aunque en esa Sentencia del Tribunal Constitucional la consignación por el empresario se declare proporcionada, el *test* se ha introducido.

El «test» de la proporcionalidad ha dejado de ser un «test» aplicable sólo a los restantes derechos fundamentales para pasar a serlo de la cláusula de igualdad, con independencia de que se trate de una discriminación en el ejercicio de derechos constitucionales o de menor rango.

El que el TEDH haya introducido el *test* de proporcionalidad en la interpretación del artículo 14 de la Convención no tiene nada de extraño, pues siempre está en juego otro derecho de la Convención. Más dudoso es que la proporcionalidad se introduzca en la desigualdad en general. En último término, lo que viene a suponer es que la doctrina sentada por el magistrado don Luis Díez-Picazo en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de noviembre de 1981 (110) ha prevalecido en el Tribunal Constitucional: la relación teleológica supuesto de hecho-consecuencia jurídica es examinable por el Tribunal Constitucional. No basta con examinar si el distinguir entre los que tienen o no lunares a efectos de darles un derecho a unos y no a otros es o no razonable, sino que hace falta examinar también si distinguir esos supuestos de hecho tiene relación con el otorgamiento de ese derecho concreto. La relación ahora no es entre la desigualdad de consecuencias jurídicas y el fin de la norma, sino entre la desigualdad real (presupuesto de hecho) y la formal (consecuencia jurídica). Naturalmente, si se aplica el *test* de la racionalidad, la proporcionalidad es equivalente a la idea de *idoneidad*. Será idóneo el medio que tienda a conseguir exactamente el fin de la norma y no vaya más allá; lo mismo que ocurre si se aplica el *test* de la razonabilidad. En una palabra, no es que el *test* de la proporcionalidad introduzca el *test* del magistrado señor Díez-Picazo, sino que la proporcionalidad es aplicable a cualquiera de los *test* de razonabilidad, sea el de racionalidad, el de razonabilidad en sentido estricto o el del magistrado señor Díez-Picazo.

No basta con examinar si expropiar una unidad económica privada para sanearla, garantizando la estabilidad del sistema financiero, y los puestos de trabajo, está razonablemente justificada (si las razones son suficientemente legítimas dentro del esquema constitucional de valores, si la expropiación está relacionada con la consecución

(110) Véanse *supra*, notas 9 y ss. y el texto que las acompaña y la segunda parte del apartado III, 2, b).

de esos fines), sino que hace falta probar que el distinguir esa unidad económica de las restantes (desigualdad realmente existente) guarda relación de proporción con la desigualdad formal (la expropiación producida). Tampoco se trata, insistimos, de la «alternativa menos gravosa», pues en ésta habría que probar que no existe otra técnica jurídica menos gravosa para el derecho de propiedad que pueda llevar a la estabilidad y saneamiento de la unidad expropiada.

Hasta qué punto ha introducido el Tribunal Constitucional la proporcionalidad con carácter general es una incógnita. De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983 afecta a un derecho constitucional (el art. 24 en relación con el art. 119) por lo que no se aparta de las pautas seguidas por el TEDH. La jurisprudencia de este último no tiene porqué aplicarse, sin embargo, a la desigualdad desconectada de los derechos fundamentales.

Finalmente, debe reseñarse que cabe otro supuesto, el de *una medida que establece una desigualdad que es inconstitucional en sí misma, no por ser discriminatoria, sino por suponer restricción excesiva del derecho*. En estos supuestos no es el artículo 14 de la Constitución española, ni la proporcionalidad, el precepto aplicado. Expropiar en sí mismo es constitucional, pero puede resultar desproporcionado y/o irrazonable. En cambio, privar del puesto de concejal a los que hubieran sido candidatos de partido, por su expulsión del partido, es *inconstitucional en sí mismo* por infracción del artículo 23.1 de la Constitución española (111).

Sólo si no fuera inconstitucional dicha privación podría plantearse la proporcionalidad (al estar en juego un derecho fundamental) y/o razonabilidad entre los candidatos de partidos y los independientes (o independientes en las listas de partidos). Por eso la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero (112) es perfectamente coherente, tanto en el voto mayoritario (al no entrar en el examen de la proporcionalidad y/o razonabilidad de la desigualdad) y como en el particular de los magistrados don Angel LATORRE SEGURA y don Luis Díez-PICAZO (quienes, dado que no admiten la infracción del artículo 23.1 de la Constitución entran a examinar la proporcionalidad de la igualdad del artículo 23.2 de la Constitución española).

(111) (Pleno.) «BOE» de 9 de marzo de 1983, fto. 4, a).

(112) Id., fto. 4, b), y voto particular, fto. 4.

II. 6. La relación ... ¿es lógica o empírica?

Sin embargo, el punto clave no es tanto si basta la mera relación o que ésta sea idónea y/o proporcional, o si basta la persecución de un interés legítimo y que esta persecución tenga que ser real, sino si esa relación (idónea o no, proporcional o no), o esa persecución de un interés legítimo (real o no) debe demostrarse o no empíricamente.

La mayor o menor competencia de los titulados en las Escuelas de Bibliología de Barcelona, comparada con la de los Cuerpos de Archiveros y Bibliotecarios... ¿puede y debe ser objeto de prueba empírica? (113); la relación entre la razonabilidad económica de la Seguridad Social y la incorporación por colectivos al régimen de trabajadores autónomos... ¿tiene que demostrarse empíricamente? (114); la relación entre el fraude y la desigualdad en la percepción de derechos pasivos del jubilado por incapacidad permanente que reingresa... ¿tiene que demostrarse empíricamente? (115); el que la jubilación generalizada a los sesenta y nueve años produzca o no mayor empleo... ¿tiene que demostrarse o no empíricamente? (116), etc., o ¿simplemente se trata de relaciones lógicas basadas en valores o en presunciones de hechos notorios, según las reglas del criterio humano, a que hace referencia el artículo 1.253 del Código civil?

Nuestro Tribunal Constitucional aquí sí que ha operado con argumentaciones generales sin que la jurisprudencia empírica entre en juego para nada. La «culpa» no es suya, sino de las partes y, en general, de la absurda autonomía que en nuestro país parece tener el Derecho como ciencia.

Si hay algo que distingue la jurisprudencia constitucional de la ordinaria en todos aquellos países donde existe jurisprudencia constitucional es en la aportación de datos empíricos, en que llega, incluso, a superar a los manejados por el legislador (117). La valoración de los datos procedentes de las ciencias empíricas, incluyendo entre ellas las ciencias del comportamiento humano (estadística, psicología social,

(113) Véase cómo el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional en cuestión, cit. *supra*, nota 5, incide precisamente en este punto.

(114) Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1982, cit. *supra*, nota 7.

(115) Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, cit. *supra*, nota 2.

(116) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981, cit. *supra*, nota 3.

(117) Véase, en general, SCHARPF, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 517 (1966).

economía, etc.), siempre será un fenómeno típicamente jurídico, pero el que haya valoración no excluye el que haya aportación de esos datos (118) que paradójicamente en España ni aparece.

Nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado lisa y llanamente que un sistema general de jubilación a los sesenta y nueve años no produce pleno empleo, todo ello sin aportar el más mínimo dato acerca de la realidad de tal afirmación. El fenómeno es tremendamente grave porque la labor pacificadora en el sentido de juridificadora de debates políticos, sociales y económicos, función esencial de la justicia constitucional, pierde legitimidad al convertirse en mera *fiat*.

II. 7. El «test» de la razonabilidad y el juego del paso del tiempo

Precisamente, la posibilidad de construir la razonabilidad como *test* empírico-jurídico aclara mucho más que el puro juego de valores los cambios en la doctrina aplicadora de la cláusula de igualdad. Un medio que en 1981 puede ser considerado como lógicamente idóneo para conseguir un fin puede no serlo en 1984 si los avances en el conocimiento de datos posibilitan una valoración distinta de la idoneidad. Igualmente, puede ocurrir que el mayor conocimiento pueda hacer cambiar el peso específico de los intereses constitucionalmente legítimos.

La cláusula de igualdad constituye así el vehículo ideal para adaptar la legislación y la Constitución española a la realidad social. Naturalmente, también cambian los valores constitucionales al cambiar la sociedad, con lo que el transcurso del tiempo modifica profundamente la jurisprudencia de igualdad (119).

III. LAS CLAUSULAS ESPECIFICAS DEL ARTICULO 14

Como ya tuvimos ocasión de exponer, el artículo 14 de la Constitución española tiene una serie de motivos o causas de desigualdad específicamente prohibidos: sexo, ideología, nacimiento, raza...

¿Qué cambia su entrada en juego en relación con cuanto acerca de la cláusula general venimos exponiendo?

(118) Véase, en general, el capítulo dedicado a la «jurisprudencia empírica» en mi futuro libro *La interpretación constitucional*.

(119) Véase *supra*, nota 97.

Ni más ni menos que la carga de la prueba y el contrapeso de valores al introducirse unos nuevos.

Sin embargo, se hace necesario aclarar dos cuestiones previas. La primera hace referencia a si la «condición personal o social» es una cláusula genérica o específica. A mi juicio, la discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social es cláusula general y ello por varios motivos: en primer lugar, el referir la cláusula general al párrafo inicial del artículo 14 («los españoles son iguales ante la ley») podría dar lugar a que se entendiese que no vincula al legislador, sino sólo al aplicador de la ley; en segundo lugar, la «circunstancia o condición personal o social» tendería a limitarse como cláusula específica (desigualdades como «clase social» o «económicas» y derivadas de datos puramente personales) dando lugar a una eterna discusión acerca de cuáles entre todas las condiciones personales y sociales gozarían de protección específica, discusión que, en último término, tendría que resolver el Tribunal Constitucional con criterios difícilmente objetivos (120); en tercer lugar, el típico ejemplo de discriminación por razón de circunstancia social («casar con persona no noble») fue tratado por el Tribunal Constitucional como una discriminación general (121).

La segunda cuestión es la relativa a la duplicación de hipotéticas causas de desigualdad que contiene nuestra Constitución española (122). Si la igualdad en el acceso a los cargos públicos no plantea

(120) Paradójicamente, en cambio, en el campo laboral (art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores) la doctrina tiende a considerar a la «condición social» como cláusula específica. Véase M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *No discriminación en las relaciones laborales*, en *Comentarios a las leyes laborales*, tomo IV (1983), pp. 372-373. De todas formas, esa indefinición del ámbito abarcado por las discriminaciones específicas no es un atributo exclusivo de las circunstancias personales o sociales, sino que juega también en el resto de ellas (sexo, raza), por lo que el Tribunal Constitucional podría considerar perfectamente que la discriminación por la circunstancia o condición social también lo es. En Estados Unidos, por ejemplo, uno de los mayores debates desde mediados de los años sesenta fue el de si la «indigencia» o la «riqueza» podían considerarse cláusula específica de igualdad o no. Véase mi trabajo *La constitucionalización de los «welfare rights» en Estados Unidos*, de próxima publicación.

(121) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1982, de 24 de mayo (Sala Segunda), «BOE» de 9 de junio de 1982.

(122) Un campo en el que no entramos es el de la igualdad entre partes procesales, tema que se suele enjuiciar como derivación directa del artículo 24 de la Constitución española; véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1983, de 14 de marzo (Sala Segunda), «BOE» de 12 de abril de 1983, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1982, de 14 de diciembre (Pleno), «BOE» de 15 de enero de 1983. La extensión de este trabajo nos impide entrar en su análisis pese a que exista una curiosa jurisprudencia del TEDH, también en apli-

especial problema, ya que al estar el artículo 23 en la sección primera es amparable e inmediatamente aplicable, no puede decirse lo mismo de la «plena igualdad jurídica» en el matrimonio (art. 32.1 de la Constitución española) y de la igualdad de los hijos «ante la Ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 de la Constitución española) o de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral (art. 35.1 de la Constitución española).

El Tribunal Constitucional ha enjuiciado dos cuestiones de constitucionalidad en relación con la desigualdad por filiación. En la primera (123) nada aclaró, pues al recurrir a la muerte del causante como momento para la fijación de la ley aplicable, declaró la irretroactividad de la Constitución española (124) sin entrar en el examen de si el artículo 39 de la Constitución era inmediatamente aplicable a los supuestos de sucesión en que el causante hubiera fallecido tras la entrada en vigor de la Constitución española y sin determinar si la desigualdad por filiación es amparable en base a la prohibición de discriminación por nacimiento del artículo 14 de la Constitución española.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1982, de 22 de diciembre (125), es algo más explícita ya que, en primer lugar, vincula las discriminaciones por filiación al artículo 14 (dejando claro que, por tanto, son amparables como discriminaciones por razón de nacimiento) y, en segundo lugar, resuelve que entre la entrada en vigor de la Constitución española y la promulgación de la Ley 11/1981, modificadora del Código civil, al artículo 14 tuvo eficacia normativa directa, lo cual lógicamente debe llevar a concluir que para toda sucesión de un causante muerto, en ese período, se aplica directamente, así como la nulidad de cualquier discriminación por filiación en que la determinación de la ley aplicable venga referida a ese período de tiempo (126).

cación de los artículos 14 y 6 de la Convención. Véase, por todas, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1983, de 14 de marzo (Sala Segunda), «BOE» de 12 de abril de 1983, fto. 2.

(123) Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981 (Pleno), «BOE» de 16 de junio de 1981.

(124) Véase mi trabajo «¿Es retroactiva la Constitución?», en el *Libro Homenaje al profesor García-Trevijano*.

(125) (Sala Segunda.) «BOE» de 15 de enero de 1983.

(126) De todas formas la cuestión es todavía dudosa, porque el Tribunal Constitucional reconoció la amparabilidad y aplicación directa de los artículos 14-39 de la Constitución española, pero para derechos procesales (legitimados y acción para recurrir), no para derechos sustantivos. Y los derechos de participación no son lo mismo a los efectos constitucionales que los sustantivos, ya que

La discriminación por filiación equivale, pues, a una discriminación específica del artículo 14 de la Constitución española sin perjuicio de que la concurrencia normalmente de intereses de terceros hagan irretroactiva a la Constitución española en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de aplicación del artículo 14 de la Constitución española (127).

Una vez solventados estos dos temas previos podemos entrar en la especial relevancia de las interdicciones específicas.

III. 1. La especial facilidad de la prueba: la no necesidad de probar la relevancia de la desigualdad

Como tuvimos ocasión de señalar cuando examinamos el *test* de la relevancia de la desigualdad, este *test* no es necesario pasarlo cuando se trata de una de las discriminaciones específicas del artículo 14 de la Constitución española. En estos supuestos no hace falta «buscar» el criterio igualatorio, sino que basta con señalar que existe una desigualdad de trato y que esa desigualdad lo es por razón de sexo. Toda la carga de la prueba (razonabilidad) recae sobre el poder público que trata desigualmente (128).

Ello implica que, para el Tribunal Constitucional, la prohibición de desigualdades específicas del artículo 14 de la Constitución española conlleva una afirmación más fuerte de los valores que la prohibición protege (antimachismo, igualdad de filiación, antirracismo, etc.), valores que tienen una mayor pretensión de afirmación que la simple desigualdad regulada por la cláusula general (129).

los primeros tiene mucha más pretensión de normatividad. Explicar por qué nos llevaría muy lejos. Véanse, en general, HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978), y ELY, *Democracy and Distrust* (1980). La Ley 11/1981, de 13 de mayo, disposición transitoria, octava, ha operado desde luego por el criterio de no entender modificadas las sucesiones hasta la entrada en vigor de la propia ley. En todo caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional 33/1983, de 4 de mayo (Sala Segunda), «BOE» de 20 de mayo de 1983, ha reconocido ya tajantemente la amparabilidad de las desigualdades por filiación.

(127) Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 124.

(128) Véase *supra*, apartado II.2.

(129) Naturalmente, ello sólo ocurre cuando se predica la aplicabilidad del *test* de la relevancia, reconocimiento de que hay distintas situaciones de hecho y no cuando se trata de actividades regladas o discrecionales en que, de nuevo, tiene que probarse la desviación de poder o la motivación discriminatoria. Véase *supra*, apartado II.2.

III. 2. El problema de la prueba de la arbitrariedad: los «patrones» de conductas discriminatorias

Como ya vimos también anteriormente (130), cuando existe discrecionalidad por parte de un poder público o cuando existen una serie de causas que hacen reglado el ejercicio de esa potestad, el interesado que alega a la desigualdad de trato tiene que probar que ha sido así tratado «por motivos arbitrarios (esto es, no fundados en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución (131)».

Pues bien, como veremos posteriormente, tal carga de la prueba se invierte cuando se ve afectado otro derecho constitucional (132). Es, entonces, el que comete la desigualdad el que tiene que probar que no lo ha hecho por esos motivos.

El problema básico es el de si esa inversión de la carga de la prueba sólo opera en los supuestos de libertad sindical (133) o se extiende a otros más.

Imaginémonos que ante 20.000 solicitudes para el empleo, como funcionarios (auxiliares del Cuerpo general, por ejemplo), de las que el 80 por 100 son de mujeres, el 100 por 100 de los ingresados son hombres. O que, en el caso de un traslado, por razón de servicio, el 100 por 100 de los trasladados son mujeres o afiliados a determinado partido político, aunque sólo constituyan el 20 por 100 o el 5 por 100 del colectivo. ¿Deberán seguir probando que han existido motivaciones arbitrarias?

De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 1981, anteriormente citada, excluye expresamente los supuestos de discriminación específica de dicha carga de la prueba.

No nos parece, sin embargo, que dicha exclusión vaya a tomarse en su literalidad. Si un empresario, por ejemplo, despide a una mujer, ¿deberá éste probar que no ha habido causa de discriminación en el mero hecho de ser mujer? La prueba, para los empresarios, podría convertirse en diabólica. Si cada vez que la Administración emite un acto cuyo sujeto pasivo es una mujer, ¿debe probar forzosamente que

(130) Véase *supra*, apartado II, 1, B).

(131) Véase *supra*, nota 20 y el texto que la acompaña.

(132) Véase *infra*, apartado III, 4.

(133) Véase *supra*, nota 24.

no hay motivos de arbitrariedad? Quizá por ello es conveniente el hacer una referencia a la técnica de los llamados «patrones» de discriminación.

En España, este tema ha sido cuidadosamente estudiado por la doctrina laboral, donde rige para actos privados el principio de igualdad, como tendremos ocasión de ver (134).

Lo normal, en nuestro Ordenamiento jurídico, es que las reglas acerca de las presunciones y de las cargas de la prueba estén atribuidas al legislador. Así, los artículos 1.251 y siguientes del Código civil contienen normas bien precisas. Ocurre, sin embargo, que en la justicia constitucional estas normas pasan a ser elaboradas y reguladas jurisprudencialmente. El propio Tribunal Constitucional ya ha operado constantemente con ellas (135). Pero... ¿constituyen realmente doctrina constitucional que deba fijar el Tribunal Constitucional o puede el legislador intervenir en esta materia?

La difícil naturaleza de estas normas (¿son sustantivas o procesales?) hace que la respuesta no esté clara. Resulta obvio que el Tribunal Constitucional pueda fijar las suyas en defecto de ley, pero ¿puede cambiarlas el legislador? Imaginemos que el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Procedimiento Laboral cambian la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el célebre caso en que invirtió la carga de la prueba para los despidos de candidatos a representantes de los trabajadores (136). ¿Sería constitucional esa modificación?

Se trata de uno de aquellos supuestos, que son innumerables, en que la interrelación Derecho ordinario-Derecho constitucional no dibuja líneas claras. A mi juicio, la competencia básica es del legislador siempre que no restrinja con ello en exceso los derechos constitucionales. El legislador puede, por ley, prefigurar presunciones de discriminación en base a patrones (*patterns*) estadísticos de resultados, lo cual invertirá la carga de la prueba para los que en uso de su discre-

(134) Véase *infra*, apartado V.

(135) El tema de hasta dónde el juez constitucional puede cambiar o apreciar valoraciones de los hechos de los jueces ordinarios es en la actualidad uno de los más complicados. Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre (Sala Primera), «BOE» de 17 de noviembre de 1982.

(136) Como es sabido, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, cit. *supra*, nota 24, declaró que si el trabajador despedido era representante (o candidato a ello) de los trabajadores, correspondía al empresario probar la falta de motivación discriminatoria. Véase, en general, C. PALOMEQUE LÓPEZ, *op. cit. supra*, nota 24.

cionalidad tratan masivamente desigualmente a determinados colectivos.

El Tribunal Constitucional puede, en ausencia de ley, crear la regla de presunción que estime conveniente, lo cual debería, especialmente, ser tomado en consideración para las desigualdades específicas (y no sólo para la libertad sindical). Existe base para ello en la dicción de la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de marzo de 1981, así como en la referencia a la «más rigurosa prueba» que contiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre (137), que tendremos ocasión de examinar posteriormente.

El legislador podría cambiar o suprimir estas reglas, pero siempre y cuando ese cambio o supresión no afectaran al contenido esencial de los derechos. Así, si el Tribunal Constitucional ha declarado que la inversión de la carga de la prueba es un imperativo del principio de justicia del artículo 1.1 de la Constitución española es muy dudoso que el legislador pueda cambiar la regla en el supuesto de despido de representantes de los trabajadores. Pero si se trata de «patrones» de conducta, la actuación del legislador no tiene porqué atentar al contenido esencial del derecho de igualdad específica de que se trate del artículo 14 de la Constitución española.

III. 3. La especial afirmación de los valores igualitarios de las cláusulas específicas del artículo 14 de la Constitución española

La desaparición del *test* de la relevancia y la inversión de la prueba de la arbitrariedad no es más que una manifestación de un fenómeno más general: la especial valoración negativa que la Constitución española ha operado con esas discriminaciones.

III. 3. a) La desaparición del «test» de la racionalidad

Allí donde el *test* que se aplica en la cláusula general es el de la racionalidad, éste desaparece ante una desigualdad especial. En Norteamérica, aunque la enmienda número 14 es general, el Tribunal Supremo ha creado «categorías sospechosas» que tienen un efecto parecido al que en España tienen las cláusulas específicas y en Alemania las cláusulas que siguen a la declaración general del artícu-

(137) (Sala Segunda.) «BOE» de 15 de enero de 1982.

lo 3.1 GG. La raza (138), el sexo (139), la filiación (140), la extranjería (141), e incluso parecíase que la riqueza (142) hace que no sea aplicable el *test* de la racionalidad. Por mucha relación que tenga una desigualdad por estos motivos para alcanzar el fin de la norma que sea, ésta no es constitucional si el poder público no prueba que el fin que persigue la norma protege un interés constitucional extraordinario (*compelling interest*). El *test* deja de ser el de la mera racionalidad (*rational scrutiny*) para pasar a ser uno mucho más tajante (*strict scrutiny*) en que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, etc., supone. Se trata de un *balancing* de valores constitucionales en toda regla, lo que los alemanes llaman *Güterabwägung* (143) y lo que en España se denomina contrapeso o equilibrio de valores constitucionales (144).

No basta que la desigualdad sea un medio racionalmente relacionado con la consecución del fin que la norma persigue, sino que ese fin tiene que ser superior a la minusvaloración de esas desigualdades específicas que la Constitución se ha encargado de establecer.

III. 3. b) *La especial irrazonabilidad de estas desigualdades*

En aquellos sistemas que siguen el *test* de la razonabilidad, el cambio parece imperceptible. Aparentemente sigue siendo el mismo. La desigualdad por razón de sexo, raza, etc., tiene que estar justificada, ser razonable.

Sin embargo, tal similitud es mera apariencia, ya que las razones que puedan justificar una desigualdad general normalmente no justificarán una desigualdad específica. Así, en Alemania, sólo las desigualdades de trato derivadas de la diferenciación fisiológica justifican una desigualdad por razón de sexo (145). Por eso, aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1982, de 22 de noviembre (146), resolvió que la racionalidad económica de los seguros sociales justi-

(138) Desde *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944).

(139) Desde *Reed v. Reed*, 404 US 71 (1971).

(140) Desde *Levy v. Louisiana*, 391 US 68 (1978).

(141) Desde *Graham v. Richardson*, 403 US 385 (1971).

(142) Desde *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 US 663 (1966). Aunque aquí el Tribunal Supremo dio marcha atrás con el cambio de presidente (Burger sustituyó a Warren en 1969). Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 120.

(143) Véase *supra*, nota 77.

(144) Véase *supra*, apartado II, 3, d).

(145) Véase, por todas, la Sentencia de 18 de junio de 1981-1BvL 129/78, en GRZ, 1981, pp. 472-73.

(146) (Sala Segunda.) «BOE» de 29 de diciembre de 1982.

fica la desigualdad de trato entre trabajadores autónomos, probablemente esa razón es totalmente insuficiente para justificar una desigualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras autónomos o sometidos al régimen general u otros especiales, siendo totalmente absurdo introducir en la argumentación a favor de la constitucionalidad de la especialidad que supone la incorporación progresiva de colectivos de trabajadores autónomos argumentos tendentes a justificar la desigualdad de prestaciones entre trabajadores y trabajadoras (147).

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido pocas ocasiones de examinar desigualdades específicas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1982, de 15 de noviembre (148) resolvió la cuestión con la inaplicación de la Constitución española por irretroactiva, aunque la forma de entender el «agotamiento de los efectos» que tiene esta Sentencia del Tribunal Constitucional parece conllevar que la desigualdad, por razón de sexo, no es un valor especialísimamente protegido por la Constitución española (149).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre (150) es, en cambio, mucho más explícita: «Y si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aun *más rigurosa* en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el

(147) Id., antecedente 4, párrafo 8. Por cierto, la desigualdad en las prestaciones de viudedad no es desigualdad de trato del viudo, sino del cónyuge femenino, que con su trabajo y cotización va causando la prestación. Así, si las trabajadoras autónomas agrarias no causan pensión de viudedad del cónyuge (salvo prueba de la dependencia económica), no se está discriminando al cónyuge (masculino) viudo, sino a la propia mujer trabajadora, que por igual cotización tiene menos derechos (cobertura de riesgos familiares).

(148) (Sala Segunda.) «BOE» de 10 de diciembre de 1982.

(149) Compárese la jurisprudencia sentada en esta Sentencia del Tribunal Constitucional con las anteriores en materia de retroactividad estudiadas en mi trabajo cit. *supra*, nota 124. De todas formas, los casos de la Telefónica (empezando por el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero (Sala Segunda), «BOE» de 9 de marzo de 1983, y siguiendo por los de los «BOE» de 23 de marzo y 12 de abril), ponen de relieve que la discriminación por razón de sexo empieza a estar ya especialmente protegida como por otra parte así lo habían considerado, antes de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, los Tribunales Laborales.

(150) Cit. *supra*, nota 137.

nacimiento y las opiniones.» No creemos que el *más rigurosa* haga referencia a la carga de la prueba, pues ésta corresponde a quien sea, pero no es ni más ni menos rigurosa. Lo que es *más rigurosa* es la justificación. En una palabra, las razones que pueden ser suficientes para justificar una desigualdad general no lo son para justificar una desigualdad específica (151). El Tribunal Constitucional ha establecido un *test* más riguroso para las desigualdades específicas.

III. 4. El problema interno de especial valoración: la ampliación judicial de desigualdades específicas, la intercambiabilidad de cláusulas constitucionales y la desigualdad en el ejercicio de derechos constitucionales (con base en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución española).

Pero la especial supervaloración por la Constitución española de igualdades específicas no conlleva sólo un nuevo *test* de constitucionalidad, el que podríamos llamar *test más riguroso*, sino que supone, además, la necesidad de estudiar cuidadosamente qué implican esos valores sustantivos especialmente protegidos por el artículo 14.

La especial prohibición de la discriminación por razón de sexo... ¿qué es exactamente lo que prohíbe, la discriminación *de facto* o el prejuicio social antifeminista?

El régimen de gananciales *de facto* protege a las mujeres ya que se basa en una estructura sociológica que parte del trabajo por cuenta ajena del marido, pero ¿no supone ello perpetuar ese prejuicio social?

Las normas laborales que permiten pedir la excedencia especial por maternidad (una vez agotado el período de permiso posparto) ¿no son normas que lejos de proteger a las mujeres las perjudican al mantener el prejuicio social consistente en que son las madres y no los padres quienes deben quedarse en casa al cuidado de los hijos? La demostración sociológica de que un enorme porcentaje de hombres trabajan y un porcentaje mínimo de mujeres lo hacen y que justifica para algunos (152) el que éstas no causen derecho de pensión a favor de su cónyuge viudo... ¿no está consolidando ese prejuicio social de

(151) M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Op. cit. supra*, nota 120, p. 330, habla, por ejemplo, en todas las desigualdades específicas, de «razonabilidad constitucionalmente negada».

(152) Véase *supra*, nota 138 y el texto que la acompaña.

forma que al tener menos prestaciones se «anime» a la mujer a no trabajar?, etc. (153).

Esta delimitación del valor exactamente protegido por la cláusula de desigualdades específicas, además, conlleva el que al coincidir el valor protegido con otros supuestos de discriminación a otros colectivos, éstos tiendan a incluirse jurisprudencialmente en la cláusula de desigualdades específicas. ¿Hasta qué punto la raza no tiende a identificarse con el origen nacional? El trato de los negros en Cataluña o de los trabajadores marroquíes en general... ¿es un problema de extranjería del artículo 13 de la Constitución española o uno de discriminación por razón de raza del artículo 14 de la Constitución española?; el trato a los homosexuales... ¿es una desigualdad general o específica?; el de los vagabundos... ¿es una desigualdad general o específica por razón de la condición social? (154).

Al coincidir el valor sustantivo protegido, prejuicio social contra determinados colectivos, se unifican y se amplían todos los grupos de marginados viniendo, progresivamente, a incluirse en la cláusula de desigualdades específicas del artículo 14 de la Constitución española. Basta una breve mirada a la jurisprudencia constitucional comparada para darse cuenta de que esto es un hecho absolutamente irreversible.

(153) Determinar si lo constitucionalmente prohibido es la desigualdad o el prejuicio es absolutamente esencial. Discrepamos por ello profundamente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1982, de 2 de diciembre (Sala Segunda), «BOE» de 29 de diciembre, fto. 4. Es absolutamente intolerable que un considerando de un Tribunal de instancia diga que «no es lógico que en nuestra sociedad actual una mujer casada se despreocupe de sus obligaciones». Por mucho que no diga que tampoco es lógico que lo haga un varón casado. No se trata de que el recurrente crea que hay una discriminación y no la haya en realidad, sino de que *cualquiera* que lea esa sentencia entiende que existe prejuicio por parte de la Audiencia. El que el artículo 14 de la Constitución española alcance o no a relaciones privadas (causas de separación) es otro tema que nada tiene que ver. A mi juicio, una declaración como la citada demuestra un prejuicio en la actuación del poder público clarísimamente inconstitucional.

(154) Entrar aquí en la delimitación de qué deba entenderse por «sexo», «raza», etcétera, nos llevaría muy lejos. Sólo queremos señalar que las cláusulas específicas plantean dos problemas básicos distintos: 1.º, la delimitación del concepto jurídico indeterminado, y 2.º, la del valor protegido por ese concepto. El segundo ya lo hemos examinado. Respecto al primero, el problema básico es obvio. En la «raza», la extensión y delimitación con la extranjería es realmente compleja. Véase, en general, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *supra*, nota 120, pp. 348 y ss. En el sexo, el problema es el de si la cláusula de sexo constitucionaliza la libertad sexual (la transexualidad u homosexualidad..., ¿son casos de igualdad por razón de sexo o de libertad de prácticas sexuales?). El problema es aquí uno de intercambiabilidad de cláusulas constitucionales, como se verá inmediatamente.

La prueba más palmaria la constituye, además, el fenómeno de la intercambiabilidad de cláusulas constitucionales aplicables. Allí donde la jurisprudencia constitucional, al tener la Constitución cláusulas de desigualdades específicas, no se ha atrevido a aumentar éstas jurisprudencialmente, irremediablemente se ha servido de otras para alcanzar el mismo resultado. La cláusula de protección de la vida privada y familiar del artículo 8.º de la Convención de Roma ha servido para que el TEDH enjuiciara y anulara leyes antihomosexualidad (155). Nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado muy poco la cláusula de intimidad del artículo 18 de la Constitución española, aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1982, de 22 de diciembre (156), parece indicar que no está muy dispuesto a hacer (aunque tampoco ha cerrado la vía): «el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el Ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades.»

Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1982, de 1 de abril (157), el Tribunal Constitucional se negó a entrar en un tema de homosexualidad, en los problemas relativos al artículo 14 y al artículo 18.1 de la Constitución española, al haber apreciado una infracción de la presunción de inocencia regulada en el artículo 24.2 de la Constitución española.

Finalmente, el mismo tratamiento que predicamos de las desigualdades específicas del artículo 14 de la Constitución española debe aplicarse a otra manifestación del principio de igualdad: la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales.

Si la igualdad en general es un valor especialmente protegido por la Constitución española, la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales está también especialmente cuidado por nuestra norma fundamental, aunque en relación con la distribución de competencias que opera el artículo 149 de la Constitución española. Efectivamente, el artículo 149.1. 1.º de la Constitución española dispone que el Estado tiene competencias exclusivas sobre «la regulación de las

(155) Caso *Dudgeon*. Sentencia de 22 de octubre de 1981 (traducido en el «BJC», núm. 13).

(156) Cit. *supra*, nota 153.

(157) (Sala Primera.) «BOE» de 21 de abril de 1982.

condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Damos por supuesto que, como ha señalado J. L. CARRO (158), el precepto abarca tanto a la sección primera como a la sección segunda del capítulo II del título primero de la Constitución, aunque su aplicación no sólo tiene lugar a través de leyes (aunque sean leyes-medida), sino también a través de la jurisprudencia, aplicándolo directamente sobre las normas de las Comunidades Autónomas (159) (160).

La igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales no debe, sin embargo, quedar limitada, como valor, a las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. El artículo 149.1.1.^a (161), no es más que una manifestación de ese valor. La propia Constitución española lo repite en el artículo 23.2, el 32.1 el 35 y el 39.2 y la operatividad del principio de igualdad en la aplicación de la Convención de Roma (art. 14) funciona así (lo que por la vía del artículo 10.2 de la Constitución española impone al Tribunal Constitucional tener especial cuidado con estas discriminaciones). El test de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser, pues, *más riguroso* también que el control de la igualdad en el ejercicio de derechos legales, reglamentarios o consuetudinarios.

Es pronto, todavía, para poder decir que el Tribunal Constitucional vaya a adoptar claramente esta actitud, pero su fundamento es obvio. La propia Constitución española admite desigualdades en el ejercicio de algunos derechos constitucionales (162), pero esos son precisamente excepciones.

(158) J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149-1-1.^a de la Constitución*, en «REDC», núm. 1.

(159) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981 (Pleno), «BOE» de 28 de noviembre de 1981.

(160) Por cierto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril (Pleno), «BOE» de 17 de mayo de 1983, extiende el artículo 149.1.1.^a de la Constitución española a la desigualdad en los principios del capítulo III (derecho a la salud del artículo 43 de la Constitución española).

(161) El problema básico del artículo 149.1.1.^a de la Constitución Española, es, sin embargo, el de si las Comunidades Autónomas, en uso de sus atribuciones estatutarias de velar por los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pueden *aumentar* los derechos constitucionales. La legislación estatal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional serían entonces fijadoras de los *mínimos* de igualdad.

(162) El ejemplo más claro es el del derecho de voto. La introducción del criterio territorial (para el Senado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas *ex artículo* 152 de la Constitución española y si el Tribunal Constitucional admite el recurso contra la Ley Orgánica de Elecciones Locales en base a la conjunción de «representativas» del artículo 141.2 de la Constitución Española con

La célebre Sentencia del Tribunal Constitucional que invirtió la carga de la prueba en los despidos de representantes laborales (163), que tantos comentarios ha suscitado (164), no es más que el ejemplo prototípico de cómo cuando la igualdad afecta a otros derechos fundamentales los *test* tienden a hacerse paralelos a los que existen para la cláusula de desigualdades específicas del artículo 14 de la Constitución española. De hecho, es bastante corriente en otros sistemas constitucionales que la desigualdad específica sea tratada de un modo prácticamente igual a la desigualdad en el ejercicio de derechos constitucionales o incluso de otros intereses constitucionalizados por el propio Tribunal Constitucional de que se trate (165).

IV. IGUALDAD O INTEGRACION: EL PROBLEMA DE LAS DISCRIMINACIONES BENIGNAS O FAVORABLES Y EL ARTICULO 9.º2 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Tampoco consideramos oportuno analizar ahora las relaciones entre igualdad real (art. 9.º2 de la Constitución española) y formal (artículo 14 de la Constitución española) (166).

el «agrupaciones de municipios» del 141.1 de la Constitución española, las Diputaciones Provinciales) hace que el poder del voto de los ciudadanos sea radicalmente diferente. Véase, en general, G. TRUJILLO, *El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual*, en «REDC», núm. 2 (1981).

El criterio de la «mayor representatividad» en el ámbito sindical es igualmente un reconocimiento de la constitucionalidad de la desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad sindical (art. 28 de la Constitución española), aunque en este caso no es la Constitución española, sino el Tribunal Constitucional el que lo ha admitido en varias sentencias del Tribunal Constitucional, que alguna vez tendrán que tocar fondo. Por cierto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Tercera) de 28 de febrero de 1983 lo ha hecho con el tema de las subvenciones a sindicatos y probablemente ello conlleve el mismo parámetro para las subvenciones a partidos políticos. De todas formas, el verdadero alcance de esta Sentencia del Tribunal Constitucional está todavía por fijar.

(163) Cit. *supra*, nota 24.

(164) Véase *supra*, nota 24.

(165) Véase para el caso norteamericano *supra*, nota 97, con los derechos de voto, movimiento interestatal y acceso a la justicia. El Tribunal Supremo, por otra parte, ha rechazado la ampliación de esos derechos fundamentales. Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 120.

(166) No creo necesario recalcar que los grupos especialmente protegidos por el artículo 9.2 de la Constitución española son aquellos cuya discriminación está especialmente penada por el 14. Véase, en el mismo sentido, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *supra*, nota 120, p. 330.

Lo que sí resulta obvio es que el artículo 9.º2 de la Constitución española permite justificar desigualdades en aras de la consecución de la igualdad real (167). El artículo 9.º2 de la Constitución española supone, pues, en principio, para nuestro Ordenamiento jurídico, la posibilidad de establecer discriminaciones benignas (*benign discrimination reverse discrimination* o *affirmative action*, en la terminología anglosajona) (168).

Si dicha posibilidad es generalmente admitida como justificación de desigualdades generales... ¿no lo será mucho más en la justificación de desigualdades específicas?

El problema que el artículo 9.º2 de la Constitución española plantea es, además, uno estructural. Se trata de establecer si dicho artículo habilita al juez o al legislador para utilizarlo. Como ha puesto de relieve MORTATI (169), básicamente constituye una especial habilitación al legislador. La letra de nuestra Constitución española es, sin embargo, más amplia («corresponde a los poderes públicos») y el Tribunal Constitucional lo ha utilizado con toda tranquilidad (170).

En todo caso, el que el Tribunal Constitucional lo utilice no debe impedir que el legislador no esté especialmente legitimado para establecer desigualdades cuya única justificación es la persecución de la igualdad real.

La única Sentencia del Tribunal Constitucional que se ha enfrentado con este tema de las discriminaciones favorables es la 81/1982, de 21 de diciembre (171), y resulta ser totalmente contraria a la opinión aquí sustentada: «El representante del Instituto Nacional de la Salud entiende que la *ratio* del precepto (art. 50 del Estatuto del Per-

(167) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981 (Pleno), «BOE» de 13 de agosto de 1981.

(168) El problema básico que plantea la discriminación a la inversa es el de si el sexo, la raza, etc., pueden ser usados en absoluto como criterio para una decisión de los poderes públicos. Para sus defensores, la cláusula de igualdad permite utilizarlos, pero sólo a efectos de favorecerlos («benignamente»). Para los detractores, lo que la cláusula prohíbe es su utilización en cualquier sentido. La Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1983, de 21 de febrero (Pleno), «BOE» de 23 de marzo de 1983, fto. 4, pfo. 8, parece inclinarse por lo segundo, aunque a mi juicio más bien se trata de un puro *obiter dictum*.

(169) MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II (1976).

(170) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional cit. *supra*, nota 167. El problema, como veremos, es el de si el 9.2 puede imponerse a una decisión del legislador en sentido contrario. Que el artículo 9.2 de la Constitución española tiene valor interpretativo es claro. A nuestro juicio, sólo en supuestos absolutamente patentes puede el Tribunal Constitucional hacerlo primar sobre la decisión legislativa de no integrar. Por supuesto, en este último caso el juez ordinario sólo puede hacerlo respecto de leyes preconstitucionales.

(171) Cit. *supra*, nota 137.

sonal Sanitario Auxiliar Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden ministerial de 26 de abril de 1973) aquí discutido es, según literalmente dicen, una "medida proteccionista de la mujer" y que, en su opinión, ningún precepto constitucional prohíbe que el legislador dicte medidas proteccionistas de la mujer en orden al trabajo nocturno. Sin embargo, con ello se incurre en una evidente petición de principios, pues lo que se trata de determinar es precisamente la legitimidad constitucional de la protección y del privilegio. La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos es evidentemente contrario al artículo 14.»

La consecución de la igualdad real, favoreciendo la entrada de la mujer en el mercado laboral, no es, pues, justificación suficiente en términos constitucionales. Esperemos que el Tribunal Constitucional no se tome en serio su jurisprudencia, pues, con ella, se podría anular toda posible eficacia del artículo 9.º2, quedando el legislador inhabilitado para favorecer mediante medidas laborales específicas la entrada de la mujer en el mercado laboral, así como su estabilidad en el empleo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional es, sin embargo, correcta, aunque totalmente errónea en su fundamentación. Lo que aquí ocurre es que el legislador, al promulgar el Estatuto de los Trabajadores, se ha mostrado totalmente contrario a la *affirmative action*, tendente a favorecer transitoriamente (172) al colectivo históricamente discriminado: la mujer trabajadora. Si el propio legislador se muestra contrario a la aplicación del artículo 9.º2 de la Constitución española prohibiendo desigualdades favorables... ¿qué legitimación tiene el Tribunal Constitucional para hacerlo? Efectivamente, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores ha optado por una actuación contraria a la acción positiva de igualdad real al entender nulos y sin efecto «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así

(172) Naturalmente otro de los problemas de la *affirmative action* es el del tiempo. Si se permite el prejuicio a efectos benignos (la mujer trabajadora, por ejemplo, está en condiciones de desigualdad ... ¿Hasta cuándo es éste permisible?, ¿cuándo y por quién puede considerarse que ya el colectivo no necesita medidas de protección?).

como en materia de retribuciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español» (173). Ello supone que la decisión de no justificar a través del artículo 9.º2 de la Constitución española las desigualdades favorables viene impuesta por ley (Estatuto de los Trabajadores) y no por la Constitución española, ya que ésta, en abstracto, sí que permite las desigualdades benignas.

Es más, no sólo las permite, sino que las impone, precisamente en el artículo 9.º2 de la Constitución española. Lo que no se puede pretender es que el artículo 14 de la Constitución española impone la integración.

Como es sabido, la cláusula de igualdad en abstracto puede interpretarse en un triple sentido: igualdad, pero con separación, igualdad sin separación e igualdad como integración.

La primera implica que el legislador puede separar, segregar, siempre que otorgue a ambos colectivos ambas prestaciones (misma cuantía por alumno a los colegios masculinos y a los femeninos, pero manteniéndolos separados, por ejemplo); la segunda supone que no cabe la segregación o separación, pero si existe un *status quo* de separación, tampoco está obligado a suprimirlo (por ejemplo, en un barrio tradicionalmente las niñas van a una escuela pública y los niños a otra, aunque no se puede privar de plaza por razón de sexo a quien lo solicite); la tercera obliga a los poderes públicos a integrar (por ejemplo, forzosamente las escuelas que tradicionalmente tienen niños tendrán que tener el 50 por 100 de niñas y viceversa).

El artículo 14 claramente obliga a lo primero y a lo segundo, pero no a lo tercero. En España esa función la cumple el artículo 9.º2 y no el 14 de la Constitución española.

Dada la complejidad que toda integración supone es por lo que en la interpretación del artículo 9.º2 de la Constitución española es el legislador el que, en principio, debe aplicarlo (o dejar de hacerlo) gozando sus decisiones en uno u otro sentido de una especial legiti-

(173) De todas formas, opino, con M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *supra*, nota 120, páginas 346-47, que el artículo 17.1 del Estatuto *no prohíbe medidas legales favorables a la mujer trabajadora*, sino medidas reglamentarias, por convenio colectivo, contractuales y de régimen interior de las empresas. Téngase en cuenta, además, que el origen de la Orden ministerial enjuiciada en la Sentencia del Tribunal Constitucional está en las leyes de 1931, protectoras del trabajo nocturno de las mujeres.

midad, pues un Tribunal empeñado en integrar se convierte irremediabilmente en legislador y/o en administrador (174).

Cuestión distinta es que el Tribunal Constitucional u otro Tribunal, ante una desigualdad establecida, en una norma o acto de aplicación de la misma, encuentre su justificación en el artículo 9.º2 de la Constitución española. En estos casos lo que ocurre es que ha sido el legislador quien ha tomado la medida, normalmente integradora, es decir, quien ha tenido la iniciativa de ampliación en sentido integrador de la igualdad establecida por la Constitución española (175).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre (176) es, por ello, puramente legal y no estrictamente constitucional (177). Otra cosa es que cuando el legislador extienda preceptos constitucionales, otorgando más derechos que de los que la Constitución española derivan, pero como desarrollo de ésta, sea dudoso, muy dudoso, dónde acaba la legalidad y empieza la constitucionalidad (y viceversa). La Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1982, de 19 de julio (178), en materia de Decretos legislativos es un ejemplo de línea borrosa, como también lo son otras varias Sentencias del Tribunal Constitucional (179).

Nosotros entendemos que, en la materia amparable (arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución española), el Tribunal Constitucional debe controlar tanto la legalidad como la constitucionalidad, pero exponer las razones de esta posición alargarían en exceso esta breve nota (180).

(174) Un ejemplo de esos problemas en Norteamérica puede verse en mi trabajo acerca de los límites a la intervención de los jueces como administradores de instituciones derivada de la ejecución de sentencias constitucionales de próxima publicación en el futuro *Libro Homenaje al profesor Jaime Guasp*.

(175) En una palabra, el valor interpretativo del artículo 9.2 es obvio.

(176) Cit. *supra*, nota 137.

(177) Probablemente, en cambio, el 149.1.1.ª de la Constitución española impide a las Comunidades Autónomas establecer discriminaciones benignas, aunque la cuestión es, desde luego, discutible. En todo caso, las Cortes pueden prohibírsele a la Administración, como hace el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

(178) Pleno.) «BOE» de 18 de agosto de 1983.

(179) Que el Tribunal Constitucional no entre en temas de legalidad es una constante declaración de toda sentencia del Tribunal Constitucional que de un modo u otro toque el tema.

(180) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero (Sala Segunda), «BOE» de 9 de marzo de 1983, fto. 2, donde declara que una discriminación laboral por razón de sexo nace del artículo 14 de la Constitución española y no del artículo 17 del Estatuto. En una palabra, el Estatuto copia el artículo 14 de la Constitución española. Sería absurdo que una vez que la Ley simplemente «copia» el artículo constitucional, los Tribunales Ordinarios fueran libres de seguir o no la jurisprudencia constitucional al tratarse

V. EL PROBLEMA DEL ALCANCE DEL ARTICULO 14 A LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES: LA ACCION LEGISLATIVA

Como es sabido, uno de los mayores problemas que plantea la Constitución española a regular los derechos constitucionales es el de la llamada *Drittwirkung* (181) o *state action* (182), es decir, el de si éstos vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos (183).

Resulta obvio que, una vez suprimida, en su casi totalidad, la autotutela privada de los derechos (184), *toda relación entre particulares será enjuiciada por la jurisdicción ordinaria*. Resulta obvio igualmente que esta sustitución de tutela no constituye violación «que tuviera su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1 LOTC), ni es siempre «imputable» a los Tribunales ordinarios (art. 44.1, b LOTC), sino que sólo cuando la sentencia sea *causa* de la infracción del derecho fundamental (185) será recurrible en amparo.

En relación con el principio de igualdad (186) su inobservancia por los particulares puede ocurrir en un triple ámbito: a) inobservancia del principio por la Administración Pública cuando actúa como particular; b) inobservancia del principio por los particulares (y prestación del poder coactivo por el juez) en negocios jurídicos priva-

de un tema de legalidad. El tema es todavía mucho más importante cuando el problema básico es el de la extensión de la igualdad al Derecho Privado, como veremos a continuación.

(181) El nombre, según M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *supra*, nota 120, p. 334, procede de IPSEN.

(182) Esta es la terminología también usual en Norteamérica. Véase, por ejemplo, GUNTHER, *Constitutional Law-Cases and Materials* (10 ed., 1980).

(183) Véanse, en España, A. EMBID IRUJO, *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, en la «REDA», núm. 25 (1980); S. VARELA DÍAZ, *La idea de deber constitucional*, en el núm. 4 de la «REDC» (1982) y, sobre todo, T. CUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares* (Ed. Civitas, 1981) y la bibliografía allí citada.

(184) Véase, en general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, pp. 424 y ss.

(185) Véase T. CUADRA-SALCEDO, *op. cit.*, *supra*, nota 183, pp. 96 y ss.

(186) La extensión de la igualdad al campo de las relaciones privadas es uno de los problemas más complejos del moderno Derecho Constitucional en el que hay más desacuerdo. Véase, en general, G. HUECK, *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung in Privatrecht* (1978). En el mismo sentido, en España, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, *supra*, nota 120, pp. 336 y ss.

dos, pero «intervenidos» por el legislador, y c) inobservancia del principio por los particulares en negocios jurídicos privados a cuya coacción ayuda el juez.

V. 1. La Administración pública en relaciones privadas

Como es sabido, la Administración Pública puede optar innumeras veces por un sistema privado o administrativo de actuación (187). ¿Queda entonces vinculada por el principio de igualdad? A mi juicio, la respuesta es bien simple. Depende del Ordenamiento jurídico privado que rija esa relación. El sometimiento de la Administración al Derecho privado no es sino una remisión al Ordenamiento jurídico aplicable. Si éste es el laboral habrá que estar a la legislación laboral en materia de vinculación del principio de igualdad; si es el civil o el mercantil habrá que estar sólo a éste. Pero, naturalmente, siempre que sea aplicable el Ordenamiento jurídico administrativo, sí está vinculada por el principio de igualdad (lo cual rige para la doctrina de los actos separables). Así, si los anuncios en televisión son «machistas» habría que discernir primero si se rige o no la publicidad en los medios de comunicación social del Estado por las normas mercantiles que regulan la publicidad y, en consecuencia, aplicar éstas. Debe tenerse en cuenta, de todas formas, que el artículo 41.2 LOTC introduce una especie de «presunción de amparabilidad» frente a todo acto de los poderes públicos o sus funcionarios o agentes por lo que, en caso de duda del Estatuto aplicable a esa relación jurídica, debe presumirse su posibilidad de amparo (188).

V. 2. Negocios jurídicos «intervenidos» por el legislador

Ocurre que los ámbitos de libertad contractual, entendida en sentido amplio, como capacidad de realizar actos jurídicos privados o de incurrir en responsabilidad jurídico privada, por su realización, siempre vienen definidos por la ley. Esta regula tanto el derecho impera-

(187) Naturalmente, siempre que la Ley, y en los términos en que ésta lo haga, se lo permita.

(188) Como veremos posteriormente, a mi juicio, la Administración pública no puede inaplicar la cláusula de igualdad, aunque entre en relaciones de Derecho Privado en la inmensa mayoría de los supuestos. Por otra parte, en el caso concreto de la Televisión, el Tribunal Constitucional ha reconocido ya abiertamente la amparabilidad frente a sus actos. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo (Sala Segunda), «BOE» de 20 de mayo de 1983, fto. 3.

tivo como el dispositivo aplicable al acto. Puede ocurrir, por tanto, que la ley configure el principio de igualdad como derecho imperativo. En el ámbito laboral esto es totalmente normal (189), pero también puede serlo, ¿por qué no?, en otros. Así, por ejemplo, los artículos 11 y 12 de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, configuran a los clubs deportivos como asociaciones privadas, remitiendo a normas reglamentarias el «régimen normativo» de sus estatutos. Pues bien, el artículo 14.2 del Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, sobre normas reguladoras de clubs y federaciones, dispone que «se establece el principio de igualdad de todos los asociados (de clubs) sin discriminación por razón de raza, sexo, religión, ideología o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Otro ejemplo, éste más importante porque afecta no ya a la validez de cláusulas, sino a la libertad contractual entendida como libertad de contratar, es el del artículo 16 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas (190) o el del artículo 58, en relación con el 60, del Reglamento General de Policía de Espectáculos (191).

El contrato de asociación deportiva, en forma de clubs integrados en las federaciones, a efectos de la legislación deportiva, lo mismo que los derivados de actividades turísticas, recreativas o de espectáculos, están, pues, sujetos enteramente al principio de igualdad, aunque se trate de contratos de naturaleza civil.

(189) El Estatuto de los Trabajadores no sólo consagra el principio de igualdad a efectos de declarar la nulidad de cláusulas reglamentarias, contractuales o de normas de régimen interior (art. 17.1), sino que también lo extiende «para el empleo», es decir, para la posibilidad misma de contratar (art. 4.2, c) y, por razón de sexo, para el establecimiento de categorías profesionales y criterios de ascenso (art. 24.2) y para la igualdad remunerativa (art. 28). Debe recordarse, además, que el artículo 35 de la Constitución española repite la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución española.

(190) Decreto de 11 de enero de 1965. «1. Los establecimientos de las Empresas Turísticas a que se refiere el presente Estatuto tendrán la consideración de públicos, siendo libre el acceso a los mismos, sin otra restricción que la de someterse la clientela a las prescripciones de esta disposición y reglamentaciones específicas de cada actividad. 2. Sin embargo, por razones de edad, moralidad, higiene, enfermedad o convivencia, podrán autorizarse las oportunas limitaciones.»

(191) Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto. El artículo 58 consagra «el derecho a contemplar el espectáculo, participar de la actividad recreativa o usar del servicio correspondiente», del público en general, aunque el artículo 60 establece limitaciones concretas por razón de edad.

El legislador, o el reglamento si a él se remite la Ley, y no se trata de materia reservada (192), puede regular, pues, un negocio jurídico sometiénolo a normas imperativas, entre las que puede encontrarse el principio de igualdad.

El mismo Código civil ha impuesto también, por ejemplo, la igualdad de filiación en materia sucesoria (193).

Toda esta legislación podría incluso ser general, tal y como ocurre con las célebres leyes de derechos civiles norteamericanas, o destinadas a ser general para un tipo concreto de discriminación.

La potestad legislativa deriva en todos estos supuesto no sólo de la potestad de regular el régimen jurídico de los actos o negocios jurídicos, sino también de la potestad de persecución de la igualdad del artículo 9.º2 de la Constitución española.

En todos estos supuestos se plantea el espinoso problema de si la interpretación de la ley es separable de la del artículo 14 de la Constitución española. Parecería absurdo que, por ejemplo, la jurisdicción ordinaria, en su labor de aplicación del artículo 14.2 del Real Decreto 177/1981, anteriormente citado, llegase a una doctrina totalmente distinta de la que el Tribunal Constitucional fijara para la aplicación del artículo 14 de la Constitución española, cuando ambos artículos, uno en un real decreto y otro en la Constitución española, dicen exactamente lo mismo y la intención de quien ostentaba la potestad normativa no era sino la de extender la cláusula constitucional a relaciones *inter privados*. En estos casos, la necesidad de que el Tribunal Constitucional entre en temas de legalidad (194) aparece especialísimamente justificada.

V. 3. La libertad contractual general, el artículo 1.255 del Código civil y el orden público constitucional

En todo caso, para la inmensa mayoría de los actos y negocios jurídicos no ha impuesto el legislador el principio de igualdad.

Ello resulta, además, en gran parte, razonable ya que una hipertrofia del principio de igualdad puede dar fácilmente al traste con

(192) El problema de si la extensión de la igualdad a relaciones privadas puede hacerse por reglamento (y no es reserva de ley) es, sin duda, grave. A mi juicio, puede hacerlo la Administración, en principio, siempre que pueda hacerlo el juez, por lo que remito al apartado VI de este trabajo.

(193) Naturalmente, en cuanto a las legítimas. Véase el artículo 931, redactado conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

(194) Véase *supra*, nota 180.

otros derechos constitucionales, como la libertad de asociación o, incluso, la libertad de empresa, entendida en sentido microeconómico, cuando no con el principio de seguridad (art. 9.º3 de la Constitución española), aplicable a la seguridad en el tráfico.

El propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido así, de pasada, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1982, de 24 de mayo (195). Precisamente esa es la base de su argumentación para entender como no aplicable el principio de igualdad a la sucesión de títulos nobiliarios (196). Dicha Sentencia del Tribunal Constitucional contiene un párrafo que no tiene desperdicio: «Siendo un hecho lícito el ser noble no puede tampoco considerarse vejatorio ni contrario a derecho el que con efectos limitados a determinadas relaciones jurídicas se exija la prueba de que uno mismo es noble (por ejemplo, para poder ser miembro de un club o una asociación deportiva privada) o de que lo es su cónyuge.»

Ni que decir tiene que también es lícito ser hombre o mujer o de una u otra raza... y, sin embargo, no por ello en toda relación privada puede ser la desigualdad contemplada como lícita.

Lo que en realidad admite esta Sentencia del Tribunal Constitucional es que en las relaciones privadas (en las que a la intervención estatal, administrativa o judicial no es imputable la discriminación), la norma general consiste en que no juega el principio de igualdad, salvo que el legislador, al regular el contenido de esa relación privada, así lo imponga (y con ello no se infrinja otro derecho como el de asociación o el de libertad de empresa o el de libre elección de cónyuge... etcétera).

En principio, en nuestro Derecho la regla que prima es la de no aplicación del principio de igualdad a las relaciones jurídicas privadas, pero el legislador puede imponerlo en dichas relaciones. El problema consiste, entonces, en determinar hasta qué punto el artículo 1.255 del

(195) (Sala Segunda.) «BOE» de 9 de junio, fto. 2.

(196) De todas formas, la relación aparentemente jurídico-privada era pública (toda la «intervención» estatal en materia de nobleza, rehabilitación, sucesión, concesión... de títulos, autorización del uso de los extranjeros, etc., lo es pública). El argumento no era tanto el de la naturaleza privada o pública de la actividad como el de la especialísima naturaleza de *actos privados, que necesitan forzosamente una intervención pública, administrativa o judicial, como requisito constitutivo*, de los cuales el Derecho de Familia está lleno (divorcios, separaciones, etc.).

Código civil impone o no impone a los derechos fundamentales como contenido del orden público o la moral (la «ley» del artículo 1.255 del Código civil haría referencia a la legislación reguladora de la relación jurídica privada concreta) (197).

Ya tuve ocasión de recoger en otro lado (198) la idea de que el orden público como concepto, tras la publicación de la Constitución española había que entenderlo referido, en principio, especialmente a los derechos constitucionales y particularísimamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera. Ahora bien, también allí puse de manifiesto que no todos los derechos de la sección primera aparecían como orden público constitucional y que el orden público constitucional variaba en función de para qué se le invocase (199).

A mi entender, lo mismo ocurre con el principio de igualdad. Es orden público constitucional para las actuaciones de los poderes públicos, pero no lo es para las actuaciones privadas (200), al menos, no lo es como cláusula general. Ello no quiere decir, sin embargo, que algunas desigualdades específicas no puedan serlo.

¿Sería legal y/o constitucional un contrato de compraventa de inmuebles en el que se impusiera la cláusula de no poder vender, arrendar, usufructuar... dichos inmuebles a negros u orientales? ¿Serían legales y/o constitucionales unos estatutos de sociedad anónima con dicha cláusula?, ¿y los de un partido político?, ¿y los de una asociación sindical?, etc.

En último término, la respuesta no es uniforme. El derecho de asociación (y la necesidad de la suspensión de asociaciones sólo por ilici-

(197) Discrepamos por ello totalmente de la idea civilista de que a través del artículo 1.255 no se haya introducido la interpretación conforme a la Constitución de normas jurídico-privadas. Véase, como expresión de esta postura, F. DE CASTRO y BÑAVO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en el «ADC», 1982, p. 1067, nota 288. Por supuesto, lo que no tiene ni pies ni cabeza es entender que sólo el capítulo III del título I de la Constitución española es «informador» de la legislación privada. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido, por otra parte, que el artículo 1.255 del Código civil tiene esa función de extender preceptos constitucionales a relaciones privadas. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, voto particular al motivo primero, fto. 19, que no está en contradicción con el voto mayoritario al respecto.

(198) Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 123.

(199) Id.

(200) Precisamente en éstas, por ejemplo, no se aplicaba retroactivamente la Constitución española (otra manifestación del Orden Público Constitucional), ya que siempre concurren, por definición, intereses de terceros, que junto con la seguridad jurídica, hacían inaplicable retroactivamente la Constitución española. Véase mi trabajo cit. *supra*, nota 123.

tud penal) no impide que un juez civil (y en amparo, el Tribunal Constitucional) pueda considerar como no puesta esa cláusula en los estatutos de la asociación por la vía del artículo 1.255 del Código civil o en los de un partido político, por la vía del artículo 5.º 2 b) de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, pero habría que realizar un cuidadoso contrapeso entre los dos valores, ambos constitutivos del orden público constitucional (libertad de asociación, que según la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de febrero de 1981 (201) incluye la de no asociación-igualdad específica). El principio de igualdad, como orden público constitucional y, por tanto, como extensible a relaciones privadas por la vía de la Ley (lo que ya hace el artículo 1.255 del Código civil) puede jugar perfectamente, pero la delimitación de supuestos debería ser tremendamente casuística y cuidadosa.

No hace falta que repitamos que aunque en estos supuestos la cuestión aparece como de mera legalidad, se trata, en realidad, de un tema constitucional al operar la ley como una mera remisión al contenido normativo de la Constitución española. El tema sería, además, no sólo constitucional, sino también constitucionalmente amparable. En suma, una accionista cuyos derechos económicos o sociales en la sociedad anónima se vieran disminuidos por razón de sexo en una cláusula estatutaria podría pedir la nulidad de dicha cláusula, por la vía de la Ley de la Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos y, posteriormente, a través del recurso de amparo. En último término, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1982, de 24 de mayo (202) no hace sino declarar la desigualdad por razón de nobleza como no integrada en el orden público del artículo 1.255 del Código civil, a los efectos de la sucesión nobiliaria, pero sería muy discutible que esa misma desigualdad no infringiera el orden público a los efectos de la introducción de la cláusula en un contrato de compraventa de inmuebles o, incluso, en la sucesión patrimonial normal, sin perjuicio de que, diga lo que diga la Sentencia del Tribunal Constitucional citada es, en principio, ilegal introducir esa condición en un club deportivo, aunque no por ser contraria al orden público, sino por ser contraria al régimen regulador de dichos clubs deportivos, sin perjuicio de que los nobles puedan constituir asociaciones de régimen común.

(201) (Pleno.) «BOE» de 24 de febrero de 1981, fto. 19.

(202) Cit. *supra*, nota 195.

VI. LA IGUALDAD PARA LOS PARTICULARES: LA ACCION JUDICIAL

Una vez claro que el legislador puede extender el principio de igualdad a actuaciones privadas, queda otro problema, cual es el de si pueden hacerlo los jueces. Con otras palabras, si no existiera el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores... ¿podría una empresa contratar sólo a hombres o sólo a extranjeros?; si no existiera el artículo 1.255 del Código civil... ¿podría negar el juez la validez de una cláusula que prohibiera vender parcelas a árabes?, etc., o, en términos de legislación vigente, ¿puede un juez extender el artículo 1.255 a la libertad de contratar o no, no limitándolo a las cláusulas de un contrato ya perfeccionado?

A mi juicio, el tema es dudoso, pero me inclino por la respuesta favorable a la posibilidad de actuación de los jueces, ante el silencio del legislador (e incluso podría anular el Tribunal Constitucional una ley en contra), pero con límites.

El artículo 9.º.1 de la Constitución española es generoso en su dicción al vincular a los ciudadanos y, por otra parte, el Tribunal Constitucional ya ha reconocido la «amparabilidad» de relaciones *inter privados* (203).

El criterio básico es el de la «repercusión social general de la discriminación» como, a mi juicio, estableció el Tribunal Supremo norteamericano desde que en el caso *Shelley v. Kramer* (204) acometiera esta vía (205), aunque la doctrina sentada en dicho caso no sólo no estuviera clara, sino que sigue siendo objeto de debate tanto por la doctrina como por el propio Tribunal Supremo norteamericano que no ha sabido racionalizar adecuadamente cuáles son realmente los crite-

(203) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 y cuantos discuten problemas laborales. Más dudosa parece la delimitación del ámbito «amparable» de los denominados «derechos de la personalidad» frente a actuaciones de otros particulares. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, artículo 9.º, 1, parece partir de lo contrario.

(204) 334 US 1 (1948). El Tribunal Supremo estimó que había suficiente *state action* en la *injunction* de un juez contra un particular que no había respetado una cláusula contractual de prohibición de venta de un inmueble a negros. La orden del juez prohibía la venta.

(205) Téngase en cuenta que *Shelley* fue incluso anterior a *Brown v. Board of Education*, el caso que desagregó escuelas públicas. Las privadas sólo indirectamente, a través de la introducción de condiciones para la obtención de subvenciones federales, lo han sido.

rios (206). Si la banca se niega a dar crédito a las mujeres casadas con más de diez hijos, por el mero hecho de serlo y tenerlos, no es lo mismo que si un particular se niega a arrendar un piso a una señora casada con más de diez hijos. Surge, de nuevo, el tema de los «patrones» de discriminación.

Hay quien ha apuntado que, en realidad, la extensión de la Constitución española a relaciones privadas se da sólo en los supuestos en los que el Ordenamiento jurídico integra en su seno actos que en principio aparecen como negocios jurídicos privados, pero que en realidad son normas (207).

A mi juicio, el criterio no es ese, sino otro menos formal. Cuando los negocios jurídicos-privados influyen en masa sobre los ciudadanos es cuando debe jugar la posibilidad de que la Constitución española les alcance. No es lo mismo urbanizar que arrendar una vivienda aisladamente (salvo que se comprobara que el colectivo discriminado tiene realmente, sociológicamente, problemas de vivienda).

Si aun no existiendo el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, las mujeres fueran sistemáticamente discriminadas, a mi juicio, un Tribunal (y especialmente el Tribunal Constitucional) podría extender la eficacia de la Constitución española a los contratos privados. Un «patrón» de discriminación sociológica general sería suficiente para hacer recaer sobre las relaciones privadas el principio de igualdad. Las célebres «condiciones generales de contratación» serían las primeras en verse afectadas (208).

(206) Véase, en general, GUNTHER, *Constitutional Cases and Materials* (10th. ed., 1980), pp. 978 y ss.

(207) Véase S. VARELA DÍAZ, *La idea de deber constitucional*, en «REDC», número 4 (1982).

(208) Por eso, el Tribunal Constitucional no dudó en extender la igualdad al derecho laboral antes de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, pese a que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1983, de 14 de febrero (Sala Segunda), «BOE» de 9 de marzo, fto. 2, parezca querer indicar que la idea es suya. Los tribunales laborales ya habían introducido el artículo 14 de la Constitución española mucho antes y la citada Sentencia del Tribunal Constitucional es innovativa sólo en tanto en cuanto regula el llamado «plazo de prescripción» de la acción.

Junto al campo del trabajo, el de la educación es paradigmático. No cabe duda que los colegios públicos unisexuales son hoy patentemente inconstitucionales. Pero es que probablemente también lo son los privados, salvo que el «ideario» del centro sea específicamente machista o feminista en que podría discutirse, lo mismo que puede hacerse en los casos de asociaciones para la defensa general de esos valores (y no de asociaciones con otros fines, como los deportivos, en los que el sexo no juega como elemento insito en el contrato de asociación. Puede que haya asociaciones deportivas sólo para hombres o para nobles, pero eso *no será* un club deportivo tal y como lo tipifica la legislación vigente, no

Naturalmente, esta afirmación debe entenderse con las debidas cautelas; sólo con «patrones» reales de discriminación por sujetos privados y en materias trascendentales (y no quiero decir con ello derechos fundamentales) podrían los jueces «adelantarse» al legislador. Si los jueces, es decir, el Estado presta su poder de coacción a discriminaciones sociológicas amplias, les es suficientemente «imputable» dicha discriminación a efectos del artículo 44.1 b) LOTC.

pudiendo, por tanto, participar en las estructuras deportivas ni gozando de otros beneficios a que sólo los clubes tienen derecho).

Este es igualmente el fundamento de que las Administraciones públicas, aun cuando estén sometidas al Derecho Privado, están sujetas al principio de igualdad (véase *supra*, nota 188), porque la Administración siempre actúa en masa o aun actuando individualmente, es susceptible de introducir con mayor virulencia patrones de discriminación.

Naturalmente he obviado que en determinadas cláusulas constitucionales su alcance a las relaciones particulares (huelga, libertad de cátedra, etc.) se deriva directamente de su operatividad misma y de la clara voluntad del constituyente, cosa que no ocurre necesariamente con el principio de igualdad.