

# LA IGUALDAD JURIDICA COMO LIMITE FRENTE AL LEGISLADOR

JAVIER JIMENEZ CAMPO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 14 DE LA CE COMO NORMA PARÁMETRO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: 1. La sujeción del legislador al principio de igualdad. 2. La pretendida distinción entre igualdad en la eficacia y en el contenido de la ley. 3. El «trato igual de los iguales». 4. La llamada «discrecionalidad» del legislador.—III. RECAPITULACIÓN. EL CONTROL DE LA DISCRIMINACIÓN LEGISLATIVA: a) el control finalista; b) el control de pertinencia; c) el control de adecuación.

## I. INTRODUCCIÓN

En las notas que siguen (\*) se pretende plantear algunas cuestiones acerca del sentido y alcance de la norma institutiva de la igualdad jurídica en nuestro Derecho, en su aspecto de límite frente a la ley. No se trata, pues, de abordar en su integridad las múltiples materializaciones del «valor superior» que es la igualdad (art. 1.1 de la CE) a lo largo del texto constitucional, sino más limitadamente, de señalar las dificultades de interpretación que suscita el artículo 14 de nuestra norma fundamental, aunque ello requiera también, como es obvio, tener en cuenta el sistema normativo en que dicho precepto se integra y, de modo más específico, el resto de disposiciones constitucionales en las que tienen acogida otras dimensiones del valor «igualdad».

El ceñirse así —sin aislarla— a la «igualdad ante la ley», que algunos llaman «formal» (1), tiene, a juicio de quien escribe, su sentido. El nuestro es

(\*) El presente trabajo forma parte de un estudio más amplio sobre la igualdad en la Constitución española, en curso de elaboración. El lector puede tener esto en cuenta para entender algunas remisiones del texto, no desarrolladas en el mismo.

(1) «El derecho puede definirse, en efecto, como el conjunto de las formas en las que se objetiva la acción; pero el significado de "forma" debe entenderse no ya como opuesto al de "contenido" o "materia"; esto es, como figura abstracta de la realidad o sustancia de la acción, sino como forma interna a la propia acción, como su estructura...» (VITTORIO FROSINI: *La struttura del diritto*, p. 42 de la edición española. Bolonia, 1974).

un Estado social, democrático y de Derecho, como quiere el artículo 1.1 de la Constitución, y no parece discutible el que cada una de estas identificaciones básicas halla su correlato en diferentes modos de ser de lo que, con algunas reservas, podría llamarse la «idea general» de la igualdad. Pero estas varias vertientes de un mismo valor, si bien han de convivir y cohonestarse en la obra del intérprete y del aplicador del Derecho, no deben confundirse y menos aún abolirse entre sí. La igualdad jurídica plantea exigencias específicas, distintas —aun que no contradictorias, pese a todas las dificultades— de las que, por ejemplo, incorpora la igualdad «real y efectiva» (art. 9.2 de la CE). El deslinde entre el ámbito de unas y otras normas debe, en este y en otros casos, intentarse porque, reconociéndolo, nos acercaremos al planteamiento mismo de las relaciones entre estatalidad jurídica, social y democrática en nuestro ordenamiento y con ello, como se sabe, a uno de los problemas capitales en el Derecho constitucional de nuestros días: el de cómo integrar, en unidad de sentido normativo, significados políticos que han ido formándose a lo largo del tiempo con una dinámica propia y a menudo conflictiva.

Y esta problemática de la igualdad jurídica se considerará a los efectos de delimitar su eficacia como límite frente al legislador, según se ha dicho. No es ésta, ciertamente, la única virtualidad del artículo 14 —la igualdad se proyecta también sobre el aplicador del Derecho, sobre la Administración y la jurisdicción— pero sí es, seguramente, aquélla en la que las implicaciones políticas son más intensas —o más aparentes— y al hilo de la que, por lo tanto, se han ido produciendo los mayores debates doctrinales. El que, en otro orden de cuestiones, la norma introducida por el artículo 14 de la CE sea o no de eficacia inmediata en el ámbito jurídico-privado es algo que tampoco se afrontará aquí, situándose este problema básico, como es sabido, en el centro mismo de la polémica acerca de la llamada «eficacia frente a terceros» de los derechos fundamentales y ello sin perjuicio de que, como se señalará, sea discutible la identificación, en nuestra Constitución, de un derecho subjetivo a la igualdad sobre la base del artículo 14.

\* \* \*

En el Derecho constitucional contemporáneo, la discusión acerca de la igualdad ante la ley parece girar, en una primera observación, en torno a una categoría tradicional: la *racionalidad*. Reconocida la verdad obvia de que carece de sentido hablar de «igualdad absoluta» (identidad, en rigor) entre los potenciales destinatarios de una norma y sobre la base de que la igualdad —y la desigualdad— sólo aparecen, con relevancia jurídica, a partir de ciertos elementos o rasgos adoptados por una disposición como criterios para la diferenciación normativa, el problema se concretaría en determinar cuál sea el fundamento —la *ratio*— para la delimitación por el legislador del ámbito personal de aplicación de sus disposiciones y cuál también, según algunos, la «proporcionalidad» entre aquella *ratio* y las consecuencias jurídicas imputadas.

Este parámetro de la racionalidad —problemática restauración de la *rationalitas* de la cultura jurídica medieval— puede reconocerse en la jurisprudencia constitucional de prácticamente todos los sistemas liberal-democráticos de nuestros días. Es, con todas las matizaciones que se quieran, la indagación por la *reasonable basis* de la diferenciación en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, la pregunta por la «justificación razonable» que se plantea el Tribunal Supremo Federal suizo, el criterio de «no arbitrariedad» que, siguiendo en buena parte la obra de LEIBHOLZ, emplea el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania o la regla de la *ragionevolezza*, elevada al rango de principio general del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano desde su sentencia número 81, de 1963 (2). También entre nosotros el criterio de la «razonabilidad» de las diferenciaciones normativas introducidas por el legislador ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, siguiendo, en parte, aquellas orientaciones jurisprudenciales. «Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica —se señala en la sentencia de 10 de noviembre de 1981, ponente: Gómez-Ferrer—, es la discriminación (...), es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable». Algo que se reitera en decisiones posteriores: «... para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable» (sentencia 33/1983, de 4 de mayo, ponente: Arozamena Sierra).

Es claro que estas líneas jurisprudenciales proceden de una dilatada elaboración doctrinal —«hay igualdad cuando sería irrazonable hacer una diferencia», señala ya RÜMELIN en la Asamblea de Profesores Alemanes de Derecho Público de 1926 (3)— a la que habrán de hacerse algunas referencias más adelante. Por el momento, cabe señalar que el de «racionalidad» es concepto en el que se resume hoy, polémicamente, toda la evolución de la igualdad jurídica, desde su formulación liberal de la primera hora, y en el que se condensan, también, una multiplicidad de enfoques teóricos, no siempre susceptibles de armonización. Sobre una y otra dimensión —sobre el

(2) En cuanto a la configuración histórica de la ley como «*vox principis generalis et communis*», véase VITTORE COLONNI: *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, 2.ª ed., Milán, 1976, especialmente pp. 175-176. Un panorama general de las líneas jurisprudenciales en los distintos ordenamientos sobre el principio de igualdad puede verse en Claudio ROSSANO: *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, 1966, pp. 142 y ss. Con carácter más específico, véase la clásica obra de Gerhard LEIBHOLZ: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., München-Berlin, 1959. Para la doctrina en este punto del Tribunal Supremo USA, véase FRANCISCO RUBIO LORENTE: *La defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana*, Caracas, 1967, así como la tesis doctoral de Enrique ALONSO GARCÍA: *La naturaleza de la justicia constitucional: el ejemplo norteamericano*, Madrid, 1982, Cap. IV. La consideración de la *ragionevolezza*, como principio general del derecho en el ordenamiento italiano la sugiere Carlo LAVAGNA a propósito de la sentencia citada en el texto en *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padua, 1973, p. 1574.

(3) Citado por E. L. LLORENS: *La igualdad ante la ley*, Murcia, 1934, p. 55.

marco histórico y doctrinal de la igualdad jurídica en nuestros días— vale la pena hacer ahora algunas breves consideraciones.

Desde un punto de vista histórico, en primer lugar, las normas declarativas de la igualdad ante la ley no dicen hoy lo mismo —o no lo dicen, al menos, con los mismos efectos— que los textos análogos del constitucionalismo liberal. Aunque la fórmula arquetípica permanezca —«todos los ciudadanos (o todos los hombres) son iguales ante la ley»— su contexto normativo se ha modificado, con frecuencia, mediante la inclusión de interdicciones concretas para la diferenciación en virtud de criterios específicos (4). Y se ha alterado también, en directa relación con estos cambios textuales, el horizonte doctrinal e institucional dentro del que se comprendiera el sentido de la igualdad jurídica en los documentos constitucionales adoptadas tras de las revoluciones liberales. Cierto que, en su identificación más abstracta, la igualdad jurídica sigue lógicamente partiendo del igual sometimiento de todos al Derecho —igualdad en la heteronomía— y que es en esta universalización de la condición de ciudadano, en la abolición del privilegio y en la consiguiente destrucción de ámbitos inmunes al poder legislativo del Estado donde reside la aportación inicial —válida aún— del primer constitucionalismo. Cierto, también, que la garantía del trato igual sigue procurando hoy, al controlar la procedencia de las diferenciaciones, la «objetividad» y la «imparcialidad» (la no arbitrariedad: art. 9.3 de la CE) en la acción de los poderes públicos y que este designio se muestra ya en los momentos fundacionales del Estado liberal (5). Pero, más allá de este núcleo originario, todo ha cambiado. Ha cambiado no sólo el ámbito sobre el que la igualdad se proyecta —la exigencia de una igualdad efectiva, en el seno mismo de la sociedad civil— sino también toda una teoría sustancialista de las fuentes (que no crea el liberalismo, pero que sí alcanza bajo el mismo su máxima expresión) según la cual la ley se identificaba por notas materiales: «Les caracteres qui distinguent les lois —proclamaba el artículo 4 del proyecto de Constitución jacobina de 1793— sont leur generalité et leur durée indéfinie». Y no parece difícil poner en conexión la crisis de este concepto material de ley —tan presente, por ejemplo, en las obras de Kelsen y de Espósito, ya en los años

(4) «Es significativo, por lo demás, que las constituciones de los siglos XVIII y XIX desconozcan las explícitas prohibiciones de considerar el sexo, la raza, la lengua, etc., y que afirmen sólo el principio general de igualdad. Ello fue así, evidentemente, porque la exigida universalidad del precepto legislativo excluía ya de por sí la posibilidad de distinciones entre categorías de ciudadanos que no fuesen lo bastante amplias para no integrar potencialmente a todos» (Augusto CERRI: *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, 1976, página 9).

(5) «La igualdad o, por mejor decir, la imparcialidad de las leyes, que consiste en que éstas comprendan a todos», diría el diputado GALLEGO en las Cortes de Cádiz (cit. por M. FERNÁNDEZ ALMAGRO: *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, 1976, p. 134). Destacando la otra dimensión, aludida en el texto, de esta noción, señala L. SÁNCHEZ AGESTA que en Cádiz la idea de igualdad se vincula a la de «unidad e indivisibilidad de la soberanía» (*Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1974, pp. 76-77).

veinte— con otro cambio de mucho mayor alcance y solo secundariamente jurídico: el que viene dado por la transformación radical de las relaciones entre Estado y sociedad civil, por la superación de la frontera «natural» entre lo público y lo privado y por la consiguiente necesidad, para la norma jurídica, de operar, diversificando y haciéndose contingente, en el tejido mismo de las relaciones sociales (6).

Importa advertir, una vez más, estas transformaciones porque descansa en ellas, en buena medida, el cambio de fisonomía de la igualdad jurídica. Para la ideología liberal ilustrada —y esto cabe decirlo también respecto de cualquier otro sistema jurídico— la igualdad no suponía la indiferenciación absoluta de trato jurídico. Implicaba, según se ha dicho, la abolición del privilegio y, con ello, el establecimiento de una igual *eficacia* de la ley para todos. De este modo, la igualdad se presentaba como el envés de la soberanía o, si se quiere, como la evidencia del triunfo de una positivización plena del ordenamiento, virtualmente capaz de normar cualesquiera relaciones. Pero en un sistema, como cualquiera de los europeos, en que se desconocía el control de constitucionalidad de la ley, la garantía de que no ya la fuerza, sino el contenido mismo de las normas se atuviese al principio de igualdad quedaba afirmada por el valor «ley» hasta casi confundirse con él: la proyección de la igualdad sobre los llamados a aplicar las normas era trasunto del principio de legalidad y el respeto por el legislador mismo a las exigencias de la igualdad quedaría asegurado, para la mentalidad jurídica dominante, tanto por la racionalidad inmanente a este tipo de fuente —evidenciada en su abstracción y generalidad— como por la relativamente débil necesidad de introducir diferenciaciones normativas en un sistema jurídico que se pretendía ausente del ámbito «autónomo» del mercado.

Precisamente por estos cambios, porque, en definitiva, la forma de ley no puede asegurar ya, por sí sola, el respeto a las exigencias presentes hoy en el principio de igualdad, cobra todo su sentido la aplicación de esta regla como parámetro en el control de constitucionalidad y el consiguiente replanteamiento, según vimos, de la pregunta por la «razón» de la ley. No sólo esto; como ha señalado lúcidamente HUBER (7) la garantía del trato igual que en su día quedó fijada en la nota de la generalidad de la ley puede considerarse hoy sustituida por los mandatos de no discriminación presentes en las normas entronizadoras de la igualdad ante la ley. De este modo, una garantía como la generalidad —difícilmente exigible hoy en todo caso— habría dejado su lugar y su tarea a la indagación, más incisiva y arriesgada, acerca de la fundamentación, en cada caso, de las diferenciaciones normativas. No hay seguramente otra salida —aunque son muchas las que ésta abre— si se quiere

(6) Acerca de la incidencia de estas transformaciones sobre el concepto de «ley» y sobre la jurisdicción constitucional misma, véase, por todos, Massimo VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, I, Milán, 1974, pp. 89 y ss.

(7) K. HUBER: *Massnahmengesetz und Rechtsgesetz*, Berlin, 1963, pp. 131 y ss.

seguir reconociendo, sobre estas bases irreversiblemente alteradas, un valor jurídico al principio de igualdad.

La advertencia de los cambios aludidos está, pues, en el origen mismo de la pregunta actual por el significado jurídico del inciso con que se abre el artículo 14 de nuestra Constitución y de la interdicción general que en este precepto se recoge respecto del trato discriminatorio. Ahora bien, si legiferar es diferenciar, si en la sociedad que se organiza como Estado social asistimos —en palabras de ELIA (8)— a una segmentación creciente de los *status* jurídicos, ¿cómo proyectar —sin merma de la autonomía política del legislador— el principio de igualdad sobre las disposiciones de ley?; ¿cuál es, en otras palabras, el razonamiento adecuado para dar cumplimiento a este principio, para buscar el fundamento de las diferenciaciones y juzgar de las mismas? La superposición de enfoques doctrinales y los matices —nada triviales— que singularizan las varias líneas jurisprudenciales en este punto podrían, acaso, en una primera aproximación, inducir al escepticismo y al recurso, sin más, a la tópica. Y, sin llegar a un relativismo extremo, sí debe reconocerse la notable elasticidad y el carácter fluido de este parámetro. Alguien a quien se debe una de las más importantes monografías de los años sesenta sobre el principio de igualdad, LIVIO PALADIN, ha manifestado últimamente sus dudas sobre la posibilidad de construir un esquema del juicio de igualdad que dé cuenta, coherentemente, de todas las inflexiones de la jurisprudencia en esta materia (9).

La igualdad jurídica es principio estructural del ordenamiento (10) que, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga, como se ha señalado, a fundamentar las diferenciaciones normativas. Cómo pueda determinarse tal fundamentación es, sin embargo, el punto crítico aquí y lo que constituye, en realidad, el objeto del presente trabajo. No sólo el alcance concreto de la igualdad aparece, con frecuencia, dislocado entre alternativas de diverso tipo (igualdad en la ley/ante la ley, igualdad formal/material, igualdad en la aplicación/en la creación de las normas), sino que el mandato mismo que encierra la regla en la que se establece la igualdad de todos «ante la ley» ha sido objeto de muy diferentes interpretaciones. No tiene sentido inventariar aquí, en una relación que sería forzosamente incompleta, este abanico de posiciones doctrinales (11), aunque quizá no sobre indicar, someramente, cuáles han sido las tendencias básicas en este punto, a algunas de las cuales habrá también que hacer referencia más adelante.

Si se dejan al margen, por el momento, las posiciones de quienes negaron toda eficacia sobre el legislador del principio de igualdad ante la ley (las tesis

(8) LEPOLDO ELIA: *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, ed. de N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, p. 166.

(9) LIVIO PALADIN: *La Corte costituzionale tra norma giuridica*, ob. cit., p. 139.

(10) F. RUBIO LLORENTE: *La Constitución como fuente del derecho*, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, I, Madrid, 1979, p. 67.

(11) Para una relación y comentario de las diferentes corrientes doctrinales, véase C. ROSSANO, ob. cit., especialmente caps. III y VII.

—que son ya historia— de ANSCHÜTZ y THOMA, en Alemania, y de ESPOSITO, en Italia) y también las de quienes, en una cierta posición intermedia, conciben sólo esta eficacia en términos de no diversificación de la «fuerza» de la ley (ROSSANO, entre otros), el modo de sujeción de la ley a este principio se ha resumido, con frecuencia, en una fórmula en la que se encierra uno de los *topoi* más arraigados de nuestra cultura: la igualdad ante la ley consistiría en tratar igualmente lo que es, en sí, igual y en regular de modo diferente, por lo tanto, las situaciones distintas (12). La fórmula aristotélica, sin embargo, es, al menos para el Derecho, sólo un punto de partida y notablemente enigmático, por lo demás. Convertida en brocardo jurídico no dice nada —como en su día advirtiera HART (13)—, a no ser que se la ponga en relación con algún criterio significativo a partir del cual sean ya mensurables igualdad y desigualdad. Por ello mismo, por la necesidad de ulteriores reflexiones acerca del alcance de la igualdad, se explica la pluralidad de enfoques doctrinales. A lo largo de una evolución que tiene su punto nodal en el período de entreguerras, la igualdad ante la ley se ha entendido como criterio material de justicia que habría de ser fijado, en cada caso, por la conciencia moral del juzgador (KAUFMANN), como regla prohibitiva de leyes *ad personam* (C. SCHMITT y, en cierta medida, NAWIASKY), como exigencia de proporcionalidad en la legislación, de no arbitrariedad (LEIBHOIZ), como norma que obligaría a compulsar directamente por el juez la igualdad de hecho entre supuestos normativos, para derivar de ella la legitimidad o no de la diferenciación normativa (PALADIN, GERRI), como exigencia de hallar, para cada diversificación, una apoyatura constitucional específica (AGRO y MODUGNO) o, para no hacer esta indicación interminable, como criterio básico de correspondencia entre el fin de la diferenciación y el criterio elegido por el legislador para determinar la misma (SANDULLI). Hacia estas direcciones, entre otras, apunta, pues, la búsqueda contemporánea por la «razón de la ley». No hay, como se ve, lugar para arquetipos universales y sí, más bien, para el esfuerzo conceptual —atento a sus consecuencias prácticas— en pos de una categoría aparentemente fugitiva y que, sin embargo, se muestra como irrenunciable.

El banco de prueba para estas tesis, su laboratorio cotidiano, está en la jurisdicción constitucional y a la jurisdicción constitucional se debe también, entre nosotros, la labor de integración entre criterios doctrinales y exigencias prácticas, hasta el punto de que, como ha señalado RUBIO LLORENTE (14) al

(12) «... parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales» (ARISTÓTELES: *Política*, libro III, cap. 9; se cita por la edición de J. MARÍAS y M. ARAUJO, Madrid, 1983, p. 83).

(13) H. L. A. HART: *The concept of Law* (se cita por la versión castellana, Méjico, 2.ª ed., 1980, pp. 198-199).

(14) *Tribunal Constitucional y fuentes del Derecho*, p. 12; texto de la conferencia pronunciada en el seminario sobre «Tribunal Constitucional y Estado democrático», celebrado en la Universidad Internacional «Menéndez Pelayo» del 11 al 15 de julio de 1983.

tratar la labor de nuestro Tribunal Constitucional, «es respecto del principio de igualdad en donde se han producido hasta ahora (...) los mayores avances y en donde ha comenzado a plantearse una discusión teórica que no ha rendido todavía sus frutos, pero de la que cabe esperar, sin duda, un avance importante».

Pero el reto que plantea a la jurisdicción constitucional el principio de igualdad va más allá de la mera dilucidación de su contenido. Ligado al razonamiento mismo en que se concreta el principio en cuestión está de nuevo planteada y controvertida la posición de los tribunales constitucionales en el seno del ordenamiento estatal, el carácter de su función y los límites para el enjuiciamiento de la ley. Lo que alguien irónicamente llamó el «descubrimiento de la razón» por parte de los órganos de la justicia constitucional marca, pues, en su concreto desarrollo decisonal, uno de los espacios «límite» para el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No se trata ahora, obviamente, de plantear siquiera esta cuestión de fondo y, menos aún, de exhumar las diatribas frontales a propósito de la «politicidad» de la función cubierta por los tribunales constitucionales. También aquí, en opinión de quien escribe, las polémicas encrespadas de los años veinte y treinta se han relativizado hasta poderse, quizás, abordar en sus justos términos: los delimitados por el modo del razonamiento jurisdiccional y por los límites de la interpretación jurídica como método para reconocer las barreras frente al poder. Y en este contexto —más modesto y más realista— es en el que hay que situar la incidencia del control a partir del principio de igualdad sobre la práctica de los tribunales constitucionales.

Lo que no cabe ignorar, en cualquier caso, es todo lo que supone tal control en orden al desdibujamiento del modelo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana. La pregunta, en efecto, por la proporcionalidad, por la fundamentación, en cada caso, de la delimitación de grupos personales e, incluso, por la adecuación al fin propuesto de las consecuencias jurídicas no tiene cabida, claramente, en el control abstracto que desarrollara el autor de la «Teoría pura» (15). Como las construcciones doctrinales están al servicio de la realidad —y no viceversa— seguramente están de más aquí los posibles reproches, aunque no sobrarán ponerse en guardia frente al riesgo de que el juicio de igualdad pueda deslizarse hacia un control de «equidad» (de «oportunidad», en definitiva), libre de toda delimitación cierta conforme a criterios jurídicos. Creo que hay motivos para pensar que esta posible decantación hacia el subjetivismo jurisdiccional halla un terreno abonado en ciertas reacciones ante la crisis de legitimación del estado contemporáneo, por más que no haya ahora ocasión para entrar mínimamente en este tema (16).

(15) Una muy lúcida interpretación de esta parcial superación del control abstracto puede verse en GIUSEPPE VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, 1977, especialmente pp. 264 y ss.; también en Giancarlo ROLLA: *Riforma delle istituzioni e costituzione materiale*, Milán, 1980, pp. 128 y ss.

(16) «La crisis de la forma de legitimación clásica, aislada por Max WEBER en la positiv-



II. EL ARTÍCULO 14 COMO NORMA PARÁMETRO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

1. *La sujeción del legislador al principio de igualdad*

Junto con otros «valores superiores» del ordenamiento jurídico, la igualdad ha sido situada por los constituyentes como invocación fundante de todo el edificio de la Constitución (art. 1.1 de la CE). Creo que esta declaración, *por sí sola*, carece de efectos jurídicos inmediatos, debiendo entenderse —y ahí reside su sentido y su importancia— más como pauta de legitimación del orden jurídico en su conjunto que como parámetro de la legitimidad constitucional de los actos infraordenados. Pero si es cierto que la carencia de determinación normativa de esta proposición hace difícil reconocer en ella virtualidades jurídicas inmediatas, no puede negarse, sin embargo, que sí las tienen —y decisivas— las disposiciones constitucionales que a ella se articulan, como momentos normativos de su desarrollo a lo largo de la Constitución y que, en este sentido, la específica posición del valor «igualdad» en el artículo 1.1 puede presentarse como elemento de interpretación no desdeñable para el entendimiento de sus diversas concreciones a lo largo del texto. La igualdad adquiere, así, consistencia jurídica en las diversas disposiciones constitucionales sobre las que «se proyecta con una eficacia trascendente» (STC 8/83, de 18 de febrero, ponente: Arozamena Sierra).

Sobre una de estas concreciones normativas del valor igualdad —sobre la igualdad jurídica recogida en el artículo 14 de la CE— versan las consideraciones que siguen, encaminadas, como ya se ha dicho, a contribuir a la determinación de la fórmula según la cual «los españoles son iguales ante la ley». Puede decirse aquí, pese a todas las incertidumbres iniciales, que la norma —o las normas— en que se configura la igualdad jurídica plantea una doble interpelación ante el intérprete, cuyas dos dimensiones serían el entendimiento de su alcance normativo, de una parte, y la determinación, de otra, de quienes sean sus destinatarios.

Empezando por la segunda de las cuestiones enunciadas, su punto nodal ha sido, históricamente, la discusión acerca de la eficacia sobre el legislador de este tipo de declaraciones. Y aunque en la doctrina del Estado constitucional no faltaron quienes, adelantando conclusiones hoy pacíficas, sostuvieron

dad de la ley, ha inducido a los legisladores (...) a buscar otras formas de legitimación. Hoy, en efecto, en un Estado complejo y abundante de contradicciones sociales como es el llamado Estado social no su puede confiar esta tarea a un tipo de legitimación que remita a una racionalidad puramente formal (procedimental), sino que hay la necesidad, más bien, de una racionalidad material: es decir, de una serie de valores fundamentales que legitimen el poder y, al tiempo, de un órgano que encarne la expresión viviente de tal racionalidad y que posea como título de formación la "competencia" y el "saber". Pues bien, este órgano que actúa de fuente viva para la legitimación del poder de la mayoría política (...) es el Tribunal Constitucional...» (Antonio BALDASSARE: *La Corte costituzionale tra norma giuridica*, ob. cit., p. 131).

tal sujeción, no puede desconocerse que, a partir de unas u otras construcciones, fue la posición negadora la que prevaleció en los sistemas jurídicos europeos (17). Parecía, en efecto, haber buenas razones para ello: se concitaban aquí tanto los dogmas liberales de la primera hora acerca de la posición «soberana» del Parlamento como la desconfianza, ya de sesgo positivista, ante el empleo por la jurisdicción de un parámetro aparentemente tan ambiguo como el de la «igualdad ante la ley». Es así como ANSCHÜTZ, en una exposición llamada a tener fortuna, veía en el artículo 4 de la Constitución prusiana —y en el análogo que recogería el texto de Weimar en su artículo 109.1 («*Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich*»)— una norma eficaz, tan sólo, en el ámbito de la aplicación del derecho —eficaz sólo, pues, sobre la Administración y los Tribunales— y desprovista, en consecuencia, de cualquier valor de límite sobre el legislador. La diferencia así introducida entre igualdad «en la ley» y «ante la ley», aparentemente fundada en el tenor literal del precepto constitucional, sancionaba la distinta posición de los órganos del Estado frente a las exigencias de este principio: el Parlamento creaba la ley y lo hacía sin límites específicos en cuanto a su ámbito personal de aplicación; el juez y la Administración, sin embargo, habían de reconocer ya en la ley el criterio exclusivo de acuerdo con el cual proceder en su actuación respectiva, sin poder dar lugar a diferenciaciones entre los ciudadanos que no estuviesen presentes en la previsión del legislador.

Sin embargo, en un ordenamiento basado en una Constitución rígida y jurisdiccionalmente garantizada —en una Constitución, además, que no esconde su fundamento «principlista»— estas construcciones no pueden seguir sosteniéndose. Con unas u otras matizaciones, y con todas las peculiaridades propias a cada cultura constitucional, el alcance limitador sobre la ley del principio de igualdad es hoy mayoritariamente aceptado, como lo fuera ya en la obra pionera de la jurisdicción americana. Y no otra cosa sostiene el Tribunal Constitucional español en justa aplicación del artículo 9.1 de nuestra norma fundamental. «Ninguna duda puede haber —se dice en la ya citada sentencia de 10 de noviembre de 1981— de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad, dado que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley.»

Cómo se concreta, sin embargo, este sometimiento es cuestión distinta y notoriamente problemática. De una parte, el propio texto del artículo 14 de la CE enlaza directamente la enunciación genérica del principio, en su primer inciso, con la prohibición de *discriminación*, de tal modo que parece plausible el que ésta sea, en el contenido de la norma jurídica, la quiebra específica de la igualdad ante la ley y aquello en cuya prohibición se resume la misma. De otra parte, sin embargo, podría acaso pensarse que las exigencias del principio de igualdad se hacen presentes, *prima facie*, sobre el propio concep-

(17) Cfr. una buena exposición del panorama en el Derecho comparado en E. L. LLORENS, *ob. cit.*, pp. 61-169.

to constitucional de «ley», del que habría que predicar, con independencia de la interdicción de discriminaciones concretas, unas ciertas notas típicas, tradicionalmente configuradoras de la fisonomía de esta fuente (universalidad, generalidad y abstracción, entre otras). En el primer caso, la prohibición de la discriminación obligaría a una indagación concreta, en cada supuesto, por el fundamento de las diferenciaciones normativas. Desde la segunda perspectiva, por el contrario, serían los propios caracteres «sustanciales» del tipo de fuente que es la ley los que nos proporcionarían un criterio —más claro, en apariencia— para juzgar de la eventual quiebra de la igualdad jurídica.

Puede dudarse, sin embargo, de la subsistencia en nuestro ordenamiento de tal concepto «sustancial» de ley y, por lo tanto, de su hipotética virtualidad para constituirse en criterio normativo en este punto. Es cierto que, en alguna de sus decisiones, el Tribunal Constitucional ha aludido a cómo el principio de igualdad «hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley» (sentencia de 10 de noviembre de 1981), pero no parece que por ello deba entenderse ni la genérica prohibición de diferenciaciones normativas ni, más específicamente, la inconstitucionalidad, en todo caso, de leyes *ad personam*. La primera interdicción, en efecto, resultaría, sin más, de imposible cumplimiento en cualquier sistema jurídico, planteando también problemas de difícil superación —y sobre los que más adelante se dirá algo— su corolario: la necesidad de buscar en cada caso, para fundamentar las distinciones jurídicas, una apoyatura constitucional expresa, positiva, que ampara-se esta «ruptura» de la igualdad. Por lo que se refiere a la presunta prohibición de leyes *ad personam* la cuestión es diferente, aunque tampoco creo que pueda localizarse aquí un criterio absoluto en orden a la definición del concepto de ley. Si por «universalidad» entendemos, en efecto, «generalidad» —construcción abstracta del elemento subjetivo del supuesto de hecho— la consecuencia sería que habría que reconocer como inconstitucionales todas las normas de ley que tuviesen destinatarios personalmente determinados. Ahora bien, esta conclusión puede ser apresurada.

No se trata sólo de que la propia Constitución prevea la posible adopción de leyes de este tipo (art. 128.2), sino de que, en sí misma, como destacara Kelsen, entre otros, la «generalidad» es rasgo relativo, difícilmente objetivable y de escasa precisión, en consecuencia, para constituirse en medida de la constitucionalidad (18). En el caso extremo de la ley *ad personam* nada obliga, de principio, a descartar apriorísticamente su fundamentación, si es que en el caso concurren circunstancias específicas que no se dan en otros sujetos y que requieren de un tratamiento singular. Este tipo de normas podrá, desde luego, someterse a la prueba de su «razonabilidad», pero no de

(18) Hans Kelsen: *Teoría general del Estado*, 15.ª ed., Méjico, 1979, p. 307. En la doctrina española, A. E. PÉREZ-LUÑO sostiene, sin embargo, esta parcial identificación entre generalidad de la ley y principio de igualdad: *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, pp. 262 y ss.

distinto modo a lo que debe o puede hacerse respecto de cualesquiera otras disposiciones diferenciadoras. Y en este sentido, de acuerdo con STARCK (19), la exigencia de «universalidad» no se presenta tanto como regla dirigida a imponer un límite formal a la hora de la determinación legislativa de los destinatarios de la norma cuanto como condensación de exigencias materiales —«orientadas a la igualdad y a la libertad», dice este autor— que conducen derechamente al concepto de discriminación.

Así, la admisión de la posibilidad de leyes carentes de generalidad tiene no sólo su explicación histórica —la revisión de los dogmas ilustrados y la advertencia, en la práctica, de la inevitabilidad de lo que un sector doctrinal conoce como leyes-medida— sino su justificación jurídica también. Es muy reveladora, en este punto, la evolución de un autor como PALADIN, que partió de la absoluta prohibición de leyes *ad personam* y que ha llegado, posteriormente, a reconocer la existencia irrefutable de disposiciones de este tipo. También el Tribunal Constitucional italiano, por su parte, en sentencias como la número 80, de 14 de abril de 1969, ha admitido la posibilidad jurídica de tales normas (20). A la postre, la prohibición del privilegio que fundamentaba la desconfianza frente a la ley singular puede quedar razonablemente atendida, aunque con un control de otro tipo, a través de la interdicción de la discriminación.

En qué consista esta última es algo, sin embargo, que requiere un cierto esfuerzo de interpretación. De acuerdo con el artículo 14, el principio de igualdad impone al legislador el no discriminar en sus disposiciones y ello no sólo por referencia a los criterios expresamente recogidos en este precepto (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), sino también, genéricamente, respecto de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La no discriminación se perfila, de este modo, como el mandato en que se concreta para el legislador la regla de la igualdad. A partir de este canon tendremos que intentar concretar, en los apartados que siguen, la eficacia de este principio. Pero no sobrarán ahora un par de consideraciones preliminares que pueden ayudar a emplazar en sus justos términos las cuestiones que van a abordarse más adelante:

a) La regla de la igualdad ante la ley no puede entenderse, desde luego, como una genérica prohibición de la diferenciación normativa, según se ha apuntado ya. Si tal se hiciese confundiríamos esta norma con otra distinta que enunciaría ya una identidad para el derecho de todos los ciudadanos. Al margen de que tal «valor» no se concilia con las exigencias elementales de

(19) Christian STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, 1979, pp. 294 y ss.

(20) Livio PALADIN: *La legge come norma e come provvedimento*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1969,2, año XIV, pp. 881 y ss: En el mismo sentido se manifiesta Alessandro PIZZORUSSO: *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, p. 157. La sentencia citada en el texto enjuicia la legitimidad constitucional de una ley de la región siciliana en la que se establecen ventajas específicas en favor de una concreta empresa minera.

diversificación en todo ordenamiento, es lo cierto que ni la jurisprudencia de los órganos de justicia internacional ni la establecida en los diversos ordenamientos nacionales ni la sentada, en fin, por nuestro Tribunal Constitucional avala tal entendimiento del principio. Así, en su sentencia de 23 de julio de 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Convención ha de ser entendido en su versión inglesa (reconocimiento de los derechos «*without discrimination*») y no en un entendimiento literal y formalista que, tal vez, podría desprenderse de la versión en lengua francesa («*sans distinction aucune*») (21). Esta interpretación, si no la impusiera ya la lógica, alcanzaría vigencia en nuestro ordenamiento a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE y esto es lo que ha venido reconociendo, desde su entrada en funcionamiento, el Tribunal Constitucional. En su jurisprudencia, la interdicción de la discriminación vale tanto como necesidad de fundamentación en las diferenciaciones normativas, que habrá que entender como inconstitucionales si no pueden presentarse como «razonables». La «discriminación» es así, de principio, la diferenciación desprovista de fundamento, sean cuales sean las «pruebas» o cánones de racionalidad que puedan aquí emplearse (el «trato igual de los iguales», el control finalista, de pertinencia, etc.). Esta es, por lo demás, la proyección que tiene sobre la función legislativa la regla genérica de la interdicción de la arbitrariedad establecida en el artículo 9.3 de la CE (22).

b) Pero si el artículo 14 de la Constitución prohíbe la discriminación, no lo hace, seguramente, del mismo modo en todos los casos y respecto de cualesquiera posibles criterios de diferenciación. Sirviéndose de una estructura discursiva que está presente en otros ordenamientos contemporáneos, el artículo 14 enumera determinados criterios insusceptibles, en principio, de configurarse como elementos para la diferenciación normativa y cierra esta enumeración con una fórmula genérica según la cual la discriminación queda también impedida respecto de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

(21) Cfr. el texto de la sentencia (caso «Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica»), en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979, pp. 197 y ss.

(22) No obstante lo que se señala en el texto, el que la «discriminación» no sea equivalente, sin más, a la diversificación entre sujetos es algo que sólo puede sostenerse, con carácter general, cuando se enjuicia la función legislativa. En el plano de la función administrativa —y, genéricamente, en el de la ejecución de la ley— la prohibición de «discriminaciones» entre sujetos a partir de ciertos criterios puede significar una prohibición absoluta del trato diferente. Así hay que entender, por ejemplo, los artículos 4.2.c y 17.1 del vigente Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo; cfr. las observaciones de M. ALONSO OLEA: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Madrid, 1980, pp. 35 y ss. y 75 y ss.). En cuanto al concepto de «arbitrariedad», cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pp. 189 y ss.

Resulta, así, que estamos ante un enunciado abierto, ante un *numerus apertus* en cuanto a las causas posibles de discriminación y que, en consecuencia, como se ha observado ya, no podrán trasladarse a nuestro Derecho las tesis —discutidas, incluso, en otros ordenamientos— según las cuales el solo límite al legislador vendría dado por el elenco de criterios expresamente reseñados. Esta conclusión estaría viciada tanto por defecto (es perfectamente concebible la discriminación a partir de otros criterios) como por exceso, ya que los criterios expresamente enumerados no siempre serán, de modo absoluto, insusceptibles para fundar sobre ellos una distinción jurídica, válida si puede mostrar fundamentación suficiente. Frente a esta tesis, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional español reconoce, en el examen concreto de la constitucionalidad de la ley, la posibilidad de que otros criterios diferenciadores no expresamente aludidos puedan presentarse como elementos ilegítimos para la diferenciación. La sentencia de 30 de marzo de 1981 (en recurso de amparo 220/80, ponente: Tomás y Valiente), alude, así, a «las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución» y la núm. 49/83, de 1 de junio (ponente: Pera Verdager), se refiere a la «amplia fórmula generalizadora» con la que el precepto se cierra. De modo inequívoco, en fin, la sentencia número 75/83 (ponente: Escudero del Corral), de 3 de agosto, advierte que «la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, caracter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad (...)».

La dificultad no se encuentra, pese a todo, en reconocer otros posibles elementos (la edad, la lengua, las condiciones físicas, el estado civil, etc.) que, aún no invocados expresamente, puedan constituirse en criterios arbitrarios de diferenciación. El problema está, más bien, en saber si la cláusula final del artículo 14 convierte al enunciado que la precede no ya en una fórmula abierta —lo que es claro— sino —lo que no lo es tanto— en una enumeración *ad exemplum*. Conviene dilucidar, en otras palabras, si la prueba de la discriminación tiene el mismo carácter y el mismo rigor con referencia a los criterios indicados precisamente y a propósito de cualesquiera otros imaginables.

Aunque la voluntad histórica del legislador no es nunca un criterio de interpretación definitivo, en el proceso constituyente quedó patente una cierta pretensión de dar el mismo alcance jurídico a la prohibición de discriminaciones concretas y a la genérica fórmula con la que se cierra el artículo 14 (23). Sin embargo, que no pueden homologarse en toda una y otra dimensión parece claro. En efecto —sin entrar ahora a fondo en este

(23) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, p. 1800, sesión de 24 de agosto de 1978 (intervención del señor AZCÁRATE FLÓREZ).

asunto—, no puede desconocerse que la enumeración de ciertas condiciones en este precepto implica, si no quiere verse en ello una prohibición absoluta para la diferenciación, sí, al menos, la necesidad, para el legislador, cuando pretenda excepcionar esta regla, de localizar una habilitación constitucional en virtud de la cual pueda decaer el recelo frente al empleo de estos criterios como rasgos para la diferenciación. Esta exigencia no es predicable, sin embargo, respecto de todos los demás posibles criterios diversificadores implícitos en el artículo 14.

La razón para ello es la de que en la fórmula final que se considera no hay, como en el enunciado anterior, referencia a un criterio o criterios que quedasen, así, «sustraídos» a la acción del legislador (con las matizaciones que se han hecho y que se precisarán más adelante). Lo que se hace aquí, por el contrario, es perfilar predicados (la personalidad y la socialidad) de cualesquiera criterios imaginables. No hay, pues, exclusión de causas concretas para la diferenciación y sí sólo la afirmación de que la regla de la igualdad ante la ley no agota su mandato —la prohibición de la discriminación— en el elenco de elementos destacados, sino que se proyecta sobre el conjunto de la función legislativa en todas sus posibles determinaciones. Ahora bien, aunque es claro que tanto en unos casos como en otros la discriminación queda impedida no puede lógicamente requerirse la misma fundamentación frente a las diferenciaciones que toman como punto de conexión uno de los criterios expresamente aludidos y ante aquellas otras que vierten sobre rasgos solo implícitamente considerados. Todo criterio de diferenciación puede resultar, según las circunstancias que en el caso concurren, discriminatorio, pero la prueba de la discriminación misma —o la búsqueda de un fundamento para la diferenciación— no será igual siempre, a no ser que se quiera anular toda eficacia normativa al elenco de diferencias reseñadas (que tendrían ya un mero sentido «simbólico» o político) y que se pretenda, lo que es quizás más grave, convertir, una vez más, el principio de igualdad en el de identidad y exigir, siempre y en todo caso, una expresa previsión constitucional para diferenciar jurídicamente entre los ciudadanos. Sobre lo que esto último podría significar, así como sobre la graduación a que se ha hecho referencia para la fundamentación de la diversificación, se señalará algo más adelante. Por lo pronto, importa reseñar que esta significativa diferencia ha sido ya apreciada claramente por el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/82, de 21 de diciembre (ponente: Díez Picazo), en la que se afirma que «si esta 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 aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta».

## 2. La pretendida distinción entre igualdad en el contenido y en la eficacia de la ley

La afirmación genérica de que la regla de la igualdad ante la ley ha de ser respetada también por el legislador y la constatación de que tal sujeción se traduce en una interdicción de las diferenciaciones «infundadas» nos sitúan como es claro, sólo ante el umbral del problema de fondo: cómo medir y apreciar, en concreto, aquel sometimiento o, lo que es lo mismo, de qué modo apreciar la existencia o no de «discriminaciones» en la disposición hipotéticamente sujeta a control jurisdiccional. Y es que, si resulta clara la inutilidad de la añeja distinción entre igualdad «en la ley» y «ante la ley» como vía para fundamentar una indefendible inmunidad del legislador, resta la duda a la que se acaba de aludir en orden al modo preciso en que la norma recogida en el artículo 14 de la CE pueda hacerse efectiva en el control de la ley. Ante este problema no han faltado posiciones teóricas que han intentado, admitida dicha efectividad de principio, restringirla y hacerla operativa tan sólo en el ámbito en el que —así se pensaba— podría respetarse más plenamente la autonomía del legislador y evitarse también los mayores riesgos del «subjetivismo» judicial. Se acuña así la diferenciación entre igualdad «en la eficacia» y en «el contenido» de la ley, entre igualdad «formal» y «material», con otra terminología más equívoca.

El sentido de estas tesis —sostenidas, ya en la segunda posguerra por ESPOSITO y, más tarde, como modificaciones no sustantivas, por ROSSANO (24)— parece estar en un intento de mediación entre las posiciones negadoras de la sujeción de la ley al principio de igualdad y las exigencias inesquivables derivadas de la existencia de un control jurisdiccional de la ley misma. Se admite, así, el que este último pueda emprenderse a partir de la regla de la igualdad, pero ésta es entendida de tal modo que su mandato se limita a la imposición de una paridad entre los ciudadanos en términos de igual eficacia de las normas de ley para todos. Lo que se lee, entonces, en el precepto constitucional que consagra la igualdad de todos ante la ley es, meramente, la necesidad de que los ciudadanos sean iguales ante el ordenamiento en su conjunto y sin que la ley pueda, *a priori*, diversificar su eficacia entre los mismos, modular su fuerza normativa según grupos personales. El contenido de la ley —de sus mandatos concretos— quedaría, de este modo, inafectado por la regla de la igualdad. Al margen la interdicción constitucional expresa de ciertos criterios de diversificación, el legislador no podría ser fiscalizado en su obra diferenciadora, ni podría hacerse valer frente al mismo barrera alguna de «racionalidad», «proporcionalidad», etc., cánones todos ellos descalificados, de principio, como meros puntos de vista acerca de «lo justo». El único control posible del contenido de la ley, a partir de estas

(24) Carlo ESPOSITO: *La Costituzione italiana. Saggi*, Padua, 1954, pp. 25 y ss.; Claudio ROSSANO, *ob. cit.*, pp. 346 y ss.



posiciones, es el que podría ejercerse para el caso de que aquella tuviese efectivamente como objeto de normación la regulación de su propia fuerza, de su eficacia típica, supuesto en el que nos hallaríamos ante una «normación sobre la normación». En todos los demás casos se contaría con la pretendida certeza —éste es el interés sedicentemente servido— que da la sola limitación de las normas de ley desde el punto de vista de su eficacia. Por decirlo con las palabras de ESPOSITO (25):

«... la disposición según la cual los ciudadanos son iguales ante la ley no puede significar, según una interpretación literal y sistemática, que, en general, el contenido de las leyes deba ser idéntico o conforme a justicia para todos los ciudadanos, pudiendo sólo entenderse en el sentido de que la potestad de la ley es igual, idéntica, para todos, de modo que no hay en Italia príncipe o súbdito libre de la ley y nadie queda ya sometido a potestad legislativa distinta de la que afecta a los demás ciudadanos. No hay, pues, "personalidad" de la ley, ni pluralidad de ordenamientos en correspondencia con las diversas categorías de sujetos.»

ROSSANO ha intentado precisar, suscribiéndolos, estos planteamientos: se viola el principio de igualdad ante la ley por la ley misma cuando ésta se vincula a «datos o presupuestos extraños, considerados apriorísticamente válidos» para diversificar su eficacia (26). Cuando la ley, en una palabra, hace quebrar la unidad del ordenamiento, sustrayendo a la fuerza conformadora de éste categorías de sujetos en sí mismas, al margen de todo criterio material u objetivo (propone, entre otros, el ejemplo de una norma entronizadora de una jurisdicción especial para una categoría determinada de personas y al margen de toda limitación objetiva de su ámbito). Esta igualdad «formal» —en la fuerza y, sólo en los casos señalados, en el contenido de la ley— puede hacerse valer, así, tanto en el proceso de creación como en el de aplicación del Derecho, pero escinde inevitablemente la unidad normativa de los preceptos que, en las modernas constituciones, garantizan la igualdad jurídica: de una parte estaría la regla genérica que enuncia la igualdad de todos ante la ley; de otra, con un alcance normativo diferente, las advertencias constitucionales respecto del empleo de criterios específicos para la diferenciación normativa, normas ya sí dirigidas, aunque «excepcionalmente», a limitar esta última función.

Esta construcción, valiosa en su impulso inicial de encauzar la igualdad ante la ley en términos jurídicos, huyendo del iusnaturalismo, no queda libre, sin embargo, de importantes objeciones. Pese a su fidelidad histórica a las tesis liberales —o quizás por ello mismo— resulta difícilmente sostenible

(25) *Ob. cit.*, p. 30.

(26) *Ob. cit.*, p. 347.

entre nosotros esta pretendida y tajante distinción entre eficacia y contenido de las normas a la luz del principio de igualdad. No se trata ya sólo, pues, con ser ésta una crítica razonable, de atender a la observación de PALADIN, según la cual no en todos los casos la diversificación en la eficacia de las leyes habrá de considerarse constitucionalmente ilegítima (27). Lo que permite cuestionar más genéricamente a estos planteamientos es su anacronismo, su pretensión de mantener en un todo, desde unos sistemas constitucionales radicalmente transformados, el entendimiento liberal acerca de la igualdad jurídica.

En efecto, la formulación arquetípica de la igualdad ante la ley en el primer constitucionalismo liberal suponía, según se apuntó más arriba, la interdicción del privilegio por vía de lo que gráficamente llama CERRI la «fungibilidad abstracta de todo ciudadano» (28). Intimamente ligada a la idea de la soberanía, a la exigencia de unidad del ordenamiento y al principio mismo de legalidad, la igualdad jurídica buscaba trascender los vínculos «naturales» o «históricos» que marcaban el mosaico señorial de las inmunidades ante el Derecho. La ley no regularía igual a todos en todas las relaciones, pero sí representaría ya una energía jurídica disponible para entrar en cualquier ámbito, en principio, y ante la cual todos serían igualmente ciudadanos. Ahora bien, esta misma eficacia de la ley —del ordenamiento, mejor— en nada garantizaba —como efectivamente se demostró en la práctica— que los privilegios no reapareciesen en el propio contenido de las normas jurídicas, en el terreno de la diferenciación entre regímenes jurídicos. La sola garantía aquí era de tipo fideísta: la razón se abriría paso a través de los legisladores mediante el debate parlamentario y quedaría manifiesta en los rasgos sustantivos de la ley (generalidad, abstracción, etc.). Como hubo ya ocasión de señalar, la historia contemporánea de la igualdad jurídica parte, precisamente, de la quiebra de estas últimas certezas y de la consiguiente necesidad de llevar la interdicción de la discriminación hasta el contenido mismo de las reglas jurídicas, afectando así, incluso mediante interdicciones concretas de discriminación, a la autonomía incondicionada del legislador. Esta secuencia histórica en la que la igualdad material, en el contenido de la ley, sucede y se confunde finalmente con la igualdad en la eficacia de las normas queda patente, por lo demás, en la misma disposición textual de algunos documentos constitucionales: todavía la Constitución Española de 1931 recogía en dos preceptos bien diferenciados (arts. 2 y 25) las normas —igualdad de todos ante la ley y limitación de diferenciaciones concretas— que hoy se integran en nuestro artículo 14.

A mi juicio, la crítica a los planteamientos de ESPOSITO y ROSSANO, entre otros, reside aquí, en el no haber tenido en cuenta a la hora de interpretar la

(27) *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, en *Riv. trim. dir. Pubbl.*, año XII, 4, 1962, p. 928.

(28) *Ob. cit.*, p. 7.

igualdad ante la ley el significado del proceso histórico que se acaba de mencionar y en el haber absolutizado un distingo entre fuerza y contenido de la ley que, por lo que afecta al principio de igualdad, tenía sólo un significado *político*, no jurídico. Aquella distinción, en efecto, buscaba sólo salvaguardar la libertad de un legislador del que no se desconfiaba, pero no descansaba, en rigor, en ninguna diferencia sustantiva: ¿en virtud de qué restringir el concepto de discriminación al solo supuesto de la quiebra de la identidad de eficacia y por qué no aplicarlo a los casos en que se altere arbitrariamente la unidad de régimen jurídico entre los ciudadanos?; ¿no estamos, tanto en un caso como en otro, ante «privilegios», ante normas que, con mayor o menor claridad, directa o indirectamente, no logran persuadirnos de su fundamentación racional? La única explicación —ya que no justificación— ante estas cuestiones desde las tesis criticadas tendría que reducirse, hoy, al mero intento por seguir preservando un ámbito sustraído al control de constitucionalidad en la obra del legislador. Y es que, relativizadas las garantías políticas que un día pudieron fundamentar esta distinción y reconocido el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no hay motivo aparente para seguir deteniendo en la frontera del contenido de las normas de ley un control que en definitiva es siempre, con unas u otras palabras, de razonabilidad. Incluso en supuestos aparentemente claros —el de las prerrogativas parlamentarias, por ejemplo (29)— la distinción es sumamente aleatoria, sin que sea fácil, en el análisis de preceptos concretos (y a salvo casos límite, como el de la irresponsabilidad reia: art. 56.3 de la CE), aislar la diversificación en la eficacia de las normas de la que se afirma en su mismo contenido. En todo caso, es el control sobre las diferenciaciones en la ley, en su conjunto, el que reclama el artículo 14 de la CE y sobre esta base se proponen las consideraciones que siguen:

### 3. El «trato igual de los iguales»

Hasta ahora, el alcance del principio de igualdad se ha venido ciñendo, sin más precisiones, a la necesaria fundamentación jurídica de las diversificaciones normativas. En tal sentido, la regla incorporada en el artículo 14 limita la potestad legislativa del Estado y de las Comunidades Autónomas en la medida misma en que limita, imponiendo exigencias de «razonabilidad», la determinación por el legislador del elemento subjetivo del supuesto de hecho de sus normas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 75/1983, de 3 de agosto, ante situaciones de igualdad «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades».

(29) Sobre el tema, cfr., en general, R. PUNSET BLANCO: *Sobre la extensión del ámbito personal de las prerrogativas parlamentarias*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1981, en especial pp. 106 y ss.

El problema, como se sabe, es justamente éste: cómo determinar cuándo estamos ante una «situación de igualdad». Para el Derecho —ya se apuntó— la fórmula del «trato igual de los iguales» (con su correlato «obligado» en la diferenciación necesaria entre situaciones diversas) no dice apenas nada, delata sólo nuestro problema. Ciertamente que nuestro Tribunal Constitucional, como otros órganos similares en ordenamientos extranjeros, invoca con frecuencia este arquetipo ideal (30) a la hora de emplazar un juicio sobre la igualdad, pero ello no debe ofuscar sobre los métodos concretos a partir de los que se indaga acerca de la eventual quiebra del artículo 14, métodos y razonamientos que, como veremos, suponen ya una interpelación precisa —o más precisa, al menos— a la norma jurídica cuestionada, sometiéndola, de acuerdo a distintas pautas, a la prueba de su razonabilidad. Porque, tras la repetida advertencia de que igualdad no es identidad y de que la primera se producirá sólo a partir de la homogeneidad de ciertos criterios o elementos entre dos o más situaciones humanas, está la constatación, no menos evidente, de que, como recuerda AGRO (31), el legislador, actúe o no legítimamente, diferencia siempre entre lo que es (fácticamente) distinto, so pena de que la norma que haya creado resulte, en cuanto tal norma diferenciadora, inaplicable. La cuestión jurídica, así, no es la de buscar *in rerum natura* diferencias o afinidades, sino, de acuerdo con STARCK (32), la de «encontrar relevancias racionales con las que pueda enlazar la regulación legal». La igualdad que reclama el ordenamiento se resuelve, de este modo, en la exigencia de no diferenciar —in razón suficiente— no discriminar— entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quien hace la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas.

Una disposición jurídica —o varias, coincidentemente— introduce una diversificación de régimen jurídico entre dos individuos o grupos de individuos. Lo hace, como es claro, valiéndose de uno o más puntos de conexión para diferenciar entre situaciones que se consideran distintas. ¿Cómo juzgar de la corrección de esta opción legislativa?; ¿cómo apreciar si la diferenciación fáctica es también —como debe ser— una diferenciación conforme a Derecho? Quizá la alternativa más manifiesta que se presenta aquí —y sobre la que van a girar las consideraciones que siguen— es la que lleva a diferenciar entre una posible determinación *inmediata* por parte del juzgador de la relevancia de los criterios diversificadores y otra opción —más limitada, en principio— de acuerdo con la cual tal determinación se alcanzaría sólo *mediatamente*, a partir de un valor previo (causa o fin de la diferenciación misma) asumido por el propio legislador. Con terminología variable —control trascendente e inmanente, control externo o interno, como prefiere decir

(30) La alusión es recurrente: cfr., entre otras, sentencias 8/1982, de 4 de marzo; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero, y 46/1983, de 27 de mayo.

(31) *Il principio di eguaglianza formale*, en *Commentario della Costituzione*, dir. por G. BRANCA, Bolonia, 1975, p. 137.

(32) *Ob. cit.*, p. 317.

ZAGREBELSKY (33)—, la dualidad de procedimientos parece inicialmente clara y también la distinta incidencia de una y otra vía en el reconocimiento al legislador de lo que llama el Tribunal Constitucional Federal alemán una «prerrogativa de estimación» (34) en la opción política primaria para la configuración de un modo u otro de las situaciones jurídicas.

La primera orientación doctrinal y jurisprudencial a que se ha hecho referencia podría resumirse del siguiente modo: búsqueda de la *ratio* de la diferenciación en la comparación directa entre supuestos de hecho, en la compulsa de sus rasgos de identidad y diferencia para calibrar, a partir de ellos, la subsistencia o no de la igualdad controvertida. Es la conciencia jurídica del intérprete la que actúa aquí, en definitiva, como canon de resolución del conflicto en que se concreta todo litigio acerca de la igualdad, concluyendo en la trascendencia o no de los elementos adoptados para diferenciar, en su virtualidad para transformar o no en situaciones jurídicamente distintas las que se traen a la comparación. Como señalara ya ALDAG a partir de la práctica jurisprudencial suiza, la igualdad entre supuestos de hecho subsistiría en tanto que no se advirtiese un rasgo diferenciador de la suficiente relevancia para fundamentar la diversidad de trato (35).

Tal relevancia, sin embargo, se aprecia aquí sin mediación alguna, cotejando directamente las situaciones jurídicamente singularizadas. En la doctrina italiana, PALADIN y CERRI —aún con planteamientos en parte diferentes— coinciden en este modo de abordar el problema. Para el primero, la aplicación del principio de igualdad obliga siempre a «constatar la justificación o no justificación esencial de una ley especial, considerándola, precisamente, en razón de las excepciones que la misma opera en la regulación general. Se trata, en otros términos, de aclarar si el objeto de la primera norma recibe (...) una regulación proporcionada a aquello que le distingue» (36). Y esta búsqueda de la esencialidad del elemento diferenciador entre situaciones de hecho se presenta con mayor rotundidad en la obra de CERRI. Para éste, la regla de la igualdad termina confundándose con el procedimiento analógico: se tratará, pues, de apreciar si en los casos diferenciados por la norma subsisten, pese a todo, elementos de homogeneidad bastantes y de la suficiente entidad como para requerir una equiparación normativa, imponiendo, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que los haya diferenciado. La *ratio* de las normas diferenciadoras la busca este autor en la existencia de «diversidades en los supuestos de hecho que sean idóneas

(33) *Corte Costituzionale e principio d'eguaglianza*, en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, ob. cit., pp. 108 y ss.

(34) Sobre el concepto de *Einschätzungsprerogative*, cfr. Hans-Peter SCHNEIDER: *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, p. 51.

(35) *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, Berlin, 1925 (cit. por C. ROSSANO, p. 176).

(36) *Considerazioni...*, ob. cit., p. 961.

para fundarlas», por lo cual «el principio de igualdad exige, en definitiva, que toda diferenciación normativa se base en un motivo congruente con la realidad, no común a otros supuestos regulados diversamente» (37).

Ahora bien, este procedimiento de interpretación que se basa en la determinación, sobre los supuestos de hecho mismos, de su igualdad o desigualdad a partir de la diferente significación de sus elementos comunes y disimiles no escapa a los riesgos del subjetivismo, acaso inevitables, en parte, siempre que se trate de la igualdad, pero aquí especialmente manifiestos. Así, desde los planteamientos de CERRI, por ejemplo, quizá podría llegarse a la convicción personal de que la diferenciación normativa es improcedente y de que la categoría excluida posee, en contra de lo dispuesto por el legislador, una *ratio idéntica a la de la norma* «general», pero tal conclusión —si se obtiene por la sola y simple comparación entre supuestos— pasa por alto que la norma de exclusión tiene también (o puede tener, esto es lo que hay que averiguar) su propia *ratio*, es decir, su propia concepción acerca de la relación entre un cierto rasgo (el adoptado por el legislador para diferenciar) y un fin o causa que opere como fundamento de la diferenciación misma. Es obligado juzgar de estos elementos de la norma diferenciadora cuando se discuta su constitucionalidad *ex* artículo 14, pero no es un canon suficientemente objetivo para ello la conciencia jurídica del juzgador. Y no parece que valga tampoco el parangón con el procedimiento analógico. Al margen de que ya desde hace tiempo la dogmática reconoce todo lo que tiene de creación jurídica este método de integración del ordenamiento (38), lo sustantivo es que el razonamiento analógico sirve, sí, para colmar lagunas, pero no para contrariar, por sí solo, las definiciones normativas. Con la analogía podremos determinar una «identidad de razón» (art. 4.1 Código Civil) entre un supuesto no regulado y otro que sí es objeto de regulación, pero aquí no estamos, en rigor, ante un defecto de reglamentación, sino ante una reglamentación distinta, sobre cuya eventual *ratio* no podrá pasarse, sin más, invocando meramente un argumento de necesaria «conformidad a los hechos» de las previsiones del legislador.

Lo anterior puede ser indicativo en orden a subrayar los límites de la comparación para resolver los problemas en que la igualdad aparezca implicada. Y es que puede defenderse, de acuerdo con la segunda de las orientaciones más arriba aludidas, que el juicio de igualdad, en su integridad, no se solventa mediante la sola comparación entre los perfiles subjetivos de las situaciones jurídicamente diferenciadas. Hay una ocasión para la comparación en este juicio, como se señalará, pero hay también algo más, que escapa ya al estricto cálculo relacional entre supuestos: la pregunta por la causa o

(37) *Ob. cit.*, p. 104, *cfr.*, del mismo autor, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, en *Giurisprudenza costituzionale*, año XVI, 1971, 2, pp. 973 y ss.

(38) *Cfr.*, por todos, J. L. VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, pp. 197 y ss.

fin de la diferenciación misma (39) y la comprobación de si se conforma o no con ella el criterio diversificador instrumentado por la ley. De este modo se da entrada en la interpretación de los litigios en torno a la igualdad a un dato no suficientemente destacado por las tesis anteriores y necesario para seguir reconociendo, en estos casos, el lugar respectivo de la legislación y de la jurisdicción. Al control jurisdiccional, en efecto, le corresponde determinar si existe un fundamento legítimo —el que sea— para la diferenciación introducida y si tal fundamento no ha visto alterada su consistencia lógica a la hora de trazar, en virtud del criterio escogido, las fronteras entre grupos personales. Lo que haría el juzgador en este caso no es tanto sobreponerse al legislador determinando por sí igualdades o diferencias entre supuestos cuanto partir del valor asumido por quien hace la ley y velar porque la articulación del mismo en una opción normativa determinada no se haga en términos arbitrarios, discriminatorios. Existe, entonces, un criterio objetivo para apreciar la relevancia o irrelevancia de los elementos diferenciadores distinto al de su ponderación fáctica que viene dado, precisamente, por la correspondencia de estos criterios con el objetivo que pretende alcanzarse mediante la disposición cuestionada.

Dicho en otras palabras: de acuerdo con esta orientación, el juzgador no apreciará tanto la «igualdad» o «diferencia» entre situaciones por vía de la comparación cuanto si la diferenciación jurídica en concreto impugnada es legítima. O, más claramente aún: si la diferencia *existe*, si los supuestos son diferentes. Claro que lo serán siempre en su dimensión fáctica y precisamente porque el legislador se ha podido fijar en un criterio diferencial, pero lo que se trata ahora de ver es si tal diferencia de hecho es también —esto es, lo sustantivo— una diferencia de derecho, es decir, si resulta *pertinente* la diversificación a la luz de su fundamento normativo en cada caso. Si la respuesta es positiva, si existe ese fundamento legítimo coherentemente plasmado en la delimitación de grupos personales, los supuestos inicialmente traídos a la comparación resultan también, pese a cualesquiera otros elementos en común, jurídicamente diferentes.

Es cierto que ésta sigue siendo una vía nada lineal y compleja pero, cuando menos, se consigue con ella el que los casos de igualdad ante la ley queden emplazados en su terreno propio: el del debate jurídico con los fundamentos que puedan reclamar para sí las determinaciones del legislador. Y se evitan también, según creo, ciertas posibles derivaciones improcedentes del parámetro antes comentado en orden, sobre todo, a la presunta exigencia de un trato «diferente para las situaciones distintas». No se va a entrar ahora en esta aparente segunda dimensión de la regla de la igualdad, pero sí debe indicarse que la particularización y segmentación de las situaciones jurídicas a que la misma podría llevar —en contradicción, por lo demás, con la

(39) Sobre el empleo de las nociones de «causa» y de «fin»; cfr. el espléndido escrito de Francesco CARNELUTTI: *Il diritto come antistoria?*, recogido en *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, I, pp. 375 y ss., Padua, 1957.

abstracción que es elemento frecuente del lenguaje jurídico— resulta propiciada por un tipo de razonamiento que, como el antes aludido, se proyecta sólo sobre la comparación entre situaciones de hecho (40).

Las líneas básicas del enjuiciamiento a que se acaba de aludir no tienen nada de radicalmente novedoso, pero convenía recordarlas. En definitiva, esta apelación al fundamento de la diferenciación y a sus consecuencias jurídicas es el eje del control de arbitrariedad que propuso ya LEIBHOLZ en el período de entreguerras (41) y que ha sido asumido posteriormente, con diferencias no desdeñables, por un buen número de autores, de entre los que cabe destacar a SANDULLI, en la doctrina italiana, por su meritoria labor de clarificación en este punto entre los distintos parámetros manejables, de principio, para el control de la ley a partir de la regla de igualdad jurídica. Es también esta orientación, a mi juicio, la que, bajo una diversidad de invocaciones formales y desde un fondo polémico no enteramente acallado, constituye la línea argumental básica en la doctrina del Tribunal Constitucional español.

En efecto, lo que busca el Tribunal, en una fórmula recurrente en su jurisprudencia, es el determinar si la diferencia «está desprovista de una justificación objetiva y razonable», lo que «debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (sentencia de 2 de julio de 1981, en cuestión de inconstitucionalidad 223/1981, ponente: Begué Cantón). Esta casi cláusula de estilo no deja de plantear algunos problemas (en particular, como se indicará, acerca del ámbito propio al control sobre «los efectos») pero, en términos generales, le

(40) Estos casos de «discriminación por indiscriminación» sólo tendrían relevancia jurídica, a partir del artículo 14 de la CE, cuando entre los destinatarios de la norma se incluyan sujetos que no cuenten en absoluto, entre sus condiciones personales, con el elemento o elementos al que lógicamente deben ligarse las consecuencias jurídicas imputadas, a partir de una interpretación teleológica de la norma. Esta es una de las connotaciones que incorpora, por ejemplo, el principio de «capacidad económica», junto al de «igualdad», en el artículo 31.1 de la CE (sobre el mismo, cfr. STC de 20 de julio de 1981, ponente: Fernández Viagas, en recurso de inconstitucionalidad 38/1981). Cuestión diferente es la de que, a partir de la igualdad sustancial del artículo 9.2, de la CE y de la «conexión social» que este precepto impone, el legislador pueda verse obligado a diferenciar entre los ciudadanos cuando, de no hacerlo, se produzca la ablación *material* de la situación jurídica subjetiva atribuida. No hay aquí posibilidad de profundizar en este tema, si bien deben rechazarse las interpretaciones que pretenden reconocer, implícitamente, en este artículo 9.2, una nueva manifestación de la regla del «trato igual de los iguales», como máxima de «justicia material». Las invocaciones, *sin más precisiones*, a la «igualdad de hecho» a propósito del artículo 14 o del artículo 9.2, siguen siendo formulaciones jurídicamente vacías; cfr., por ejemplo: «... toda norma que rompa situaciones de igualdad preexistentes o que establezca tratamientos diferenciados que no respondan al objetivo último de promover la igualdad, deberá ser considerada *arbitraria*, y será precisamente en base a este dato cuando el Tribunal Constitucional podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma» (E. LEJAUNE VALCARCEL: *Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria*, en *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*, Madrid, 1980, p. 142).

(41) *Ob. cit.*, pp. 45 y ss.



sirve adecuadamente al Tribunal para plantear las preguntas obligadas en este punto: si existe o no un fundamento en la disposición impugnada para la diferenciación y si los efectos de ésta son también razonables en cuanto al criterio escogido y a la consiguiente delimitación entre grupos personales, cuestiones, una y otra, que deben suscitarse secuencialmente. Es así, por no citar sino algunos casos, como se ha determinado que el objetivo que es el pleno empleo puede, dadas ciertas circunstancias, legitimar el criterio diferenciador de la edad con vistas a acceder a una relación laboral e imponiendo, por ello, la jubilación forzosa (sentencia de 2 de julio de 1981, en cuestión de inconstitucionalidad 223/1980) (42); que el intento de hacer frente a ciertas corruptelas eventuales no legitima, por sí solo, el diferenciar entre los derechos pasivos del funcionario que se haya jubilado voluntariamente y acceda después, de nuevo, al servicio activo y los de aquel otro que se haya mantenido en éste sin solución de continuidad (sentencia de 10 de noviembre de 1981, en cuestión de inconstitucionalidad 48/1981); que no existe fundamento, tampoco, para diferenciar entre funcionarios civiles y militares en orden a la determinación de sus respectivos haberes embargables (sentencia 54/1983, de 21 de junio, ponente: Latorre Segura) o que sí lo hay —en mérito al mejor servicio de la Administración, entre otras consideraciones— para imponer condiciones adicionales al funcionario de Administración local que pretenda acceder a un empleo en un municipio con problemas tan específicos como el de Barcelona (sentencia 75/1983, de 3 de agosto, ponente: Escudero del Corral). En todas estas decisiones el curso lógico del razonamiento del Tribunal es, en lo fundamental, el expuesto: se interpreta, en primer lugar, la ley con vistas a apreciar en ella un posible fundamento racional para la diversificación y se plantea ulteriormente la pregunta de si resulta ajustado a tal fundamento el criterio o punto de conexión empleado.

Claro que este hilo conductor no se presenta siempre con la misma nitidez ni queda tampoco libre de ciertas objeciones en el seno del propio Tribunal, como en ciertos casos patentizan los votos particulares. En el primer sentido cabe citar la no infrecuente invocación que en la fundamentación de los fallos se hace a una «suficiente justificación de la diferencia» que aparezca «como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (sentencia 49/1982, de 14 de julio, ponente: Díez Picazo, entre otras), fórmula ésta acaso innecesariamente ambigua y que parece llevar al problema de la fundamentación «positiva» de la causa de la diferenciación, sobre el que se dirá algo más adelante. En otro orden de ideas, la redacción de algunos votos particulares permite contrastar los matices sobre el entendimiento del principio de igualdad en el seno del mismo Tribunal Constitucional. Esto último se destaca con cierta claridad —a propósito de la dualidad de vías argumentales que se ha considerado— en sendos votos particulares del magistrado Díez Picazo a las sentencias de

(42) Sin perjuicio de que, en este caso, el Tribunal haya dictado una sentencia interpretativa estimatoria. Sobre este fallo, véase *infra*, epígrafe III.5.

10 de noviembre de 1981, ya citada, y de 22 de diciembre de 1981 (en recurso de inconstitucionalidad 221/1981, ponente: Gómez Ferrer, el voto particular a esta última sentencia suscrito también por el magistrado Díez de Velasco). Tanto en uno como en otro texto, en efecto, se perfila una visión del juego del principio de igualdad más próxima a la primera de las tesis comentadas que a la que se acaba de señalar como prevalente en la jurisprudencia del Tribunal. La conclusión del juicio descansa, así, sobre la sola comparación entre supuestos, sin aparente referencia decisiva a la propia *ratio* diferenciadora que pueda estar incorporada en la norma de ley. Esto resulta más claro aún en el voto particular suscrito con ocasión de la segunda sentencia. En este caso, el motivo de la disidencia está en que quienes formulan el voto particular no encuentran —sin entrar en la congruencia con el fin de la ley del criterio diferenciador— una situación de hecho «comparable a la que es objeto de regulación por la disposición cuestionada (43):

Ahora bien, si puede sostenerse que el juicio de igualdad no se agota en la comparación no cabe ignorar, sin embargo, el papel que a ésta corresponde en su planteamiento correcto. Este juicio, en efecto, parte de la diferenciación entre supuestos y, por lo mismo, tiene su presupuesto lógico en la adecuada identificación de las situaciones cuya diversificación jurídica se cuestiona. Y es que no basta con invocar un elemento común entre supuestos, cualquiera que éste sea, para admitir que estamos ante un auténtico problema de igualdad ante la ley; en las relaciones humanas, tal punto de conexión uniforme no será difícil de hallar en todo caso, pero ello no obliga a universalizar y desdibujar la interrelación típica sobre la que la igualdad se proyecta. Será así necesario, para reconocer la subsistencia, al menos, de un problema de igualdad jurídica, que el elemento común invocado para requerir un trato uniforme sea *significativo* en algún modo para hacer comparables dos situaciones de hecho. No valdrá, pues, cualquier elemento y sí sólo aquel que permita abrigar dudas razonables acerca de la legitimidad de la diferenciación. Esto es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 59/1982, de 28 de julio (ponente: Escudero del Corral) (44):

(43) Se trata, en efecto, del voto particular a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley de la Generalidad de Cataluña 3/1981, de 22 de abril, que imponen al personal técnico de bibliotecas una titulación específica en la «Escuela de Bibliología» de Barcelona. Los magistrados disidentes de la mayoría consideran que «para que exista desigualdad y eventualmente discriminación entre aquellos que hayan realizado estudios en la Escuela de Bibliología de Barcelona y otros con estudios equivalentes en otros lugares de España faltan los términos de comparación, dado que no hay diplomados en Biblioteconomía por el momento». Frente a esta argumentación aparentemente incuestionable cabe objetar, sin embargo, que la comparación de la que necesariamente parte el juicio de igualdad no en todo caso tendrá que darse entre situaciones concretas y actuales, siendo también posible la discriminación *potencial* (en el momento en que se juzgue de la misma) cuando, como en este caso, el criterio escogido para diferenciar entre ciudadanos no se compadece, por su innecesaria concreción, con el fin de la norma. Este último examen, acerca de la pertinencia del punto de conexión, no parece darse, sin embargo, en el texto del voto particular.

(44) Sobre esta cuestión, véanse las consideraciones de Ignacio de OTTO: *Tribunal Constitu-*

«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 igualitario puede ser sancionada directamente por la Constitución (...), arrancar de la ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del derecho...»

Este paso inicial en el planteamiento de una duda de constitucionalidad a partir del artículo 14 resulta obligado, aunque no cabe desconocer que tiene aquí un peso decisivo el margen de apreciación propio del órgano de la jurisdicción constitucional. El comparar preliminarmente unas situaciones y no otras dependerá, en definitiva, de la incidencia que en cada caso se atribuya al elemento común invocado como medio para la eventual homologación entre categorías y grupos personales. Debe decirse que no basta, para descartar la posibilidad de comparación, el que la propia ley adjetive como «especial» la relación normada (45), pues es justamente la procedencia de tal

*cional y principio de igualdad*, texto de la conferencia pronunciada en el seminario sobre el «Tribunal Constitucional y Estado democrático», celebrado en la Universidad Internacional «Menéndez Pelayo» del 11 al 15 de julio de 1983. Esta relevancia jurídica previa de la diferenciación por relación al artículo 14 es lo que falta, precisamente, en todos los casos en los que se pone en relación la regla de la igualdad jurídica y el principio de autonomía. En el caso del Estado de las Autonomías, específicamente, debe reconocerse que la igualdad jurídica (art. 14) carece de eficacia inmediata en el ámbito interterritorial (no así en el plano intraterritorial, desde luego: cfr., específicamente, el artículo 139.1 de la CE y las normas que en diversos Estatutos de autonomía proscriben discriminaciones específicas, como en los artículos 5.4 del Estatuto para Galicia, 7.3 del de la Comunidad Valenciana y 6.3 del Estatuto del País Vasco: «Nadie podrá ser discriminado en razón de la lengua»). Las diferencias constatables a partir de situaciones normadas por fuentes autónomas no pueden ser comparadas, en efecto, desde el mandato que impone el artículo 14. En estos casos, en rigor, no se produce diversificación alguna por la fuente en cuestión, que no hace sino imputar consecuencias jurídicas a quienes son —sólo ellos— sus destinatarios. Lo que no significa, obviamente, que la norma de que se trate no pueda ser enjuiciada a partir de otros parámetros constitucionales (por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.1, que cobra así todo su sentido de norma introductora de un límite básico a las virtualidades diferenciadoras del principio de autonomía; sobre este precepto constitucional, véase la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981, ponente: Rubio Llorente, en recurso de inconstitucionalidad 814/1981; véase también J. L. CARRO: *Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 de la Constitución*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, 1, pp. 133 y ss.).

(45) Así, por ejemplo, la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, en la que se resuelve una cuestión de constitucionalidad suscitada a propósito del artículo 28.2, b), del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, por el que se aprobó la Ley especial para el municipio de Barcelona. En conclusión inobjetable, el Tribunal desestima la duda de inconstitucionalidad respecto de la norma que requiere condiciones específicas a los funcionarios que pretendan determinado empleo en el Ayuntamiento de Barcelona, pero de modo equivoco, e innecesario para la fundamentación del fallo, introduce un razonamiento acerca de la supuesta justificación de la norma diferenciadora por su misma «especialidad». Con ello parece que se predica de una fuente estatal una inafectación por la igualdad ante la Ley que sólo sería sostenible, con las condiciones señaladas en la nota anterior, frente a las fuentes fruto de la autonomía.

especialidad la que puede quedar controvertida y conviene indicar, también, que, como es obvio, según cual sea el planteamiento de la comparación aquí —entre situaciones y entre normas— será también diferente el alcance de la decisión jurisdiccional. Cabe reseñar, a este propósito, el voto particular del magistrado Rubio Llorente a la citada sentencia de 10 de noviembre de 1981 en el que lo que se cuestiona es, precisamente, cuáles sean las categorías a poner en relación para apreciar la legitimidad de una diferenciación normativa (46).

Conviene reparar, por último, en que si el juicio de igualdad se alza sobre, al menos, una dualidad de situaciones fácticas, también implica, necesariamente, una dualidad de normas jurídicas (aunque no siempre una dualidad de disposiciones, de preceptos formales) en las que se concrete, en definitiva, la diferencia de trato. Correctamente viene hablando así PALADIN de la «estructura trimembre» del juicio de igualdad (47), en el que aparecerán involucradas dos normas, disponiendo regulaciones diversas, y el mismo precepto constitucional en el que se consagra la igualdad jurídica. Ahora bien, sobre esta peculiar estructura son necesarias algunas precisiones:

a) En primer lugar que, frente a lo que sostiene una opinión extendida, la dualidad de normas aludida no siempre ni necesariamente habrá de presentarse como relación precepto general *versus* precepto especial (excepcional, en rigor). Ello es así no sólo porque la «generalidad» siga siendo valor relativo, de tal modo que la misma norma «general» pueda reconocerse, a su vez, como especie de un género más amplio. Al margen de esta consideración, se impone la de que pueden plantearse dudas de constitucionalidad a propósito de una diferenciación en la que los términos normativos no se encuentren en esta relación de generalidad-especialidad (como ocurre, por ejemplo, en todos los casos en los que el criterio diferenciador es el sexo), así como la advertencia de que es perfectamente posible identificar un problema de igualdad a partir de una sola disposición que, sin relacionarse con otro precepto distinto (más general), excluya *a contrario* de su ámbito de aplicación a determinados sujetos.

b) En segundo lugar, que no debe confundirse el supuesto al que se acaba de aludir —exclusión de una categoría, por su no consideración, del ámbito de aplicación de un precepto jurídico— con lo que a veces se llama «inconstitucionalidad por omisión». Con esta expresión, en el Derecho español y en los que nos son más próximos, no puede aludirse a un vicio del acto, que es de lo que aquí se trata, sino, en todo caso, a un «vicio» de la función, constituido por no actuarse ésta, como sería debido, sobre un cierto objeto. Por el contrario, cuando se ha adoptado ya un cierto acto legislativo, las

(46) El primer paso en el juicio de igualdad viene dado así —como se destaca en este voto particular— por la «determinación precisa del precepto que origina la presunta desigualdad y una manera de llevarlo a efecto es la de contrarrestar tal precepto con la norma general, si la hay, respecto de la que se establece la diferencia...».

(47) L. PALADIN: *La Corte Costituzionale tra norma giuridica...*, ob. cit., pp. 139 y ss.

eventuales exclusiones del ámbito de la norma, si son relevantes, lo son por contraste con el principio de igualdad jurídica, es decir, porque, si se da el caso, la norma cuestionada haya restringido de modo discriminatorio su ámbito personal de aplicación. La confusión entre una y otra problemática es, por ejemplo, lo que subyace a alguno de los fundamentos aducidos por los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad 68/1982 contra el artículo 9.4 de la ley 48/1981, de 24 de diciembre («capellanes castrenses»), al señalar un defecto de regulación que, de contar con relevancia jurídica —lo que no se da en este caso (48)—, la tendría por contrariar al principio de igualdad. Ello debe decirse sin perjuicio de que, en determinados casos, la exclusión de una categoría personal del ámbito de aplicación de una norma puede, aun sin considerarse válida en cuanto tal diferenciación, resultar irreparable por vía jurisdiccional, al no ser posible que el Tribunal extienda, sin mayores matices, la regulación antes negada a los casos afectados. En tales supuestos, la declaración consiguiente del Tribunal sí podría dar lugar, en tanto no se colme por el legislador el vacío normativo considerado ilegítimo, a una situación de «inconstitucionalidad por omisión», de problemático control jurisdiccional en todo caso (49).

c) Por último, debe tenerse en cuenta que el juicio de igualdad se proyecta, más que sobre una norma singular, sobre una diferencia normativa, a cuya formación concurren, al menos, dos normas. Lo que eventualmente podría declararse inconstitucional es la diferencia en cuestión, pero ello podrá hacerse, en principio, restableciendo la igualdad violada o «promoviéndola», es decir, alcanzando la equiparación jurídica a partir de una u otra de las normaciones puestas en relación. En orden a tal opción no es en absoluto indiferente el propio orden de valores incorporado en la Constitución, como se cuida de advertir la sentencia 81/1982, de 21 de diciembre (ponente: Díez Picazo), en la que se invoca el artículo 9.2 de la CE para proceder a la «promoción» de la igualdad, una vez constatada la ilegitimidad de la norma que introducía un trato de favor en virtud del sexo. No puede ahora entrarse en toda la amplia problemática que despierta esta alternativa en orden al

(48) El recurso es desestimado por sentencia 24/1982, de 13 de mayo.

(49) Este es el problema que se afronta, por ejemplo, en la sentencia 63/1983, de 20 de julio (ponente: Arozamena Sierra), en recurso de amparo 500/1982. Sin perjuicio de que, en este caso, la pretensión deducida por los recurrentes planteaba específicos problemas de admisibilidad, se trata de contrastar con el artículo 14 de la CE la legislación de amnistía (Real Decreto 10/1976 y Ley 46/1977, básicamente), en cuanto a las diferencias de trato que la misma introdujo entre funcionarios civiles y militares. El Tribunal constata que unas y otras situaciones «... se presentan como afines y desde luego, desde la razón a que obedece la amnistía, como iguales, sin que el elemento "civil" o "militar" actúe como diferenciador a los fines y con el alcance que acabamos de indicar» (exclusión de la reintegración activa para los militares). No obstante, se añade correctamente: «La solución no puede venir ni por el camino de invalidar las normas ni por el de extender el régimen de los funcionarios civiles a los militares, porque, en esta extensión, faltaría la precisión del ámbito personal de los favorecidos por la norma y la definición de los efectos de la amnistía, de modo que sólo el legislador —desde la igualdad— podrá integrar el derecho que permita en cada caso la aplicación de la amnistía.»

modo de reparar una lesión de la igualdad jurídica, aunque sí debe decirse que está aquí implicada la debatida cuestión de las sentencias «adjuntivas» (50). Importa también tener en cuenta —porque ello puede tener incidencia en este punto— que cuando la diferencia de trato derive de un régimen jurídico diverso entre dos textos normativos, de los que uno implique excepción a la regla más amplia, la confrontación con el principio de igualdad ante la ley podrá hacerse —siempre dentro de los límites marcados por el *petitum*— a partir de una u otra de estas disposiciones. La sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, de 11 de julio (ponente: Gómez Ferrer), en la que se controvierte una cuestión de constitucionalidad acerca de los artículos 280 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un buen ejemplo en este sentido.

#### 4. La llamada «discrecionalidad» del legislador

Cuando, según se viene reseñando, el Tribunal Constitucional requiere, para fundamentar una diferenciación normativa entre sujetos, la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima, cabe la pregunta por lo que con esta exigencia se quiera dar a entender. El examen del fin de la diferenciación —del fin de la medida en que ésta se configura— plantea algunos problemas, a varios de los cuales se hará referencia en el epígrafe siguiente. De lo que se trata ahora es de aludir a una conocida problemática que en su presentación más amplia desborda las cuestiones específicas de la igualdad jurídica, aunque resulta también decisiva en este punto.

Si bien de la «discrecionalidad» del legislador —aplicando a la función de éste los límites y los vicios propios del acto administrativo— se habla ya, al menos, desde ROMANO (51), no cabe ignorar que la discusión en este punto se ha enfatizado durante las últimas décadas, como un signo más de la recurrentemente invocada «crisis de la ley». Es así muy sintomático que el acto que fuera antaño la máxima expresión de la soberanía haya sido objeto, últimamente, en su construcción doctrinal, de elaboraciones muy próximas a las forjadas para delimitar ese poder subordinado que es la Administración. En el horizonte jurídico y político de la igualdad ante la ley estas elaboraciones han tenido uno de sus campos más importantes de plasmación, por lo mismo que la igualdad se presenta —según se ha intentado destacar— como una de las categorías respecto de las que más difícil resulta trazar la frontera

(50) Sobre las que puede verse Alessandro PIZZORUSSO: *Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano*, en *El Tribunal Constitucional*, 1, Madrid, 1981, pp. 287 y ss. Con una postura mucho más crítica frente a estos fallos, cfr. Gustavo ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, pp. 162 y ss.

(51) Santi ROMANO: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), recogido hoy en la recopilación de sus escritos *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milán, 1969, pp. 149-150. Para toda esta materia es indispensable la consulta del trabajo de próxima publicación de Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ: *Desviación de poder y discrecionalidad del legislador*, a quien agradezco el haberme facilitado su conocimiento.

entre el juicio de legitimidad y el de oportunidad. MODUGNO —a quien se debe una de las aportaciones más incisivas en este punto— ha podido decir, así, que el juicio de igualdad comporta, inevitablemente, la reducción de la potestad legislativa a un mixto de autonomía y discrecionalidad (52).

En apariencia, cuando se habla de la «discrecionalidad» del legislador con relación al control de sus actos, según el principio de igualdad lo que se está haciendo es trasladar a la función legislativa la construcción de la «vinculación positiva» a una norma superior, según la elaboración que WINKLER propusiera tras décadas de debate acerca de la naturaleza de las potestades administrativas (53). De este modo, la regla de que no hay actuación posible sin habilitación normativa previa vendría a suponer, para el legislador, la imposibilidad de «excepcionar» el principio de igualdad introduciendo diferencias normativas entre los ciudadanos, a no ser que se contase para ello con un respaldo constitucional expreso, exigencia de fundamentación positiva que se proyectaría sobre el fin mismo procurado por la ley al introducir diferencias de régimen jurídico. Lo que en este sentido quiere sostenerse es que el legislador no podría establecer diferencias entre los ciudadanos que no quedasen justificadas por la pretensión de alcanzar un fin constitucionalmente relevante, un objetivo elevado al rango de bien constitucionalmente protegido. En defecto de tal justificación —sostienen, entre otros, AGRO y MODUGNO (54)— nos encontraríamos ante un vicio de la función legislativa —desviación o exceso de poder—, que se habría ejercido extravasando los cauces que la configuran como potestad discrecional.

No es posible ahora, manifiestamente, abordar en todas sus implicaciones esta problemática, aunque sí conviene examinar críticamente algunos aspectos de las tesis aludidas, tanto en su alcance general como en su relevancia para la comprensión concreta del principio sancionador de la igualdad jurídica. Y ello debe hacerse pese a la presunción —que no elimina todos los problemas, sin embargo— de que, por la frecuente elasticidad de los enunciados constitucionales, el deslinde entre juicio de conformidad y juicio de no contradicción puede hacerse aquí bastante más relativo que en el campo de la actuación administrativa.

Cuando se sostiene que «las opciones del legislador quedan vinculadas a la consecución del fin constitucional» (55) se está concibiendo claramente a la Constitución como un «programa» directa o indirectamente exhaustivo para la orientación política de la acción de los poderes públicos. Tal entendimiento de las relaciones entre Constitución y ley es susceptible de algunas ponderaciones. Pueden aceptarse, en efecto, las conclusiones de la *Stufenbau*

(52) Franco MODUGNO: *Corte Costituzionale e potere legislativo*, en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, dir. por P. BARILE, Bolonia, 1982, pp. 47-48.

(53) Cfr. Angel GARRORENA: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980, páginas 78 y ss.

(54) F. MODUGNO: *Vizi della legge*, en la *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milán, 1973, pp. 1034 y ss.; Antonio S. AGRO, *ob. cit.*, pp. 143 y ss.

(55) Temistocle MARTINES: *Diritto Costituzionale*, 2.ª ed., Milán, 1981, p. 596.

kelseniana y admitir, en consecuencia, que la ley es, en términos generales, «ejecución» de la Constitución y que, incuestionablemente, trae de ésta su fundamentación última, pero ello no obliga en absoluto a desconocer —como subrayara el propio Kelsen— la distinta graduación, todo lo relativa que se quiera, que por lo común se establece entre creación y aplicación del Derecho en los casos, respectivamente, de la ley y del reglamento. Y pueden darse también por buenas, preliminarmente, algunas construcciones contemporáneas que resaltan la existencia de leyes positivamente vinculadas a la Constitución en supuestos específicos, leyes que serían, en cada caso, expresión de una potestad discrecional en la medida en que no podrían adoptarse sino con vistas a la consecución de fines constitucionales o cuando concurren circunstancias habilitantes también constitucionalmente determinadas (56). Pero unas y otras consideraciones, aunque ciertamente alteran una arraigada imagen de la ley en la teoría clásica de las fuentes, no tienen que llevar necesariamente a la universalización del vicio de desviación de poder a propósito de la potestad legislativa ni, por lo tanto, a la reconstrucción de ésta como función «discrecional» en un sentido técnico-jurídico.

a) Existe, seguramente, una confusión conceptual en este punto de la que proceden algunas discutibles opiniones acerca de la función de la Constitución en el ordenamiento. En rigor, no es tarea de la Constitución enunciar *finés* para los actos jurídicos subordinados —para las leyes, en nuestro caso—, sino disponer, a través de su entramado normativo, *valores* inderogables por la acción de los poderes públicos. Pueden llamarse «finés» u «objetivos» a estos valores normativizados —sobre todo cuando reclaman una acción transformadora por parte del Estado: normas programáticas—, pero, en todo caso, no debe caerse en el equívoco conceptual y político tras la indistinción terminológica y situar a los mismos en una dimensión idéntica a la que ocupan los finés específicos por los que se adopta cotidianamente la legislación. En un caso, sin relativizar lo más mínimo la normatividad de los preceptos constitucionales, estamos ante la predisposición fundamental de objetivos finales para el Estado y los demás entes públicos; en el otro, cuando se indaga por el fin singular de una norma, nos situamos ante el contingente abanico de hipotéticas finalidades que puede perseguir el legislador, dentro del respeto a la Constitución. La norma de ley no podrá, obviamente, contrariar a ésta ni, más específicamente, situarse como un obstáculo para la consecución final de los objetivos dispuestos en la norma fundamental, pero esto es algo distinto a la exigencia de apoyaturas constitu-

(56) Acerca de la concepción relativa en Kelsen de la oposición -creación-aplicación del Derecho, cfr. su *Justiz und Verwaltung* y las consideraciones que allí se hacen respecto del «poder discrecional» implicado en el proceso de concreción del Derecho (*freie Ermessen*). Se cita por la edición italiana: *Il primato del Parlamento*, ed. de C. GERACI, Milán, 1982, pp. 144-145. Sobre la vinculación positiva a la Constitución de ciertos tipos de leyes a partir de lo dispuesto en la norma fundamental para supuestos determinados, cfr. Vezio CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*, 4.<sup>a</sup> ed., II, Padua, 1976, p. 342, y Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA, *ob. cit.*, p. 23.



cionales específicas para la normación y, en el caso que nos ocupa, para la diferenciación entre situaciones traídas a la comparación a partir del principio de igualdad.

b) Estas tesis no sólo alteran la función de la Constitución en el ordenamiento —llevándola a una ilusoria predeterminación de las opciones legislativas—, sino que desdibujan, también, la identidad de la potestad legislativa, configurada ya como función «especializada» en cuanto a sus fines. La relevancia que esto tiene en el plano de la política constitucional me parece clara, como patente es también la virtual desaparición de la «autonomía» del legislador, en el sentido que recibe esta expresión en la obra, por ejemplo, de RESCIGNO (57). No es claro, por lo demás, si tal pérdida de autonomía se hará siempre en mérito del más intenso respeto a la norma fundamental o si, por el contrario, podría redundar en la alteración de la propia configuración del proceso constitucional, incrementando inconvenientemente sus márgenes de incertidumbre por la misma elasticidad de las disposiciones jurídico-constitucionales. ¿Cómo determinar, en efecto, una vez que se constata la no contradicción de la Constitución por la ley, si el fin de ésta puede reconducirse, mediata o inmediatamente, a cualquiera de los enunciados con inevitable generalidad en la norma fundamental? Y es lo cierto que esta peculiar estructura de las disposiciones constitucionales puede, en hipótesis, operar tanto para «salvar» la legitimidad de la ley como, en sentido contrario, para confirmar la duda de constitucionalidad a partir de esta pretendida vinculación positiva. En este punto concreto, me parecen difícilmente admisibles algunas de las conclusiones de MODUGNO y AGRO a propósito del juicio de igualdad y según las cuales, aun cuando se reconociese la posibilidad de hallar un fin legislativo constitucionalmente fundado, seguiría siendo posible la declaración de inconstitucionalidad de la ley si en ésta se apreciase otros «motivos» carentes de tal apoyatura (58).

c) Ocurre, en definitiva, que se sigue asimilando el principio de igualdad ante la ley a un inexistente «principio de identidad». Sólo a partir de esta implícita consideración de la regla recogida en nuestro artículo 14 tiene sentido, en efecto, el reclamar habilitaciones expresas en la Constitución para diversificar entre supuestos que resulten inicialmente comparables. Las diferencias normativas no son, sin embargo, quiebras o rupturas de norma alguna que hubiese que defender a partir de la técnica de la ponderación entre bienes jurídicos. Lo que el artículo 14 proscribía no es, una vez más, la diferenciación de regímenes jurídicos, sino las diferencias discriminatorias, las que carezcan de un fin legítimo (no contradictorio con la Constitución) o

(57) Giuseppe U. RESCIGNO: *La responsabilità politica*. Milán, 1967, pp. 4 y ss. Cfr., también, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1981, quienes señalan expresamente que «no es trasladable (...) el mecanismo relación Ley-Reglamento y, más ampliamente, Ley-Administración, a la relación Constitución-Ley o Constitución-Parlamento» (p. 131).

(58) A. S. AGRO: *Ob. cit.*, p. 160, y F. MODUGNO: *Vizi della legge*, ob. cit., p. 1035.

las que, aun contando con él, delimiten de modo irrazonable el círculo personal de los afectados. Contra lo que a veces se afirma, la norma del artículo 14 no enuncia un «fin» (consistente en la homologación, en principio, entre situaciones comparables), sino una regla objetiva para el sistema jurídico, una regla para la producción de derechos y deberes que se resume en la imposición de imperativos de consistencia lógica en la normación.

Ante toda esta problemática, creo que no puede dejar de considerarse positivamente la posición del Tribunal Constitucional. Ya en el terreno de las declaraciones de principios en el fundamento de sus fallos, ha querido el Tribunal subrayar la posición del legislador —y la suya propia, por contraste—, aludiendo al mismo como al «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (sentencia de 8 de abril de 1981, en recurso de inconstitucionalidad 192/1980; ponente: Díez Picazo) o incluso —en fórmula interpretable solo *políticamente*, pero significativa— como «órgano legislador soberano» (sentencia 51/1982, de 19 de julio, ponente: Tomás y Valiente). Y, más allá de estas declaraciones genéricas, descendiendo ya a la identificación del concepto constitucional de ley y a la interpretación del artículo 14, existen también decisiones de notable trascendencia. En una de ellas (sentencia 35/1982, de 14 de junio, ya citada; ponente: Rubio Llorente) ha recordado el Tribunal la vigencia de una.

«... distinción clásica entre ley y reglamento (que) recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de su fuente, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita.»

La ley, sin duda alguna, ha de moverse en el marco de la Constitución, pero tal limitación —en la que se resume la máxima conquista del Estado de Derecho— no puede predicarse en términos tales que reproduzcamos en este campo el tipo de relaciones que median entre la ley misma y el reglamento, y es que «las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (sentencia de 8 de abril de 1981, ya citada).

Es muy reveladora para entender esta orientación del Tribunal —y para advertir, también, las diferentes posiciones en su seno sobre una cuestión polémica— la sentencia 75/1983, de 3 de agosto (ponente: Escudero del Corral), dictada ya específicamente en una controversia acerca de la igualdad jurídica. Otras consideraciones al margen, lo importante en este fallo para el asunto ahora tratado lo constituye el no haber acogido, precisamente, una interpretación (expresada en un voto particular) en la que se postulaba la ilegitimidad de la norma controvertida por carecer ésta de un fundamento

constitucional positivo a partir del que fuera posible hacer decaer la efectividad del principio recogido en el artículo 14 de la CE. La exigencia de una finalidad anclada expresamente en el texto constitucional es así lo que se reclama en el voto particular:

«Para que una eventual desigualdad entre ciudadanos que ocupan situaciones iguales quede excluida del artículo 14 de la CE no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presenten una justificación razonable. No basta con justificar *la ratio* de la norma porque, si así fuera, la regla de la igualdad ante la ley del artículo 14 se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 (...). No se trata, por consiguiente, de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados...»

En consecuencia con este planteamiento, el voto particular demanda, para «excepcionar» el principio recogido en el artículo 14, que ese fin «sea de rango constitucional equiparable a la igualdad», con lo que parece entrarse, en definitiva, en el campo de la ponderación entre bienes jurídicos. No sólo esto: evidenciando algunos de los riesgos apuntados en esta interpretación, el voto particular, aun reconociendo un cierto «fin de la Constitución» al que vincular la norma (art. 103.1 de la CE), contrasta el valor aquí tutelado con el que sería objeto de protección en el artículo 14 y concluye en la imposibilidad de hacer decaer a este último no sólo por su especial protección constitucional (al estar recogido en el cap. 2 del título I), sino por ser manifestación del valor superior «igualdad» (art. 1.1 de la CE) «ante el cual deben ceder otros de rango inferior». Al margen esta última consideración —cabe preguntarse cuándo puede «excepcionarse» el artículo 14, si éste se apoya en uno de los valores superiores del ordenamiento— conviene destacar la importancia de esta sentencia —tanto en el fallo como en el voto disidente— porque es en ella en la que el Tribunal se ha planteado, sin acogerla, una tesis próxima a las que aquí se han examinado críticamente.

### III. RECAPITULACIÓN. EL CONTROL DE LA DISCRIMINACIÓN LEGISLATIVA

La regla objetiva en que se plasma la igualdad jurídica se presenta, según se ha ido señalando, como criterio vertebrador del ordenamiento en su conjunto y debe articularse, por ello, en ciertos cánones de lógica (de «razonabilidad») que se imponen al querer del legislador. Estos criterios o «pruebas» de legitimidad, como también se ha apuntado, ni son los mismos en

todos los planteamientos doctrinales ni, a partir de esta diversidad, confluyen en efectos idénticos. Cómo puedan perfilarse estas pautas de razonabilidad en el derecho español es algo que ya se ha ido examinando en las páginas anteriores y sobre lo que conviene hacer ahora una recapitulación.

a) *El control finalista*

Como realidad al servicio de un valor y superación de la mera facticidad, el Derecho se justifica en tanto muestra sus fines. Así, cuando se requiere de las diferencias normativas el que sean «objetivas» lo que se está exigiendo, en primer lugar, es que estén teleológicamente fundadas o, dicho negativamente, que no descansen sobre la simple constatación de una diferencia. «en los hechos», que habrá de darse siempre en todo caso. De este modo, el control a que debe someterse una norma a la luz de la igualdad ante la ley es, en primer lugar, un control acerca de su fin. Ello supone tanto comprobar la existencia del fin mismo como apreciar su legitimidad constitucional.

Si el fin no existe —si no hay una causa objetiva para diferenciar entre situaciones comparables— la distinción normativa aparecerá como discriminatoria, como puro voluntarismo selectivo. No se tratará entonces de que el punto de conexión subjetivo (el criterio diferenciador, en sentido estricto) resulte más o menos pertinente a la vista de los propósitos de la norma, sino de que, sencillamente, tales propósitos no pueden determinarse en el examen de la disposición cuestionada. Naturalmente, la indagación por el fin de la diferenciación normativa no está libre de dificultades. Es claro que habrá de buscarse (en coincidencia o no con los «motivos» que hayan orientado al legislador) un fin objetivo de la norma, que una vez adoptada adquiere consistencia propia respecto de las voluntades que estuvieron en su origen. Pero no es menos cierto que esta labor de reconstrucción jurisdiccional puede ser especialmente ardua; ¿qué justifica, en efecto, la norma que impone una edad máxima para acceder a una relación laboral?: ¿la presunción de ineptitud?, ¿la protección a un grupo de edad?, ¿la creación de nuevos puestos de trabajo? (59). La resolución de esta cuestión previa —sin más apoyaturas que las que dan la lógica y la interpretación conforme a la Constitución— se presenta, pues, como decisiva y con razón se ha identificado aquí uno de los puntos claves para la aplicación jurisdiccional de la igualdad jurídica (60).

(59) Estas son las cuestiones que se plantea, efectivamente, el Tribunal Constitucional en cuestión de inconstitucionalidad 223/1981, decidida por sentencia de 2 de julio de 1981 (ponente: Begué Cantón). A efectos de este control sobre el fin debe señalarse lo dispuesto por el artículo 88.1 de la LOTC, en orden a la posibilidad con que cuenta el Tribunal para recabar de todos los poderes públicos los «informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional».

(60) Cfr. G. ZAGREBELSKY: *Corte Costituzionale e principio d'eguaglianza*, ob. cit., páginas 111-112.

Acerca de la otra indagación en torno al fin de la diferenciación ya se ha dicho algo en el epígrafe anterior. La exigencia de conformidad a la Constitución deriva aquí, por lo demás, no sólo del artículo 14, sino del principio general de sujeción a la norma fundamental que se enuncia en el artículo 9.1 de la CE. Ahora bien, la consideración expuesta, según la cual esta conformidad bastaría con apreciarla en términos negativos (no contradicción) debe ser matizada parcialmente.

Se indicó más arriba que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, los criterios expresamente reseñados en el artículo 14 no suponen otras tantas prohibiciones absolutas para la diferenciación en virtud de los mismos. Debe reconocerse, sin embargo, como el propio Tribunal ha resaltado, que no puede tener el mismo rigor la prueba de fundamentación a partir de uno de estos criterios y la que cabe exigir, con carácter general, frente a cualesquiera otras diferenciaciones en virtud de la «condición o circunstancia personal o social» que haya podido escoger el legislador como elemento significativo para delimitar el ámbito personal de aplicación de sus disposiciones. Por contraste con esta amplísima referencia que cierra el artículo 14, el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión constituyen clasificaciones sospechosas (*suspects classifications*), por decirlo con la expresión empleada por el Tribunal Supremo norteamericano. El recelo de la Constitución frente a estos criterios acaso pueda vencerse en ciertas circunstancias, pero mediante una justificación más estricta que la que hasta ahora se viene considerando con carácter general.

Ante todo, conviene advertir que el problema aquí planteado no es susceptible de una respuesta uniforme, debiendo examinarse en cada caso la procedencia de la diferenciación a partir de las argumentaciones aducidas. Hay motivos para dudar de la hipotética aptitud de algunos de estos criterios (el nacimiento y la opinión) para constituirse en elementos disponibles, aun con el mayor rigorismo del que se ha hablado, para la diversificación jurídica. Por lo que se refiere a las demás circunstancias enumeradas, los límites dentro de los que puedan emplearse como factores de diferenciación resultan *prima facie* inciertos. Acaso lo que pueda decirse a este propósito es que el empleo de uno de estos criterios, en cuanto tales, directamente, sólo podrá hacerse cuando el mismo sea conexión *necesaria* para dar cumplimiento a un precepto constitucional. Fuera de estos supuestos, las circunstancias enumeradas en el artículo 14 tan sólo podrían adquirir relevancia jurídica en el caso de que fueran especificación, igualmente necesaria, de un criterio más amplio, implícito o explícito en la norma y utilizado por ésta para delimitar, de acuerdo a su fin propio, su ámbito personal de aplicación. En el primer sentido, pues, no valdría cualquier tipo de conexión con una norma constitucional y sí sólo aquélla en cuya virtud el criterio sospechoso se presente como mediación necesaria para alcanzar tal valor recogido en la norma fundamental. Las incertidumbres en este campo se limitan algo si se tiene en cuenta que la propia Constitución sale al paso de extrapolaciones apresuradas en

áreas tradicionalmente afectadas por la discriminación entre sexos (arts. 32 y 35) y que tampoco podrá sostenerse la legitimidad de una diferenciación «promocional» (art. 9.2 de la CE) basada en el sexo o en las condiciones sociales de un grupo étnico, por ejemplo, si la categoría personal así aislada no es —cara a la promoción de la igualdad procurada— sino especie de un género indebidamente parcelado por la norma (61). Así —al margen de la incidencia que pueda tener sobre la situación jurídica de los españoles en materia religiosa la ambigua alusión a la Iglesia católica en el artículo 16.3 de la CE— la cuestión se viene a concretar en uno de los criterios aludidos (el sexo) y en una de las hipotéticas posibilidades de su empleo legítimo: cuando tal utilización sea la concreción necesaria de otro criterio más amplio y pertinente, a su vez, con la *ratio* de la norma en cuestión. Esta es la legitimidad que, por ejemplo, podría haber pretendido el hoy derogado artículo 83.1 del Código Civil al diferenciar entre sexos respecto de la edad necesaria para contraer matrimonio (si es que se considerase que la conexión «sexo» operaba en este caso como concreción necesaria del más amplio criterio «edad núbil») (62) y la única en que podría quizá ampararse algunas otras diferenciaciones en cuanto al cumplimiento de deberes constitucionales (art. 30.2 de la CE) y al acceso a ciertos empleos públicos. Obviamente, la implicación *necesaria* entre el criterio que es el sexo y el que le englobe en cada caso no dejará de presentarse como algo relativo y culturalmente condicionado.

b) *El control de pertinencia*

La prueba de la razonabilidad a que la ley se somete en la doctrina del Tribunal Constitucional no se limita, sin embargo, a esta determinación del fin en virtud del cual la diferenciación se produce. Apelando a lo que es ya una reiterada definición en este punto, la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, afirma así que

«... resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad

(61) De tal forma que la diferencia normativa resulte, pura y simplemente, del empleo de alguno de estos criterios. A este respecto, véase el ya citado artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se declara nula y sin efectos toda discriminación «favorable o adversa» en el empleo a partir de los criterios que enumera (sexo, origen, estado civil, raza, entre otros).

(62) Sobre la proyección del principio de igualdad en el nuevo régimen de la familia y del matrimonio, cfr. José LACRUZ BERDEJO y otros: *El nuevo régimen de la familia*, 1, Madrid, 1982, pp. 115 y ss.

perseguida y dejando, en definitiva, al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente.»

No sólo la finalidad, pues, sino también los «efectos» de la medida considerada han de ser enjuiciados, proyectando sobre ellos lo que llama el Tribunal un criterio de «proporcionalidad». Ahora bien, ¿a qué efectos se refiere esta jurisprudencia constitucional? Efectos, sin duda, de la *ratio* diferenciadora patente en el fin de la disposición y sobre la norma misma; efectos, en una palabra, sobre la configuración concreta de unas disposiciones de ley en las que habrá que encontrar una estructura coherente al servicio del fin diferenciador perseguido. Pero, incluso reconocido esto, de los «efectos» se podría hablar, al menos, en dos dimensiones, referidas a cada uno de los elementos básicos de la norma jurídica: supuesto de hecho y consecuencia jurídica imputada. Se puede, en primer lugar (y en ello consiste el control de pertinencia), apreciar la correspondencia con el fin diferenciador de la delimitación legislativa del ámbito personal de aplicación de un precepto, apreciando si existe o no inferencia lógica entre tal definición del elemento subjetivo del supuesto de hecho y la causa que ha movido a la diferenciación. Y se podría quizá también —control de adecuación— interpelar a la disposición enjuiciada desde otra perspectiva, preguntándonos si su contenido normativo concreto (consecuencia jurídica atribuida) es coherente —suficiente o necesario— para alcanzar, en una ponderación de medios y fines, la finalidad que se propone a sí mismo el legislador. Una y otra dimensión del precepto jurídico pueden verse, así, como «efectos» del fundamento inicial de la diferenciación y como los objetos sobre los que proyectar, en principio, aquel control de «proporcionalidad». Sin embargo, las implicaciones del control sobre cada uno de estos aspectos son notablemente distintas, hasta el punto de que, en términos generales, lo que puede llamarse control de adecuación ni es practicado, salvo excepciones muy concretas, por el Tribunal Constitucional, ni se concilia, tampoco, con los límites dentro de los que debe operarse la fiscalización de la ley a partir del principio de igualdad.

El control de pertinencia —en expresión de SANDULLI (63)— constituye el núcleo básico, junto con la ya aludida indagación finalista, del juicio de igualdad. Se trata, en este caso, de apreciar la lógica interna de la norma cuestionada, comprobando si existe o no una correspondencia lógica entre los criterios adoptados por el legislador para introducir diferenciaciones entre grupos y categorías y la *ratio* que inspira el precepto. Porque es posible que este nexo racional se haya quebrado, deparando un trato arbitrario, a la hora de conformar el supuesto de hecho de la disposición, de modo que los elementos tomados en cuenta por el autor de la norma para distinguir entre

(63) Aldo M. SANDULLI: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, en *Diritto e Società*, 1975, 3/4, pp. 570 y ss. Las expresiones «control de pertinencia» y «control de adecuación» se emplean en el sentido propuesto en este trabajo.

grupos personales resulten inconsistentes con la *ratio* de la misma, aparente o expresamente invocada.

Como se señaló en el epígrafe II.3, este tipo de apreciación es paso obligado en toda la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, una vez que se ha alcanzado el fin diferenciador entre situaciones comparables, el Tribunal pasa a examinar la procedencia de la diferenciación misma o, lo que es igual, la posibilidad jurídica de ver en el *elemento* diferenciador escogido un *criterio*, en sentido riguroso, que se corresponda con el sentido de la norma. No aparece así consistente con el fin que es procurar una mejor capacitación en el funcionario el punto de conexión que impone haber cursado estudios en un centro específico (sentencia de 22 de diciembre de 1981, en recurso de inconstitucionalidad 221/1981) y sí tiene relevancia jurídica, por el contrario, a la vista del fin de la norma, la condición de empresario a efectos de exigir la previa consignación de la condena antes de recurrir en el proceso laboral (sentencia 3/1983, de 25 de enero, ponente: Escudero del Corral), o la de «ofendido» en el juicio penal con vistas a eximir de la carga de la fianza (sentencia 62/1983, de 11 de julio, ponente: Gómez Ferrer). Lo que en todos estos casos busca el Tribunal es, en definitiva, la corrección o incorrección de la labor delimitadora del legislador en atención al fin objetivo de la norma.

c) *El control de adecuación*

Las consecuencias jurídicas imputadas por el legislador a un cierto supuesto quedan, como es obvio, sujetas a la Constitución en su conjunto, pero cuando se apunta su control a partir de la igualdad jurídica lo que se pretende señalar es algo distinto: la posibilidad de apreciar la conformidad o no a tal principio de la medida legislativa, contrastándola con el fin al que se orienta y concluyendo en su mayor o menor *adecuación* al mismo, en su susceptibilidad de alcanzar dicha finalidad legítimamente de modo suficiente y al tiempo no excesivo (de modo «proporcionado», pues). Desde tal perspectiva, la hipótesis sería que estaríamos ante una violación del principio de igualdad ante la ley no sólo cuando —como se ha dicho— la diferenciación en sí misma careciese de fin objetivo o se articulase mediante conexiones impertinentes, sino también cuando, aun respetando estas condiciones, la medida fuese un medio inidóneo —por exceso o por defecto— para alcanzar el fin que da sentido a la diversificación de régimen jurídico.

En rigor, este planteamiento —aun cuando fuese genéricamente aceptable— escapa al ámbito normativo del artículo 14 de la CE. La virtualidad de éste —su capacidad limitadora— se halla en la lógica de las exclusiones normativas. Más allá de esto, cuando encaramos el contenido dispositivo de los preceptos de ley, estamos ya en un terreno distinto, todavía dentro de la Constitución, desde luego, pero al margen de la regla de la igualdad. Las consecuencias jurídicamente imputadas podrán viciar la ley si suponen con-



travención de un precepto constitucional, pero es discutible que puedan juzgarse a partir del principio que se viene examinando.

Con todo, más importante que señalar esto es advertir que, aun al margen ya del artículo 14, tal juicio de adecuación encuentra importantes dificultades para su materialización constitucional. En efecto, cuando una situación jurídica subjetiva que cuenta con una mera base legal ordinaria resulta limitada también por ley carecemos de parámetro cierto para apreciar la pretendida desproporción de la medida limitadora respecto del fin propuesto. Desde un criterio político, la regulación podrá aparecer, acaso, como excesiva o como insuficiente, pero al carecer de un punto de referencia constitucional desde el que medir la inadmisibilidad o no de la parcial ablación del derecho cualquier estimación se hará ya desde un enfoque que no puede llamarse jurídico. Y es que tal cálculo de proporcionalidad supone entrar, inevitablemente, en una apreciación política, de oportunidad, como es sin duda la que pondera la virtualidad efectiva de una cierta disposición para constituirse en medio adecuado en pos de determinado fin (64).

Cierto que está la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el artículo 9.3 de la CE, pero, a mi juicio, esta norma, en lo que se refiere al control sobre el legislador, no posibilita una genérica fiscalización de la relación medios-fines frente a cualquier opción legislativa sino que, más limitadamente, preserva un valor básico de coherencia en la normación que posee un alcance más restringido. Para el legislador, el mandato del artículo 9.3 se concreta y especifica en la regla de razonabilidad que impone el artículo 14, lo que no impide que pueda emplearse como pauta para el control de la arbitrariedad del legislador, aunque sí obliga a determinar tal arbitrariedad por quiebra, precisamente, del artículo 14. En otras palabras: la ponderación medios-fines a partir de la consecuencia jurídica imputada sólo tendrá relevancia jurídico-constitucional cuando o bien la medida legislativa sea manifiestamente incapaz de alcanzar, en cualquiera de sus posibles interpretaciones, el fin al que pretende orientarse, o bien cuando la norma se configure de tal modo que produzca la limitación no ya sólo de la situación jurídica afectada por la finalidad diferenciadora, sino también la de otras situaciones jurídicas del todo irrelevantes para conseguir dicho objetivo. En tales casos, la medida legislativa se manifestará como arbitraria, pero no por simple inadecuación a su objetivo, sino porque, en definitiva, violaría el principio de igualdad en sus condiciones ya examinadas: lo irrazonable del medio propuesto evidenciaría la inconsistencia del fin mismo de la diferenciación o la impertinencia del criterio adoptado para materializar la misma (en el primer caso porque el fin declarado o implícito dejaría de existir en la realidad y en el segundo porque la conexión empleada no sería ya pertinente en orden a la nueva situación jurídica afectada).

(64) Sobre la problemática de este tipo de control en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, cfr. Sergio ORTINO: *La riforma del art. 218 c. p. della Repubblica federale tedesca sull'aborto*, en *Giur. costit.*, año XXIII, 2, 1978, pp. 372 y ss.

Con estas aparentes excepciones, el control de adecuación no puede, pues, calificarse como control jurídico y no otra cosa es lo que significativamente viene advirtiendo el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia 61/1982, de 13 de octubre (ponente: Fernández Viagas), aun constatando que «la legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura la haga adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en privilegio» (control de no arbitrariedad y, en definitiva, de no discriminación), se señala, correctamente, «que esa misma finalidad pudiera alcanzarse mediante otras fórmulas técnicas es cuestión sobre la que no debe pronunciarse este Tribunal». Con mayor claridad aún, la sentencia 65/1982, de 10 de noviembre (ponente: Latorre Segura), pronunciándose sobre el espinoso problema de la determinación administrativa de los «sindicatos más representativos» advierte:

«... no es función del Tribunal Constitucional examinar la oportunidad del criterio adoptado, ni su mayor o menor adecuación al fin perseguido, ni decir si es el mejor de los posibles que puedan aplicarse. La función del Tribunal Constitucional es solamente resolver si en este caso concreto la decisión de la Administración puede calificarse de arbitraria y discriminatoria...»

También en esta línea, la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, ciñe la misión del Tribunal a determinar la eventual violación del artículo 14 «sin que, por lo demás, resulte preciso que el trato desigual sea el único, ni siquiera el mejor, de los instrumentos imaginables, ya que no es función de este Tribunal formular juicios técnicos ni tampoco de mera oportunidad acerca de los actos y disposiciones del poder público». Declaraciones todas que no hacen sino subrayar, por referencia al principio de igualdad ante la ley, una idea enunciada con carácter general por el Tribunal en su sentencia 86/1982, de 23 de diciembre (ponente: Gómez Ferrer):

«Nuestro juicio se ha de circunscribir a determinar la conformidad con la constitución de la ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque éste es el campo de acción en que han de moverse las distintas opciones políticas, dentro del marco de la Constitución, como corresponde al pluralismo político que propugna su artículo 1.1.»

Como en algunos otros casos, sin embargo, ni estas firmes indicaciones pueden resolver, en abstracto, todos los problemas ni dejan tampoco, por ello o por otras razones, de ser matizadas en la jurisprudencia misma del

Tribunal, o en los criterios ocasionalmente expuestos en los votos particulares. Ello puede advertirse cuando se controvierte o se propugna el control de adecuación en materia de derechos fundamentales, cuestión a la que por unidad temática debe hacerse una referencia ahora, pese a que se considere también más adelante.

Así hay que entender, por ejemplo, una de las argumentaciones expuestas en el voto particular a la ya citada sentencia 75/1983, en la que se considera legítima una limitación para el acceso a un puesto público en razón de la edad: «si lo que se trata es de favorecer la eficacia de la gestión, tal objetivo podría lograrse estableciendo medidas que permitiesen una valoración ponderada de la edad entre los diversos méritos y circunstancias de los concursantes, para lo cual no es necesaria ni proporcionada la disposición excluyente que enjuiciamos, pues bastaría otra tendente a imponer en el concurso criterios legislativos de preferencia en favor de los concursantes menores de sesenta años». Expuesta en estos términos, la argumentación no persuade, precisamente porque, tratándose de la afectación legislativa de un derecho fundamental (art. 23.2 de la CE), no se razona a partir de su contenido esencial (art. 53.1 de la CE), sino desde la inadecuación «por exceso» de la opción legal.

Y, sin embargo, al menos en dos ocasiones si se ha acercado el Tribunal a este control de adecuación sobre las medidas del legislador. En ambos casos (sentencias de 2 de julio de 1981, en cuestión de inconstitucionalidad 223/1981 y 3/1983, de 25 de enero), tal control se ha efectuado en íntima conexión con un problema de igualdad jurídica.

Las sentencias aludidas, en efecto, se plantean la legitimidad constitucional de medidas legislativas limitadoras de derechos fundamentales (derecho al trabajo, en un caso, y a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el otro: artículo 35.1 y 24.1 de la CE), controvirtiendo tal validez, por lo que aquí importa, a propósito de la adecuación de las normas en cuestión a los fines en ellas constatables. En un caso (sentencia de 2 de julio de 1981) se llega a dictar una sentencia interpretativa estimatoria en la que se sienta que la norma que limita el acceso a la relación laboral, imponiendo la jubilación forzosa a los sesenta y nueve años, no permite, por sí sola, alcanzar el objetivo constitucional propuesto (facilitar el acceso al trabajo de otros ciudadanos) si no se la enmarca en una política de empleo que asegure su efectividad, de tal modo que en ausencia de tal normación complementaria la limitación del derecho al trabajo de los mayores de sesenta y nueve años no lograría alcanzar el fin propuesto. En el otro fallo (sentencia 3/1983) el Tribunal examina el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, apreciando la incidencia sobre el artículo 24.1 de la CE de la carga impuesta al empresario en este precepto en orden a consignar el importe de la condena para poder recurrir contra la sentencia en la que fue parte vencida; aunque en este caso la sentencia del Tribunal Constitucional no llega a concluir en la ilegitimidad del límite en cuestión si se apunta, ambigüamente, a su posible

inadecuación al fin constitucional que le fundamenta, sugiriendo reformas legislativas y orientaciones para la jurisprudencia de los tribunales ordinarios. Parece claro, pues —y a reserva de otras objeciones que se apuntan en el voto particular a este último fallo (65)— que el enjuiciamiento que se hace aquí de la procedencia del límite legislativo lo es en términos *relativos*, apuntando que el mismo posee una intensidad excesiva frente a otras vías hipotéticamente disponibles para el legislador.

Estos casos de control de adecuación por lesión de un canon de proporcionalidad apreciado por el legislador no se amparan, sin embargo, en el «límite de límites», que es el contenido esencial de los derechos fundamentales. No se trata sólo de que el propio Tribunal deslinde con claridad esta indagación amparada en el artículo 53.1 de la CE de la que practica en el sentido señalado, sino, sobre todo, de que si se admitiese que el control de adecuación constituye método necesario para la determinación de la lesión o no del contenido esencial se terminaría en una radical transformación de esta garantía. En contra de lo que el propio Tribunal ha señalado en otras ocasiones (66), el contenido esencial pasaría a convertirse en una garantía relativa —al menos en tanto que ello redundase en la máxima expansión del derecho—, convirtiéndose en una difícil regla de equidad que habría que leer ya como una cláusula de «limitación mínima suficiente» para apreciar su efectivo respeto por la ley. El Tribunal puede en cada caso considerar que se ha producido una afectación del núcleo esencial e indisponible del derecho, invalidando en consecuencia la norma, pero resulta más problemático cuestionar la legitimidad de la misma cuando, sin conculcarse el contenido esencial, la norma no aparece inequívocamente incurso en desproporción absoluta (arbitrariedad) por relación a su fin. Como ha señalado el Tribunal en su sentencia de 8 de abril de 1981 (ponente: Díez Picazo):

«Corresponde al legislador ordinario (...) confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53.»

(65) Cfr. el voto particular suscrito por el magistrado AROZAMENA SIERRA: «... si la norma enjuiciada (...) se reputa constitucional y no se ha excluido entre sus interpretaciones posibles las no conformes a la Constitución, no me parece que puedan recomendarse —y menos imponerse— cánones o criterios interpretativos».

(66) Cfr. sentencia de 8 de abril de 1981, en recurso de inconstitucionalidad 192/1980 y el comentario a la misma de L. PAREJO ALFONSO: *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, 3, pp. 183 y ss. Sobre el concepto de «contenido esencial», véase, también, L. PRIETO SANCHIS: *El sistema de protección de los derechos fundamentales*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1982, pp. 398 y ss.

# *JURISPRUDENCIA*

## *(Estudios y Comentarios) \**

\* La REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL ha considerado inexcusable prestar una atención especial y urgente a la sentencia 76/1983, de 5 de agosto, que resolvió los cinco recursos de inconstitucionalidad interpuestos con carácter previo contra el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).

Aunque no todos los especialistas solicitados han podido responder a nuestra invitación (efectuado, por razones obvias, con cierta premura), ofrecemos ya en este número tres comentarios cuya urgencia no mengua su valor. El esfuerzo de sus autores, que agradecemos en lo que vale, no deja, como es obvio, cerrado el tema, en el que quedan abiertas otras cuestiones (a título de mero ejemplo, la de la naturaleza y limitaciones intrínsecas de la sentencia en los procesos previos de inconstitucionalidad, la de la fórmula de promulgación de la ley como objeto del recurso de inconstitucionalidad, o la de la concurrencia en una misma ley del carácter orgánico y el armonizador, entre otras) sobre las que invitamos a reflexionar y a pronunciarse a quienes hoy nos honran con sus comentarios y a todos nuestros juristas.

