IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN INVERSA

LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

La igualdad es un concepto tan abierto y complejo que incluso un estudio que pretenda circunscribirse a su interpretación constitucional no puede limitarse a describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones. Un análisis apropiado exige cierta construcción y la construcción presupone elecciones conceptuales y valorativas que, en particular en este caso, son además inevitablemente complejas y quizá esencialmente debatibles. Confío en que a lo largo de las páginas que siguen los presupuestos conceptuales y valorativos que me guían se irán haciendo suficientemente explícitos. Aquí únicamente será conveniente advertir que la interpretación de la jurisprudencia constitucional que se propone es precisamente eso, una interpretación que se propone o, por decirlo más claramente, una reconstrucción que, dentro de la pretensión de fidelidad a lo dicho por el Tribunal Constitucional, también selecciona y destaca algunos problemas y tendencias, asume como preferibles ciertos criterios y como equivocados otros, señala críticamente ambigüedades, antinomias y quiebras en las distintas líneas que se han desarrollado en tales o cuales puntos y, en suma, esboza un cuadro de la jurisprudencia constitucional -espero que no demasiado abstracto- sin hacer de él una mera fotografía.

El esquema que seguiré parte de unas consideraciones generales sobre la igualdad en la Constitución española que servirán para situar inicialmente la gran división que afecta a ese concepto, entre la igualdad ante la ley y la igualdad sustancial. A esa gran división corresponde la estructura general del resto del estudio, si bien es sobre todo el primer tema, el de la igualdad ante la ley, el que recibirá mucho más amplia atención. Dentro de él se desarrollará la doble distinción entre la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley y, especialmente dentro de la primera noción, entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio.

* El presente texto forma parte del proyecto de investigación núm. PB94-0193, del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento de la DGICYT.

1. La igualdad en la Constitución española

En la Constitución, explícita o implícitamente, hay distintas y no siempre claras referencias a la igualdad[1]. Dos grandes pilares, sin embargo, pueden descubrirse en ella, además de la inaugural referencia del art. 1.1 a la igualdad como uno de los cuatro «valores superiores» del ordenamiento jurídico español. En primer lugar, el principio de igualdad reconocido en el art. 14 como frontispicio de todo el capítulo II, dedicado a los «derechos y libertades», que dice:

> «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ahora bien, aunque es sobre este precepto sobre el que sin duda se ha desarrollado el grueso de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a propósito de la igualdad[2], hay un segundo pilar de gran importancia cualitativa: el art. 9.2, que no puede dejar de ser relacionado, aun de manera compleja, con el que se acaba de citar:

> «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Teniendo presente esa doble formulación de la igualdad en nuestra Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre ella se puede analizar a partir de la gran división entre el principio de igualdad ante la ley del art. 14 y el ideal de la igualdad sustancial al que alude el art. 9.2. La igualdad ante la ley es la que se realiza predominantemente en el plano del Derecho, y de los derechos y deberes jurídicos, mientras la igualdad sustancial, de carácter ideal y más difícil de realizar, propone modelos de mayor igualdad en el plano social, económico y cultural. Naturalmente, no existe una total desconexión entre una y otra, pues, por ejemplo, cuando la igualdad de derechos básicos es efectiva constituye una innegable forma

---

[1] He ofrecido una enumeración detallada en Ruiz Miguel 1995a, 109-10; el presente texto, por lo demás, toma pie en ese artículo, del que desarrolla -y en algún punto revisa o matiza- sus principales temas en relación con la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

Sobre el tema, aparte de la bibliografía más específicamente citada en el resto de este artículo, es útil consultar los inevitablemente desiguales volúmenes de las XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, celebradas en 1989 (vid. *Principio* 1991).

[2] Hasta el punto de que la violación del art. 14 es el segundo motivo más alegado en recursos de amparo, constituyendo el 21,6 por ciento de los presentados desde el comienzo del funcionamiento del Tribunal Constitucional hasta el 31 de julio de 1994, aun así a cierta distancia del primero, la violación del art. 24, alegado por el 67,4 por ciento de los amparos (cf. *Tribunal Constitucional. Estadística desde 15 de julio de 1980 hasta 31 de julio de 1994. Cuadros generales y gráficos*, Gabinete Técnico del Presidente, dactiloescrito, p. 33).

de igualdad sustancial (así, en el voto, o en las prestaciones sanitarias, etc.), pero tampoco hay siempre y necesariamente identidad entre ambas. La igualdad ante la ley, a veces, es formal en el sentido de que exige cambios de actitudes y realidades sociales para las que las normas legales no son suficientes por sí solas, según lo sigue ejemplificando hoy en las sociedades occidentales la dificultad de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cuya igualdad en el plano jurídico es prácticamente absoluta: los derechos de igualdad están reconocidos; falta que los hechos correspondan más plenamente con ese ideal.

No obstante, aunque la anterior distinción inevitablemente recoge alguno de los ecos de la clásica pero en buena parte distorsionadora escisión de marxiana memoria entre la igualdad formal y la igualdad real, prefiero prescindir en adelante de esta terminología para no sugerir minusvaloración o desvalorización alguna de la primera como igualdad ficticia, engañosa o innecesaria, según pretendió una cierta tradición marxista (lo cual, como se verá, no impide aceptar, con la tradición socialista más moderada, que la igualdad ante la ley puede ser una forma de igualdad insuficiente). Por ello, en lo que sigue distinguiré simplemente entre la igualdad ante la ley y la igualdad sustancial.

2. La igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley, si bien tiene antiguos antecedentes en la idea griega de isonomía, es sobre todo resultado y parte esencial de la ideología liberal desarrollada por la Ilustración y consagrada por vez primera en las declaraciones de derechos de la Revolución Francesa, como obligación tanto para el legislador cuanto para los órganos encargados de aplicar las leyes, esto es, en las dos vertientes más generales en las que se suele distinguir el alcance del principio de igualdad ante la ley: la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley. En el primer aspecto, el artículo 6 de la *Déclaration* de 1789 no deja dudas sobre su pretensión de vincular al legislador:

> «La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents» (La ley [...] debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos);

y, por su parte, en el segundo aspecto, el de la igualdad en la aplicación de la ley, aun limitada a un ámbito específico, el art. 7 añade:

> «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis» (Ningún

hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados).

Como es sabido, sin embargo, el desarrollo jurídico efectivo del principio de igualdad ante la ley en la Europa de las monarquías constitucionales siguió un camino un tanto tortuoso. La igualdad *en* la ley quedó exenta de toda revisión efectiva como una consecuencia más de la supremacía del legislativo y de la consiguiente falta de controles de constitucionalidad externos al Parlamento[3]. Y la igualdad *en la aplicación* de la ley se dirigió a la exclusión de la arbitrariedad del poder ejecutivo hasta coincidir con el control de la legalidad en los reglamentos y actos administrativos[4]. Aparte del camino propio seguido en Estados Unidos[5], sólo en algunas esporádicas decisiones judiciales, como en Suiza a finales de siglo o en Austria a comienzos de los años 30, se admitió la virtualidad del principio de igualdad para controlar el contenido de las leyes, criterio que se generalizaría tras la Segunda Guerra Mundial en los tribunales constitucionales de Austria y de la República Federal Alemana y que, a través del último, influiría en otros sistemas, como el italiano y, con la nueva mediación del Tribunal Europeo de

[3] Sobre ello, vid. Zagrebelsky 1992, caps. II y III, así como, en relación con las doctrinas de Esmein y Carré de Malberg, vid. también Jouanjan 1992, 69-74.

[4] Desde tal punto de vista, que es el de las garantías judiciales que suplementan el mero reconocimiento constitucional, tiene razón la STC 68/1991, de 8 de abril (Rubio Llorente) cuando afirma: «En su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos en la misma Ley. Por eso, como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identificaba en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la Ley era una violación de la Ley misma. Sólo al término de una evolución secular, y ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma) *cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente* cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma. Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior; no lo sustituye, sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todos los poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas» (FJ 4; cursiva mía). Sin embargo, si por «derecho» se entiende el título reconocido aunque no necesariamente garantizado, el derecho a la igualdad frente al legislador -como se ha dicho antes en el texto- estaba *proclamado* ya, tanto en general como respecto de los impuestos y el acceso a las funciones públicas, desde 1789, si bien la garantía judicial de ese derecho fue, como dice esta sentencia, bastante posterior.

[5] En efecto, es allí donde por primera vez se aplica el control judicial del cumplimiento del principio de igualdad por parte de la legislación, ya a finales del siglo pasado, y como consecuencia de la contundente Enmienda XIV, que entró en vigor en 1868, tras la guerra de secesión, como primer hito en aquel país de la lucha contra la discriminación racial: «No state shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws» (Ningún Estado negará a persona alguna la igual protección de las leyes dentro de su jurisdicción). Así, el primer caso en que el Tribunal Supremo estadounidense anuló una ley en aplicación de esta cláusula es *Strauder v. West Virginia*, de 1879, que declaró inconstitucional

Derechos Humanos, en el español[6]. Junto a ello, y en una reciente evolución exclusiva del Derecho español, la igualdad en la aplicación de la ley ha sido extendida en un mínimo y algo confuso grado a la propia aplicación *judicial* del Derecho.

Veamos más despacio los dos aspectos anteriores en la actual interpretación del Tribunal Constitucional español: en primer lugar, en referencia sobre todo a la igualdad *en* la ley, utilizaré críticamente la ulterior distinción entre el principio genérico de igualdad y la prohibición específica de discriminaciones; en segundo lugar, comentaré, también críticamente, el significado y alcance de la jurisprudencia constitucional en lo que toca a la igualdad *en la aplicación* de la ley.

2.1. El principio genérico de igualdad y la prohibición antidiscriminatoria

Se puede defender que -como ha entendido parte de la doctrina jurídica española[7] y, según veremos en detalle, ha recogido una importante línea de la jurisprudencia constitucional- el art. 14 de la Constitución establece dos preceptos diferentes en cada uno de sus dos incisos: en el primero («Los españoles son iguales ante la ley») se consagraría el clásico principio de que las leyes (y, derivativamente, sus aplicaciones) deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer entre ellos distinciones arbitrarias o irrazonables;

---

una ley estatal por considerar sólo a los ciudadanos blancos como elegibles para jurados (la sentencia, no obstante, no consideró la exclusión legal de las mujeres); otro caso relevante fue *Buchanan v. Warley*, de 1917, que invalidó una ley de Kentucky que prohibía a los negros comprar casas en barrios blancos. No obstante, el balance de este control fue más bien modesto durante mucho tiempo en la medida en que el Tribunal Supremo fue enormemente «deferente» hacia la legislación, y, con mayor razón, hacia las pautas sociales discriminatorias (cf. Tribe 1988, 1439-43; y Gunther 1991, 602-3). Dos sentencias muy expresivas de ello son, por un lado, la de los *Civil Rights Cases*, de 1883, que declaró inconstitucional el «Civil Rights Act» de 1875 por ilegalizar la interferencia de los particulares por motivos raciales en el derecho de cualquier persona a entrar en hoteles, transportes y teatros (sobre la argumentación del Tribunal cf. Tribe 1988, 1693-5), y, por otro lado, *Plessy v. Ferguson*, de 1896, donde el Tribunal Supremo, bajo el criterio «separados pero iguales», aceptó la segregación racial en los transportes públicos manteniendo la doctrina de que si ambos grupos tenían iguales ventajas no se violaba la cláusula de la igual protección (esta última doctrina no fue revisada hasta casi 60 años después, en *Brown v. Board of Education*, de 1954, donde se mantuvo el principio opuesto de que «las facilidades educativas separadas son inherentemente desiguales»). Por lo demás, en materia de discriminación por razón de sexo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos no aplicó la cláusula de la igual protección de las leyes hasta 1971, en el caso *Reed v. Reed*, de 1971, que anuló una ley del Estado de Idaho que, a igualdad de título, prefería a los varones sobre las mujeres en la administración de herencias (cf. Tribe 1988, 1561; y MacKinnon 1991, 1284).

[6] Sobre todo lo anterior, cf. Jouanjan 1992, 24, 80-91 y 97-118 Rodríguez-Piñero y Fernández 1986, 28-31; y Rubio Llorente 1990, 676-8; y 1991, 657 y n. 44.

[7] En especial, cf. Jiménez Campo 1983, 84-5; Alonso García 1984, 206 etc.; Rodríguez-Piñero y Fernández López 1986, 38, 64-78, etc.; Fernández López 1993, 151-7; así como, con un acertado matiz sobre la no contraposición tajante entre los dos principios, Rey Martínez 1995. 18, 39-40, 45ss, etc.

en el segundo inciso, en cambio, se impondría una prohibición mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»[8].

Aunque, como se verá, a esta distinción pueden anudarse varios efectos jurídicos diferentes, eso no significa que se proponga como una dicotomía perfecta, que separe criterios absolutamente independientes, sin transición alguna entre ellos, como si no fueran derivables en último término del mismo principio de igualdad ante la ley. Por más que en su formulación deban destacarse las diferencias entre ambos criterios, ha de tenerse en cuenta que si en los casos extremos la distinción es clara y aun tajante, no deja de existir una zona de transición entre ambos, que, naturalmente, es consecuencia de que cada uno de ellos es susceptible de graduación y no de una definición por simple negación del par opuesto.

Prueba indirecta de que, en una zona intermedia al menos, la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato de no discriminación es más de acento que de contraposición es que no se corresponde con otra distinción que tiene una relevante importancia en el entendimiento del concepto abstracto de igualdad, en cualquiera de sus aplicaciones. Me refiero a la distinción entre las que se podrían denominar reglas de igualdad relativas y no relativas[9]: mientras las segundas establecen los derechos y deberes de varias personas sin referencia a la relación con otras (por ejemplo, «Todos tienen derecho a no ser torturados»), las primeras prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría (por ejemplo, «Si la empresa Z recibe una bonificación fiscal tienen derecho a ella todas las empresas similares a Z»). En el primer caso la igualdad aparece como netamente deseable respecto de un determinado trato, mientras que en el segundo, en cambio, su evaluación es neutra, satisfaciéndose con la igualdad sea en el trato sea en su negación. En este último tipo de casos, por tanto, resulta indiferente en términos de justicia (no, naturalmente, en otros posibles, como libertad personal, eficiencia administrativa, ahorro económico, etc.) que la igualdad se restablezca por su presión del privilegio a la persona o categoría a las que se beneficia o por su generalización y conversión en derecho.

[8] En realidad, incluso autores que proponen una lectura unitaria del art. 14, identificando la cláusula general de igualdad con la prohibición de cualquier distinción injusta (esto es, «discriminación» en un sentido amplio del término), aceptan que la expresa mención constitucional de causas discriminatorias específicas establece «una protección reforzada» que, entre otros efectos, la hace directamente aplicable entre particulares (cf. García Morillo 1994, 159, 170 y 175).

[9] Peter Westen (cf. 1990, 73-4) las ha denominado, respectivamente, «comparativas» y «no comparativas», pero prefiero la terminología del texto porque toda relación de igualdad es comparativa en cuanto contiene un criterio de comparación y un objeto de comparación entre al menos dos términos.

Pues bien, esta distinción, que resulta clave en la interpretación de las cláusulas constitucionales de igualdad ante la ley, es independiente de que pensemos en la prohibición discriminatoria específica o en el principio genérico de igualdad. En efecto, en la medida en que las leyes establezcan desigualdades que no afecten a derechos básicos o a derechos, intereses o situaciones que sea inaceptable o absurdo suprimir, la cláusula de la igualdad ante la ley parece ser meramente relativa, tanto si toma como base algún rasgo discriminatorio como si no. De tal modo, en tales casos el restablecimiento de la igualdad puede hacerse tanto denegando la aplicación del trato a los sujetos favorecidos por la ley cuanto ampliando su aplicación a los sujetos excluidos por ella[10].

Es cierto, dicho sea entrando ya en los contenidos de la jurisprudencia constitucional española sobre la igualdad, que en ésta ha dominado la segunda opción, seguramente siguiendo el criterio iniciado por la STC 81/1982, de 21 de diciembre (Díez-Picazo), que resolvió un recurso de amparo de *los* Ayudantes Técnicos Sanitarios de un hospital público de Barcelona en reclamación de igualdad en el criterio aplicado a *las* ATS de considerar el trabajo en domingo como horas extraordinarias: el Tribunal Constitucional, perfectamente consciente del problema de que la igualación en ese caso se podía obtener tanto excluyendo para todos la consideración como extraordinarias de las horas en cuestión cuanto ampliándola para todos, resolvió el asunto en favor de la igualación por elevación. Con independencia del mayor o menor acierto de esta opción[11], en la posibilidad en abstracto de igualar tanto por arriba como por abajo, un caso como éste, claramente de discriminación por razón de sexo, no es diferente de cualquier otro supuesto

[10] Se podría replicar que el fin de la norma analizada en cada caso determina la solución -que, por tanto, podría ser sustituida por el tribunal correspondiente-, bien en favor de la desigualdad de los diferentes incluidos en ella bien en favor de la igualación de los iguales excluidos por ella. Sin embargo, este criterio, por el que el precepto ha de permanecer necesariamente vigente, no tiene en cuenta que, como se verá más adelante en el texto, tanto la existencia de la norma como su finalidad es en principio libre para el legislador, quedando abierto para éste no aprobarla si estuviera obligado a establecer más (o menos) destinatarios. La anterior observación, de carácter conceptual, es naturalmente compatible con la observación de hecho de que, una vez aprobada una norma, las situaciones ya consolidadas o las expectativas creadas por ella tiendan a «obligar» sociológica o políticamente a su mantenimiento.

[11] El poco persuasivo argumento de la sentencia fue que la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y los principios de igualdad real y efectiva (art.9.2) y de no discriminación en el trabajo (art.35), impiden «privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (FJ 3). Al margen de que implícitamente se dé por supuesto que la existencia de una desigualdad inconstitucional, reconocida por la sentencia como «condición privilegiada», no constituye una razón suficiente para su supresión, escasas líneas después la sentencia parece venir a desdecirse de la aparente constitucionalización del principio de consolidación de las conquistas sociales al añadir que la solución así adoptada no prejuzga «que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que se respete la igualdad de los trabajadores.» (FJ 3).

excluido por el principio genérico de igualdad, como, por ejemplo, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la exclusión de la acumulación de ingresos en el impuesto sobre la renta de los convivientes casados respecto de la separación de rentas de los convivientes de hecho no casados, desigualdad que también podría haberse resuelto ampliando a ambas categorías el sistema de acumulación de ingresos (vid. SSTC 209/1988, de 10 de noviembre [Truyol], y 45/1989, de 20 de febrero [Rubio LLorente])[12].

2.1.1. El principio genérico de igualdad

Objetividad y razonabilidad de las distinciones normativas

El principio genérico de igualdad, que según la literalidad del art. 14 se refiere no a todos los seres humanos sino únicamente a los españoles, consagra la idea de que el legislador democrático no puede establecer distinciones irrazonables o arbitrarias entre los ciudadanos. Siguiendo la pauta de exigir una «justificación objetiva y razonable» que aparece ya en la sentencia de 23 de julio de 1968 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional utilizó esa formulación en una de sus primeras sentencias, la 22/1981, de 2 de julio (Begué), para repetirla después de forma habitual en muchas de las ocasiones en las que ha debido pronunciarse sobre el art. 14[13].

Por lo demás, en la discusión de esta cuestión interviene el argumento dogmático tradicional de la limitación de los Tribunales Constitucionales a la función de declarar la inconstitucionalidad -como legisladores negativos, que sólo expulsan pero no incorporan nuevas normas al ordenamiento jurídico-, respecto del que es evidente que mientras la igualación mediante la anulación de una norma discriminatoria no admite reproche alguno, lo opuesto ocurre con la igualación por extensión o generalización de un privilegio (cf., de acuerdo, Rey Martínez 1995, 27-8). En tal sentido, no considero suscribible la observación de Rubio Llorente (1991, 662) de que en materia de igualdad siempre se crea una norma nueva, salvo en el sentido tautológico e irrelevante para una comparación con la opción alternativa según el cual la expulsión de una norma crea otra al someter la situación a una regulación o disciplina distinta a la que venía recibiendo.

[12] A la inversa, también se pueden citar casos en los que la igualación «por arriba», extendiendo el privilegio a todos, es inevitable o, en todo caso, bien razonable, con independencia de que el rasgo sea discriminatorio o no: así lo ejemplifican, respectivamente. de un lado, la STC 116/1987, de 9 de julio (Leguina), que declaró inconstitucional los preceptos de una ley que negaba el reconocimiento de derechos pasivos a los militares de la República ingresados después del 18 de julio de 1936 cuando otras leyes se los habían reconocido también a los funcionarios civiles de la República que habían ingresado durante la guerra civil; y, de otro lado, las varias sentencias en las que, a partir de la STC 7/1983, de 14 de febrero (Tomás y Valiente), el Tribunal Constitucional declaró nula por discriminatoria la reglamentación de la Compañía Telefónica Nacional de España que obligaba a sus trabajadoras, pero no a sus trabajadores, a una excedencia forzosa por razón de matrimonio (vid. también SSTC 8/1983, 13/1983, 15/1983 y 38/1984).

[13] Puede verse una relación en Rodríguez-Piñero y Fernández 1986: 53, n. 70.

La fórmula anterior, además de la vaguedad casi congénita al término «razonabilidad», tampoco carece de ambigüedad, especialmente debido a la utilización de la noción de «objetividad», que en este contexto puede ser empleada al menos en tres sentidos diferentes: la objetividad como exclusión de referencias valorativas por parte de la norma, como (uno de los significados de la) generalidad normativa y, en fin, como justificabilidad de la distinción establecida por la norma.

En el primer significado, cuya desconsideración no merece mayor desarrollo, si la objetividad se refiriera a la descripción en términos fácticos de las categorías utilizadas por la norma, es más que dudoso que tal requisito deba reputarse como exigible, puesto que eso excluiría como contrarias a la igualdad referencias normativas tan usuales como las que en Derecho privado se hacen a la buena fe o a la diligencia exigible en los comerciantes o las que en Derecho público se hacen a la mejor oferta en los concursos de bienes y servicios o a la buena conducta como condición para obtener licencia de armas o para conceder permisos a presos, sin contar las múltiples referencias constitucionales a términos valorativos como «dignidad de la persona», «tratos inhumanos o degradantes» o «derecho al honor», por citar sólo algunas de las más llamativas. Por lo demás, que yo sepa, el Tribunal Constitucional no ha utilizado la noción de objetividad en este sentido, de modo que consideraré los otros dos significados restantes, que merecen una discusión más detallada.

La objetividad como generalidad de las normas

El segundo significado de la idea de objetividad la identifica con la generalidad y abstracción normativas en cuanto ausencia de acepción de personas en los sujetos designados por la norma, de modo que sean designados como clase y sin la finalidad de favorecer o perjudicar a nadie caracterizable *ad personam*. Se trata de un significado que nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado en ocasiones, aun a costa de incurrir en cierta incoherencia con su línea principal y dominante de exigir la razonabilidad. Parecería que esta exigencia de objetividad como generalidad no tendría nada de objetable, al menos en principio, si se añadiera a la exigencia de razonabilidad, operando entonces como una condición necesaria pero no suficiente (no obstante, he hecho la salvedad de «en principio» porque, como enseguida se verá, hay razones para aceptar que, en casos excepcionales al menos, no es ni siquiera una condición necesaria). Tal es la interpretación que quedó abierta en la STC 42/1981, de 22 de diciembre (Gómez-Ferrer), cuando apareció por vez primera la exigencia de la generalidad como requisito de la igualdad ante la ley. Aunque no lo diga expresamente, cabe interpretar que esta sentencia -que declaró la inconstitucionalidad de una ley de la Generalidad de Cataluña por violar el requisito de la generalidad de la ley que exigía una titulación obtenida en un centro concreto para acceder a

una función pública- sólo estaba estableciendo una condición necesaria y no forzosamente suficiente del principio de igualdad. Y lo mismo cabe decir de la interesante STC 44/1995, de 13 de febrero (García-Mon), que aceptó un amparo contra un «acuerdo interpretativo» del Parlamento de Cataluña por haber desarrollado un precepto reglamentario en atención a un diputado y una circunstancia concreta.

Ahora bien, una acotada aunque continuada línea de sentencias del Tribunal Constitucional, que suelen remitirse a la citada 42/1981, ha venido a entender la exigencia de la objetividad en cuanto generalidad como una condición suficiente de la igualdad en la ley, ofreciendo así una posición muy restrictivista y deferente hacia el creador de normas en el control de constitucionalidad de ese principio. Así hay que deducirlo del hecho de que tales sentencias, la mayoría relativas a concursos de acceso a la función pública, hayan excluido la inconstitucionalidad de los actos o normas impugnados por razón de la igualdad alegando *únicamente* su carácter general: véanse las SSTC 49/1983, de 1 de junio (Pera Verdaguer), 50/1986, de 23 de abril (Rubio LLorente), 148/1986, de 25 de noviembre (Díaz Eimil), 207/1988, de 8 de noviembre (López Guerra), 20/1991, de 31 de enero (García-Mon), 27/1991, de 14 de febrero (Gimeno), y 189/1991, de 3 de octubre (De la Vega Benayas). Sin embargo, exigir únicamente la generalidad de la norma es compatible con la utilización de un criterio general irrazonable o arbitrario: sin ir más lejos, por ejemplo, las leyes racistas y segregacionistas son perfectamente generales en el sentido de que no hacen acepción particular de personas[14].

Sea como sea, no obstante, la precedente jurisprudencia ha sido precisada en dos sentidos. Por un lado, el Tribunal Constitucional ha aceptado la tesis doctrinal, ciertamente no pacífica, de que la idea de objetividad en cuanto generalidad, es decir, en cuanto exclusión de la referencia a sujetos determinados, no coincide necesariamente con la idea de objetividad en cuanto justificabilidad, es decir, en cuanto exclusión de la arbitrariedad[15]: en

[14] En este sentido, tenía razón Rubio Llorente en su voto particular a la citada STC 189/1991, cuando dijo que «el criterio de diferenciación empleado por el legislador ha de ser "razonable", no simplemente objetivo. Perfectamente objetivo es, para usar un ejemplo célebre en la doctrina, el criterio que diferencia a los vecinos de una misma calle según el número, par o impar, de las casas que habitan pero a ello, nadie, creo, consideraría ajustada al principio de igualdad una norma que obligase a pagar impuestos a los vecinos de casas con número impar, eximiendo de esa obligación a los que habitasen en los pares».

[15] Frente a la clásica pero seguramente envenenada tesis de Carl Schmitt sobre la rígida exigencia del constitucionalismo liberal-burgués de identidad entre generalidad, legalidad e igualdad (cf. 1928, esp. cap. 13), creo más acertada una posición más matizada, que en nuestro país Ignacio de Otto expresó tan sencilla como sintéticamente: «El mandato de igualdad prohíbe la desigualdad injustificada y no hay ningún motivo para suponer que la desigualdad establecida para un solo individuo es imposible de justificar, pues las circunstancias que justifican el trato desigual pueden darse tanto en un grupo como en un individuo singularmente considerado» (1987, 181: cf. también, coincidiendo en este criterio, Jiménez Campo 1983, 75 y 82; así como en favor del criterio opuesto, Serrano 1985, 44-6).

efecto, el Tribunal Constitucional en una de las sentencias del caso Rumasa, la 166/1986, de 19 de diciembre (Díaz Eimil), aceptó la posibilidad de dictar leyes singulares en situaciones excepcionales, si bien sometiéndola a «rigurosos límites», en especial a la exigencia del control de razonabilidad y a la exclusión de su incidencia en los derechos más fundamentales. Por otro lado, el grueso de la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad en la ley ha centrado su control en el examen de razonabilidad, sin hacer más referencias que las meramente nominales a la objetividad y, en todo caso, sin insistir especialmente -tal vez, cabe observar, porque en cada caso concreto podía darse por supuesta- en la exigencia de la objetividad como generalidad.

La anterior conclusión viene a remitir como mejor interpretación de la noción de objetividad al tercer significado antes avanzado, como justificabilidad de las distinciones empleadas por las normas, entendida como exclusión de criterios «subjetivos» en el sentido de arbitrarios o, precisamente, no razonables[16]. Lo que ocurre es que en este significado, en realidad, la objetividad como condición *prima facie* exigible viene a converger en el examen de razonabilidad, por lo que si no resulta a fin de cuentas redundante y superfluo es sólo porque, en ciertos sectores normativos, como el de la selección de personal, puede ser visto como una concreción de éste. Por ello mismo, la alusión de muchas sentencias a la noción de objetividad apenas reduce la todavía sin duda excesiva vaguedad que en nuestro sistema mantiene la exigencia de razonabilidad como criterio de la igualdad en la ley[17].

El examen de razonabilidad

En abstracto, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta. Pues bien, el principio

[16] Tal es, probablemente, el origen de la exigencia de objetividad, procedente de la doctrina de Gerhard Leibholz y de su posterior acogimiento por el Tribunal Constitucional alemán (del que aquél fue magistrado de 1951 a 1971, así como Presidente), según la cual el principio de igualdad consagra la exclusión de la arbitrariedad, entendida como carencia de justificación *objetiva* en el sentido de conforme a la «naturaleza de las cosas» (cf. Jouanjan 1992, 129-36).

[17] En efecto, en nuestra jurisprudencia constitucional no hay apenas rastro de los varios subcriterios y técnicas dirigidos a reducir la vaguedad del criterio de razonabilidad que han ido creando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o el Tribunal Constitucional alemán, como -además de la distinción que después se comentará entre examen ordinario, estricto e intermedio (cf. *infra*, notas 41-44 y texto correspondiente)- la deferencia hacia las aproximaciones legislativas paso a paso o en materias nuevas y complejas, la permisividad hacia ciertas estandarizaciones por razones de eficiencia o de facilidad de gestión o por su urgencia o su provisionalidad, etc. (cf. Tussman y tenBroek 1949, 348-9; así como Jouanjan 1992, 301-7).

genérico de igualdad, en cuanto afecta al legislador al menos[18], hace prácticamente innecesario el primer tipo de examen, que suele darse por aprobado de modo implícito por dos razones. En primer lugar, aunque en teoría es posible que una ley sea deliberadamente contraria al principio genérico de igualdad, el caso parece máximamente atípico, pues la norma debería tener como pretensión o efecto dominante la realización de la propia desigualdad, lo que resulta particularmente extraño fuera del ámbito de las discriminaciones estrictas, cuyo objetivo ha solido ser la propia desigualdad, con la estigmatización o la minusvaloración usualmente asociada a ella. En segundo lugar, y complementando lo anterior, las leyes no están sometidas a finalidades constitucionales específicas y tasadas, sino que, siempre que no traspasen los límites de los derechos y demás exigencias establecidos en la Constitución, pueden proponer libremente distintas interpretaciones a propósito del interés general, que, en un sistema de democracia pluralista, no es más que el punto de vista específico de la variable mayoría sobre el contenido de tal interés. Dicho en dos palabras, las leyes no son «ejecución» de la Constitución en similar sentido a como los reglamentos son ejecución de las leyes, de modo que el legislador es libre de perseguir cualesquiera finalidades, siempre que sean lícitas en el marco constitucional[19].

[18] En lo que se refiere a la capacidad reglamentaria de la Administración, la cuestión es algo diferente, pues la finalidad de la norma no es en tal caso meramente discrecional, sino que ha de enmarcarse bien dentro de las competencias atribuidas directamente a la Administración por la Constitución, bien dentro de la delegación autorizada por la ley correspondiente. Sin embargo, el examen de que tal poder normativo no se ejercita *ultra vires* es una de las funciones típicas del control judicial ordinario de la legalidad de la actuación administrativa, siendo improcedente en principio el control del Tribunal Constitucional (y, si no estoy equivocado, en la jurisprudencia española al menos no existe ninguna sentencia que emprenda tal examen de razonabilidad en sentido estricto, respecto de la finalidad de la norma, en relación con alguna norma reglamentaria).

[19] Naturalmente, cuando el legislador traspasa tales límites se produce una violación de algún precepto constitucional diferente del principio genérico de igualdad en la ley. Por lo demás, entre los límites constitucionales a las finalidades perseguibles por las leyes no cabe incluir el propio principio genérico de igualdad ante la ley so pena de conferirle un carácter sustantivo y no meramente relacional y, por tanto, de convertirlo en un criterio de justicia material o, al menos, de igualdad real que podría echar al traste cualquier entendimiento mínimamente razonable del alcance de la revisión constitucional de las leyes.

En este sentido, ni siquiera la exigencia de generalidad y abstracción de las normas, esto es, la exclusión de la acepción de personas, debe ser vista como un criterio *sustantivo* incorporado en el principio de igualdad en la ley, sino como una exigencia formal y meramente *prima facie*, en el sentido de excepcionable si hay una buena razón, derivada, una vez más, de la necesidad de adecuación entre las distinciones normativas y la finalidad de la mayoría de las normas, en las que *suele* ser exigible el carácter impersonal. Por el contrario, de entenderse esa exigencia como un criterio absoluto o inexcepcionable, no sólo estaría radicalmente excluida por principio toda ley singular -lo que, como se sugirió, parece una exigencia irrazonable-, sino incluso la autorización legal de nombramientos políticos de libre designación, que son típicamente *ad personam* pero que, sin embargo, están justificados precisamente en función de la finalidad de la norma autorizante de garantizar unas relaciones de confianza en ciertas actividades políticas.

Si lo anterior es cierto, el examen exigido por el principio genérico de igualdad en la ley puede reducirse a la exigencia de adecuación suficiente entre la clasificación empleada y la finalidad de la norma, que es en lo que en realidad ha consistido el análisis jurisprudencial de la «razonabilidad» de las distinciones consideradas. Ahora bien, en realidad, si esta relación entre medios y fines pudiera y debiera ser perfecta, el examen de razonabilidad se convertiría en un ejercicio técnico, básicamente objetivable en los términos de las ciencias sociales y que se podría reducir sin más a una aplicación de lo que Max Weber denominó racionalidad instrumental. Pero si, por un lado, la existencia de una relación de igualdad *relevante* entre dos o más individuos presupone una atribución valorativa y, por otro lado, la adecuación entre fines y medios normativos, particularmente en cuanto afecta al principio genérico de igualdad ante la ley, no siempre necesita ser estricta o exacta para ser calificada como razonable, entonces el examen de razonabilidad no puede reducirse al de racionalidad, dejando abierto el campo a la introducción de juicios de valor en la determinación de la propia relación de adecuación[20]. Veámoslo por partes.

En efecto, por un lado, ninguna relación de igualdad, especialmente en contextos sociales, éticos y jurídico-políticos, es propiamente de identidad, por lo que la determinación de aquélla supone necesariamente la existencia de ciertos rasgos comunes y ciertos rasgos disímiles de los que se destacan los primeros como relevantes en función de un determinado aspecto o trato. Esto significa que la simple predicación de una determinada relación de igualdad entre dos o más personas, incluso en contextos descriptivos, exige evaluar y seleccionar los rasgos que se consideran relevantes en uno u otro aspecto[21]. Además, en las relaciones de igualdad prescriptivas, esto es, cuando la relevancia de la igualdad se determina en función de un determinado trato que se propone como debido o prohibido, la propia conexión entre los rasgos considerados comunes y el trato asociado a su posesión depende a su vez de una valoración de carácter práctico y, en último término, ético. Tal conexión, así pues, no puede comprobarse empíricamente, al modo de la racionalidad instrumental, sino que, en el mejor de los casos, supone un juicio de razonabilidad, en el que se aportan argumentos capaces de recibir mayor o menor adhesión en un determinado contexto histórico-social.

Por otro lado, si la propia utilización de distinciones o clasificaciones de personas y situaciones en cualquier norma es el resultado de un proceso conceptual de generalización y abstracción que no siempre puede cuadrar estricta y exactamente con la finalidad pretendida sería absurdo exigir una

[20] Sobre ello, en general, vid. Atienza 1987 y Rubio Llorente 1991, 659-61; sobre las consecuencias del uso del criterio de razonabilidad en la libertad de configuración normativa del legislador, vid. Jiménez Campo 1983, 100ss.

[21] Sobre la naturaleza de este juicio de *relevancia*, con mayor amplitud, reenvío a Laporta 1985, 15-9.

adecuación perfecta entre fines y medios. Más aún, en rigor, salvo que la norma incorpore criterios abiertos para su aplicador -esto es, salvo que se trate más bien de un principio que de una norma en sentido estricto-, *nunca* cuadrará, potencialmente al menos, dada la posible aparición de casos o circunstancias imprevisibles en el momento de la creación de la norma[22]. Eso significa que las normas pueden ser en alguna medida inexactas o inapropiadas en sus criterios clasificatorios en relación con su fin sin ser propiamente arbitrarias: por ejemplificarlo toscamente, la norma que prohíbe la entrada de perros en bares y restaurantes es doblemente inapropiada porque no incluye a otros animales que pueden ser tanto o más molestos que los perros, como los chimpancés o los leopardos (infrainclusividad), y porque no excepciona la entrada de perros adiestrados y necesarios como los lazarillos (suprainclusividad)[23]. De tal modo, en cuanto cualquier norma utiliza clasificaciones directamente relativas a personas o que indirectamente han de referirse a ellas (así, la prohibición de entrada de perros en realidad se dirige a sus portadores), la tolerancia hacia la inexactitud en la clasificación utilizada como relevante, sea por exceso y/o por defecto, suele y debe ser mayor cuando estamos ante el simple principio genérico de igualdad que cuando aparece un rasgo aludido en el mandato antidiscriminatorio.

Entre los numerosos ejemplos que se podrían dar de la utilización de esta versión del test de razonabilidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional, pueden bastar dos muestras, una por activa, declarando la inconstitucionalidad de una norma, y otra por pasiva, denegándola. Por activa, por ejemplo, véase la STC 2/1992, de 13 de enero (Rodríguez Bereijo), que declaró inconstitucional la interpretación de una norma de la Ley General de la Seguridad Social que prohibía la afiliación a la SS del cónyuge porque la imposición de «una diferencia de trato de situaciones aparentemente iguales» entre el cónyuge y el resto de los trabajadores constituye un trato «desproporcionado respecto a la finalidad perseguida por la norma» (FJ 4). Por pasiva, en cambio, puede verse la STC 192/1991, de 14 de octubre (Rodríguez Bereijo), que denegó el amparo contra una norma de un Estatuto de Personal de la Seguridad Social que confería un derecho preferente a ocupar una plaza vacante en una localidad cuando en ella residiera el cónyuge, por considerar que tal distinción «no resulta injustificada, irrazonable o desproporcionada» en función del fin de protección de la familia (FJ 4)[24].

[22] Sobre ello, véase Tussman y tenBroek 1949, 346-7, y Schauer 1991, especialmente caps. 2 y 3.

[23] Sobre el tema, es ya clásico Tussman y tenBroek 1949, 347-8, cuya clasificación fundamental puede verse resumida en castellano en Alonso García 1984, 208-9, y en Rey Martínez 1994, 49-51.

[24] No obstante, el Tribunal Constitucional en alguna discutida y discutible sentencia ha aplicado un test muy estricto para distinciones no estrictamente discriminatorias, señaladamente en la citada STC 209/1988, que elevó cuestión de constitucionalidad contra la ley del impuesto sobre la renta estimando que la acumulación de rentas de los cónyuges resultaba desigualitaria

De acuerdo con todo ello, no es una casualidad que algunas sentencias hayan hablado de «proporcionalidad», en vez o indistintamente de «razonabilidad», como prueba de que tales nociones se manifiestan no como criterios técnicos y «objetivos» -sea en el sentido de absolutos o aceptables para todos sea en el de sometibles a prueba empírica-, sino como criterios justificatorios, inevitablemente vagos en sus delimitaciones. Tal es, por lo demás, no sólo el significado usual de la consideración de algo como «razonable», esto es, aceptable supuestas ciertas creencias sociales en un momento histórico dado, sino que es también el significado conscientemente aceptado por nuestro Tribunal Constitucional, como lo reconoció abiertamente la STC 49/1982, de 14 de julio (Díez-Picazo), que, utilizando una expresión luego repetida en otras muchas, identificó la razonabilidad con la conformidad «con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (FJ 2).

2.1.2. El mandato antidiscriminatorio

La discriminación en sentido estricto

La mejor manera de considerar el contraste entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio es detenerse en las razones y efectos de este último, por el momento desde el punto de vista teórico general aquí defendido, que propone como preferible una interpretación más homogénea que la que, como enseguida se verá, cabe entresacar de la jurisprudencia constitucional. Ante todo, se ha de precisar que la distinción en el art. 14 del mandato antidiscriminatorio supone adoptar un concepto restringido de «discriminación» según el cual ésta no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo.

Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que se pueden utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los perjudicados por ellos, aunque en ocasiones, sin embargo, puedan ser injustos, como, por ejemplo, el favorecimiento de la contratación de jóvenes respecto de la de mayores de 45 ó 50 años o la exención

---

respecto de la legítima finalidad pretendida, de gravar la mayor capacidad económica de la vida en común, al no aplicar el mismo criterio a casos similares, como las uniones de hecho y, en general, todas las personas que viven en común (cf. FFJJ 8-10); no obstante, la también citada STC 45/1989, que resolvió esta cuestión, aunque no dejó de acoger tales argumentos, se apoyó más decisivamente en el argumento de que el «impuesto por grupo» en que consistía la sujeción de la unidad familiar al impuesto sobre la renta violaría los principios constitucionales de igualdad y de capacidad económica (cf. FFJJ 5-7).

del IVA en los honorarios de médicos y abogados. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones históricamente han tendido a afectar no tanto a las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces incluso física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

No obstante, tampoco una distinción como la anterior debe esencializarse y entenderse rígidamente, más allá de las distintas razones históricas y sociales que la justifican para el presente y el futuro. Así, por un lado, existe una graduación en la gravedad de los supuestos de discriminación. Los más graves históricamente han sido, sin duda, las persecuciones genocidas, donde a la inmodificabilidad material del rasgo discriminatorio se ha solido unir su gran visibilidad, y cerca de ellas hay que situar las persecuciones religiosas, ideológicas y similares, que no dejan más opción de sometimiento que un cambio de modo de vida puramente externo o ficticio y la ocultación del rasgo. En un nivel inferior, en los sistemas democráticos actuales el riesgo más grave reside en las diferenciaciones por prejuicios descalificatorios de carácter estigmatizador o despectivo, tan típicos en la conducta social hacia ciertas minorías raciales, o, simplemente, los de carácter minusvalorador, como tradicionalmente viene ocurriendo con las mujeres, confinadas en roles subordinados. En fin, aunque graves por su afectación a la dignidad humana y por ello merecedores de atención y vigilancia, las distinciones por el nacimiento, la religión o la opinión carecen ya hoy, en los sistemas democráticos al menos, de la honda y dilatada raigambre discriminatoria que todavía pervive socialmente en la raza y el sexo.

Por otro lado, aceptada esa gradualidad de la escala, el paso de las discriminaciones en sentido estricto a las simples desigualdades ante la ley no puede considerarse como un salto cualitativo e inabarcable. En este punto cabe elogiar la previsión jurídica de cláusulas discriminatorias abiertas, que faciliten la especial protección de nuevas formas de grave discriminación, incluyendo en tal apertura el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que en realidad siempre han sido intolerables, como hacia los discapacitados o hacia las personas con orientaciones sexuales minoritarias. En particular, la interpretación aquí defendida sobre el art. 14 permite entender su cláusula de cierre («o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») precisamente como una reserva de tal carácter hacia rasgos similares en gravedad a los expresamente mencionados[25] (en el mismo sentido, cf. Rodríguez-Piñero y Fernández 1986, 66-78).

[25] En efecto, si en el art. 14 no se distinguiera entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio específico, de modo que la enumeración de rasgos discriminatorios sea una simple ejemplificación del principio de igualdad ante la ley, dicha cláusula de cierre resultaría superflua por redundante, como defendió Ignacio de Otto (cf. 1984, 451; de acuerdo en este diagnóstico y con mi punto de vista, cf. Hierro 1995, 132).

Más aún, que la cláusula antidiscriminatoria no ha de esencializarse tiene una consecuencia decisiva para una adecuada lectura de cada uno de los motivos discriminatorios por separado, cuya utilización no siempre es equivalente ni ambivalente o bidireccional[26]. Por mucho que la tendencia histórica a usar rasgos como la raza, el sexo, la religión, etc. como depósito de prejuicios sociales descalificatorios para la dignidad de sus portadores incline a tener precaución ante su uso, cualquiera que sea su signo, tampoco se ha de olvidar que en la generalidad de la letra de la ley (o, en este caso, de la Constitución) se equiparan en abstracto la desigualdad que perjudica al negro, al gitano o a la mujer con la que perjudica al blanco o al varón. Pero esa bidireccionalidad puede no ser siempre justa ni necesaria, pues a veces una medida que favorece a un colectivo tradicionalmente discriminado y que, por tanto, discrimina al tradicionalmente favorecido, no está basada en un prejuicio descalificatorio de este último ni corre el riesgo de fomentarlo. Y si es cierto que tal prejuicio es una tendencia y no un requisito del concepto de discriminación, no cabe excluir, al menos conceptualmente, que puedan existir discriminaciones justificadas, esto es, desigualdades que toman justificadamente un rasgo generalmente asociado a prejuicios descalificatorios, como los permisos por parto, la elección de actores de una raza para un espectáculo o película que así lo exige y la contratación de modelos de un solo sexo para un desfile de moda o, en fin, en las medidas de discriminación inversa, la reserva para mujeres de ciertos puestos políticos o laborales prestigiosos[27].

En suma, como la contrastante doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha puesto de manifiesto, frente a una interpretación bidireccional de la cláusula constitucional de igualdad, como ciega al color (*color blind*), al sexo, etc. -iniciada por la *dissenting opinion* del juez Harlan frente a la ominosa sentencia *Plessy v. Ferguson*, de 1896, que aceptó la segregación racial en los ferrocarriles-, es más apropiado y refinado el criterio del juez Blackmun en su *concurring opinion* en una sentencia de 1978:

> «Para superar el racismo tenemos que tener en cuenta la raza. No hay otro camino. Y para tratar a algunas personas igualmente tenemos que tratarlas de manera diferente» (Regents of the University of California v. Bakke).

[26] Compartiendo presupuestos conceptuales y valorativos similares a los aquí mantenidos, Fernández López -tal vez siguiendo una alusión de Rodríguez-Piñero (cf. 1991, 1089)- utiliza los términos «bilateral» y «unilateral» (cf. 1993, 160ss), pero este último me parece que tiene una mayor connotación peyorativa que «unidireccional».

[27] Naturalmente, si se conviene en que el significado jurídico-constitucional del término «discriminación» es el de distinción *injusta*, las anteriores observaciones deberían reformularse terminológicamente, asumiendo que caben distinciones por rasgos como la raza o el sexo que no son discriminatorias o que la llamada «discriminación» inversa no es propiamente tal a efectos jurídicos. Más allá de la terminología, lo decisivo es que los contenidos o significados que avalan una determinada posición sean coherentes y estén respaldados por razones.

La rígida jurisprudencia inicial

Pues bien, si se contrasta el anterior marco teórico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el art. 14, se debe constatar la existencia de una primera línea jurisprudencial, dominante en una época inicial que llega al menos hasta 1987[28], que, por un lado, utiliza un concepto amplio de «discriminación», como mera desigualdad injustificada o irrazonable, asociado a una lectura indiferenciadora de los dos incisos del citado artículo, y, por otro lado, tiende a interpretar de forma inexorable y bidireccional los rasgos específicamente mencionados -en especial de la discriminación sexual, sobre la que el Tribunal ha tenido más ocasiones de pronunciarse-, una interpretación según la cual la Constitución prohibiría sin posibilidad de excepción el uso de tales rasgos, sean cuales sean su sentido y sus objetivos.

En el primer aspecto, la noción amplia de «discriminación» ha sido expresamente mencionada en diversas sentencias, que, a la vez, han reproducido repetidamente la exigencia -aceptable, como he indicado, sobre todo en relación con el simple principio genérico de igualdad- de que las distinciones normativas tengan una «justificación objetiva y razonable», o, más simplemente, una «justificación razonable». En esta acepción, como dijo la STC 142/1990, de 20 de septiembre (De la Vega Benayas), «[e]xiste la discriminación toda vez que se da un trato diferente ante situaciones de carácter igual» (FJ 3). El alcance de esta doctrina, sin embargo, podría resultar bastante limitado porque en la inmensa mayoría de los casos no estaban en juego rasgos discriminatorios específicamente mencionados, de modo que cabría referir su *ratio decidendi* propiamente dicha únicamente al principio genérico de igualdad ante la ley del primer inciso del art. 14[29]. No obstante, aunque haya sido más bien excepcional[30], también alguna sentencia ha apelado al mero examen de razonabilidad para analizar en el caso concreto discriminaciones en sentido estricto, como la STC 216/1991, de 14 de noviembre

[28] La fecha corresponde a la STC 128/1987, sobre la que se hablará después, que ha sido destacada por varios autores como momento de ruptura entre dos épocas (cf. Rodríguez-Piñero 1993. 20; Fernández López 1993, 162; y Rey Martínez, 1995, 9-10).

[29] Así, en esa circunstancia se encuentran las citadas SSTC 22/1981, 42/1981, 209/1988, así como las SSTC 34/1981, de 10 de noviembre (Gómez-Ferrer), 68/1982, de 22 de noviembre (Díez-Picazo), 75/1983, de 3 de agosto (Escudero), 83/1984, de 24 julio (Rubio LLorente), 8/1986, de 21 de enero (Díez de Velasco), 107/1986, de 24 de julio (López Guerra), 19/1987, de 17 febrero (Díez-Picazo), 29/1987, de 6 de marzo (De la Vega Benayas), 114/1987, de 6 de julio (Leguina), 23/1989, de 2 de febrero (Begué), 6/1991, de 15 de enero (De la Vega Benayas), 14/1992, de 10 de febrero (Leguina), y 84/1992, de 28 de mayo (Gimeno).

[30] Lo común es que en los casos de discriminación propiamente dicha, como por causa del sexo, el Tribunal Constitucional no utilice la categoría de la razonabilidad (vid., por ejemplo, la citada STC 7/198, la 38/1986, de 21 de marzo [Latorre], o la 241/1988, de 19 de diciembre [Begué], que da por «evidente que los presupuestos en que se sustentaba el anterior concepto resultan hoy en día inadmisibles» [FJ 6]).

(De la Vega Benayas), que lo utilizó para aceptar un recurso de amparo frente al retraso legislativo en conferir a las mujeres el derecho a ingresar en las fuerzas armadas.

Dentro de la misma línea jurisprudencial inicialmente dominante, más significativa y trascendente que la anterior doctrina es la que, en el segundo aspecto mencionado, ha propendido a adoptar una interpretación inexorable y bidireccional del mandato antidiscriminatorio, es decir, una interpretación que considera que el art. 14 de la Constitución prohíbe de forma absoluta y en cualquier sentido la utilización normativa de los rasgos allí específicamente mencionados. Esta indiferencia hacia el propósito y dirección de la utilización de los rasgos discriminatorios se manifiesta claramente en varias sentencias que sobre discriminación en contra de los varones se fueron dictando en varias materias durante la primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, con todo, no ha dejado de tener sus secuelas posteriormente[31]. La primera de estas sentencias es la citada 81/1982, que declaró inconstitucional la consideración como horas extraordinarias del trabajo dominical por parte de las enfermeras de un hospital público por ser discriminatoria contra los varones; y de carácter similar fueron la STC 103/1983, de 22 de noviembre (Díez-Picazo), que extendió a los viudos el derecho a pensión antes genéricamente concedido a las viudas de los afiliados a la Seguridad Social[32], y la STC 207/1987, de 22 de diciembre (Latorre), que concedió amparo a los auxiliares de vuelo de Iberia contra el derecho al retiro anticipado reconocido a las azafatas (en este caso, no obstante, la decisión pudo venir también inducida por el carácter discriminatorio contra la mujer de la argumentación de la empresa y de la Magistratura de Trabajo, basada en la necesidad de la «presencia atractiva» que los clientes demandarían particularmente en *las* auxiliares de vuelo).

Hacia la superación del punto de vista formal

Frente a la línea anterior, y ya en la segunda etapa iniciada en 1987, tienen especial fuerza, por relacionarse estrechamente con su *ratio decidendi*, una serie de sentencias que, con independencia de que no siempre hayan diferenciado expresamente entre los dos incisos del art. 14, sin embargo, han hecho una interpretación de los rasgos de nacimiento, raza, sexo, religión, etc., por un lado, no inexorable y, por otro lado, no necesariamente bidireccional. Veámoslo por partes.

La mayoría de las sentencias mencionadas hasta ahora parecen respaldar una lectura meramente facial o formalista, y desde luego rígida, de los

[31] A título de ejemplo, véase la citada STC 142/1990.

[32] La solución de esta sentencia ha sido repetida para casos similares en diversas decisiones del Tribunal Constitucional (SSTC 104/1983, 42/1984, 253/1988, 144/1989, 176/1989, 142/1990, 158/1990 y 5/1992), alguna de ellas, como la 144/1989, redactada por Rubio Llorente, magistrado que presentó un bien argumentado voto particular a la primera de la serie.

rasgos mencionados en el art. 14, para la que *cualquier* utilización sería discriminatoria y estaría prohibida inexorablemente, sin posible excepción alguna[33]. Sin embargo, hay varias e importantes sentencias que, de manera central para su *ratio decidendi*, excluyen una lectura del art. 14 tan inmunizada e injustificada, que, por ejemplo, haría imposible distinguir legalmente por razón del parto. Así ha ocurrido no sólo con el rasgo del sexo -según veremos enseguida, en convergencia con una interpretación no bidireccional-, sino también, y desde momentos mucho más tempranos del Tribunal Constitucional, con los rasgos del nacimiento, la ideología e, incluso, la raza y la religión. Precisamente porque no se hizo una interpretación meramente facial, o formalista, se han podido admitir como conformes a la Constitución los siguientes supuestos: (a) la exigencia de «casar con persona notoriamente noble» para suceder en un título nobiliario prevista en la carta de concesión de 1733 (STC 27/1982, de 24 de mayo [Tomás y Valiente]); (b) la acomodación al ideario educativo de centros docentes privados, con sus consiguientes facultades de selección, control y despido del personal por razones ideológicas (SSTC 5/1981, de 13 de febrero [Tomás y Valiente-Rubio Llorente], y 77/1985, de 27 de junio [Díez de Velasco], así como, delimitando tales facultades, 47/1985, de 27 de marzo [Tomás y Valiente])[34]; © la perfecta licitud de la preferencia por correligionarios políticos para proveer cargos públicos de naturaleza no funcionarial (SSTC 32/1985, de 6 de marzo [Rubio LLorente], y 163/1991, de 18 de julio [Rodríguez-Piñero]); (d) la mención en un informe policial a ciertas «familias gitanas» como sospechosas de tráfico de droga (STC 126/1986, de 22 de octubre [Rubio LLorente])[35]; y, en fin, (e) la exclusiva excepción en favor de los familiares cercanos de sacerdotes católicos como afiliables al Régimen Especial del Servicio Doméstico de la Seguridad Social (STC 109/1988, de 8 de junio [Díez-Picazo])[36].

[33] Una sentencia que se sitúa claramente en esta tesis es la STC 144/1988, de 12 de julio (Rubio LLorente), que afirma que el art. 14 impide que en el trato a las personas «se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que [...] no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución» (FJ l).

[34] Sobre el tema, que tiene otras muchas y complejas ramificaciones en el ámbito de las llamadas organizaciones de tendencia, véase Calvo Gallego 1994, con la bibliografía allí citada.

[35] La sentencia, no obstante, matiza que, aunque en el caso concreto el uso fue puramente descriptivo y no «en sí mismo discriminatorio», «la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad» (FJ l).

[36] En el plano del desarrollo legislativo, por su parte, el art.6 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 1980, dice: «Las Iglesias Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias formas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad,

En cuanto al carácter no necesariamente bidireccional de la prohibición antidiscriminatoria -que inevitablemente ha de ir unido a una interpretación del rasgo en cuestión como no inexorable-, es la jurisprudencia posterior a 1987 en materia de sexo la que ha introducido distinciones decisivas -incluso en el sentido de los *distinguishing* del sistema anglosajón de precedente- que tal vez permitan afirmar la aparición de una severa revisión de la línea jurisprudencial inicial. El *leading case* de esta nueva etapa es la STC 128/1987, de 16 de julio (López Guerra), que rechazó el recurso de amparo de un ATS que había alegado violación del art. 14 porque en un hospital del INSALUD se reconocía un complemento retributivo de 4.000 pesetas en concepto de guardería sólo para las trabajadoras y viudos con hijos menores de 6 años. Aunque como veremos más tarde la solución de esta decisión puede ser discutible, incluso en los términos de su propia argumentación, la doctrina en ella elaborada es sólida y valiosa. Así, tras poner de manifiesto que la discriminación por razón de sexo se halla expresamente prohibida por la tradicional situación de inferioridad de las mujeres (cf. FJ 5), la sentencia diferencia entre las medidas protectoras tradicionales -como la prohibición del trabajo nocturno o de actividades penosas-, que reproducen esquemas discriminatorios de relegación de la población femenina (cf. FJ 6), y las medidas «dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes», es decir, lo que se suele denominar acciones afirmativas o positivas, cuya pretensión es remediar la situación de inferioridad de

> «determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables» (FJ 7);

pues bien, tal tipo de desigualdad, que da un «tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas», es según la sentencia perfectamente conforme con el principio constitucional de igualdad, integrado por los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, con la salvedad de su sometimiento a «revision periódica» para comprobar la pervivencia de la previa discriminación (cf. FJ 7-8).

Sentencias posteriores han reafirmado esta misma doctrina, tanto en supuestos que el Tribunal Constitucional ha considerado de acción positiva como frente a distintas formas de discriminación contra la mujer: esto último es lo que hacen varias sentencias de las que, no por casualidad, ha sido ponente Rodríguez-Piñero, como la 145/199 1, de 1 de julio, que declaró inconstitucional

---

igualdad y no discriminación». Aunque la cláusula final de este precepto indica la existencia de límites a las facultades previamente establecidas en él, sería absurdo interpretar que excluye la posibilidad de que las mencionadas organizaciones establezcan ciertas diferencias por razones religiosas, es decir, que prohíba, precisamente, la discriminación por razón de religión mencionada en el art. 14 de la Constitución (sobre el tema, remito al libro de Calvo Gallego citado en la nota 34).

como discriminación encubierta las diferencias en un sector laboral entre «peones» y «limpiadoras», la 229/1992, de 14 de diciembre, que declaró inconstitucional la negativa de Hunosa a integrar a una mujer en el trabajo en el interior de las minas[37], la 58/1994, de 28 de febrero, que declaró inconstitucional por discriminación encubierta un convenio colectivo que establecía menor salario para una categoría de trabajadores que, aun terminológicamente descrita de forma neutra («oficiales») era predominantemente ocupada por mujeres frente a la generalmente ocupada por hombres («profesionales de industria»)[38], y, en fin, la 173/1994, de 7 de junio, que consideró discriminatorio el acogimiento judicial de la no renovación del contrato temporal de una mujer por razón de su embarazo por parte del Ministerio de Cultura.

También de Rodríguez-Piñero es la redacción de la única sentencia que ha resuelto un caso de discriminación inversa, o próximo a él, en el que, además del principio de igualdad, entraba en juego el criterio de mérito y capacidad exigido en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución para el acceso a la función pública: la STC 269/1994, de 3 de octubre. El asunto se planteó por el recurso de una mujer frente a una orden del Gobierno Autónomo de Canarias que, en cumplimiento de una ley de aquella Comunidad Autónoma, había convocado un concurso-oposición para cubrir 189 plazas de un cuerpo administrativo superior, de las que reservaba seis para personas con un tercio de minusvalía siempre que superasen las pruebas selectivas correspondientes (la mujer había recibido el número 189, pero obtuvo la plaza en su lugar un discapacitado que, habiendo superado la calificación mínima exigida de 5 puntos, obtuvo el puesto 195). El Tribunal Constitucional, sugiriendo que la minusvalía es una de las causas discriminatorias -en el sentido fuerte de la expresión- incluidas en la cláusula final de apertura del art. 14, considera que el establecimiento de medidas favorecedoras como la recurrida no sólo no viola tal precepto sino que, además de coordinarse con el art. 49 de la Constitución, en su tendencia a procurar la igualdad sustancial «constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2» (F J4)[39].

[37] En esta sentencia se establece clara y expresamente, conforme a la interpretación del art. 14 aquí mantenida como preferible, que «[n]o obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que, la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el 9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres» (FJ 2).

[38] Véase también el ATC 117/1992, de 5 de mayo (firmado por Rodríguez-Piñero, Bereijo y Gabaldón), que reproduce la doctrina de la STC 145/1991 para rechazar la admisión del recurso de una empresa contra una sentencia que había considerado discriminatoria la retribución que daba a ciertas trabajadoras.

[39] Frente a esta parte de la argumentación, es más endeble la dedicada al criterio del mérito, donde tras citar varias SSTC en las que se sienta la doctrina de que el acceso a la función pública debe responder a criterios que, «establecidos en términos de igualdad, respondan *única* y *exclusivamente* a los principios de mérito y capacidad», la 269/1994 sólo alega que

El examen riguroso de las discriminaciones

Aunque, como hemos visto, muchas -si no la mayoría- de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre igualdad ante la ley utilizan el término «discriminación» en un sentido genérico que inclina a presumir que consideran a los rasgos discriminatorios específicamente mencionados por el art. 14 como una ejemplificación del principio genérico de igualdad ante la ley, sin embargo, también hay una secuencia de sentencias que, por más que irregular en su cadencia e, incluso, en sus ponentes, ha sido sensible en mayor o menor grado a la distinción entre éste y aquéllos. Siendo estas últimas las que, por así decirlo, «hacen la diferencia», son ellas las que merecen un análisis detenido que permita reconstruir algunos criterios que delimiten el demasiado vago requisito de la razonabilidad de las distinciones normativas. Relacionándolo críticamente con la interesante jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la materia, me referiré ahora al distinto rigor en el análisis de las discriminaciones estrictas, para repasar después, algo más brevemente, otros diversos efectos de la distinción entre el mandato antidiscriminatorio y el principio genérico de igualdad.

Ya en su primera época, la citada STC 81/1982, sobre horas extraordinarias de ciertas ATS, partiendo de la existencia de una especie de presunción en favor de la igualdad al exigir la justificación de cualquier diferenciación, aludió a dos grados en tal exigencia, según se tratara de «aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución» o, por el contrario, de «aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación», en los cuales, añadía, «tal carga se torna aún más rigurosa» (cf. FJ 2)[40].

---

la selección ha tenido en cuenta la aptitud e idoneidad de los sujetos favorecidos por la medida (cf. FJ 5; la cursiva -en una cita que corresponde a un texto de la STC 185/1994, FJ 3- es mía). Implícitamente parece sugerirse así que la igualdad en la consideración de los méritos no exige necesariamente preferir a quien tiene *mayores* méritos, sino, en este tipo de casos al menos, simplemente que se tengan méritos *suficientes* o mínimos. A mi modo de ver, y reconociendo lo debatible del asunto, para este tipo de casos son más prometedoras otras argumentaciones, como, acaso, la consideración del rasgo favorecido como parte del mérito (lo que la STC 269/1994 excluye de plano) o, con mayor plausibilidad, la aceptación de excepciones parciales y extraordinarias al criterio del mérito, como en relación con el turno restringido aceptó la STC 27/1991, de 14 febrero (Gimeno), sentencia que, sin embargo, la 269/1994 no menciona (sobre el tema, en contra de la discriminación inversa, vid. Uranga 1991, 1576).

[40] No se trata aquí en absoluto de la atribución de la carga de la prueba, que en cuanto afecta a la *questio facti* no puede ser «ni más ni menos rigurosa», sino que se trata de la carga de la argumentación, es decir, de la *questio iuris* relativa a las razones que pueden justificar una diferencia de trato (así lo vio, por lo demás, la posterior STC 75/1983, de 3 de agosto [Escudero], FJ 5; y lo puso también de manifiesto, contemporáneamente, Alonso García 1984, 74; vid. también la citada STC 142/1990, FJ 3).

Como veremos después (nota 54 y texto correspondiente), la inversión de la carga de la prueba de los hechos ha sido también un elemento diferencial en la interpretación de la cláusula antidiscriminatoria por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

La anterior exigencia de mayor rigor en las discriminaciones estrictas recuerda las diferencias que el Tribunal Supremo estadounidense ha ido desarrollando a lo largo del tiempo en el examen o *test* utilizado para analizar las alegaciones de violación de la cláusula de «la igual protección de las leyes» garantizada por la Enmienda XIV. Según la reconstrucción propuesta por Gerald Gunther[41], tal jurisprudencia puede sistematizarse en tres tipos de *test*: (a) un test estricto -denominado *Strict Scrutiny*-, para las distinciones normativas que afectan a derechos fundamentales o son «sospechosas» (esto es, utilizan la raza o, con menos rotundidad, la filiación ilegítima[42]), conforme al cual los fines de la norma o medida deben ser «perentorios» (*compelling*) y la distinción «necesaria» (*necessary*) para la realización de tales fines[43]; (b) un test mínimo -denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*-, utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean «lícitos» (*legitimate*) en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté «racionalmente relacionada» (*rationally related*) con ellos; y, en fin, (c) un test intermedio -llamado *Intermediate Review*-, que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías «sensibles» (aunque no «sospechosas»), como el sexo, la discapacitación o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea «importante» (*important*) y que la distinción esté «sustancialmente relacionada» (*substantially related*) con tal fin[44]. En la anterior tripartición, es claro que la mayor o menor exigencia en la relación entre la distinción normativa y su finalidad corresponde con la mayor o menor tolerancia hacia la infra o suprainclusividad de la norma en cuestión.

En la jurisprudencia española no se encuentra una construcción semejante a la anterior, entre otras razones porque la redacción del art. 14 no sólo no sugiere tripartición alguna sino que, en su inmediata literalidad al menos,

---

[41] Cf. Gunther 1991, 606; vid. también Nowak, Rotunda y Young 1986, 357-9 y 528-37; y Tribe 1988, 1439-45, 1451-4, 1465-6 y 1601-16.

[42] Cf. Gunther 1991, 603, que añade también la riqueza; sin embargo, según Lawrence Tribe, la calificación de la riqueza como categoría sospechosa aparece retóricamente declarada por la mayoría de varias sentencias del Tribunal Warren y «nunca reflejó cuidadosamente el Derecho»; en realidad, se aplicó a dos derechos básicos, el voto y el acceso a apelaciones en materia penal, que se habían denegado a indigentes, sin que haya sido continuada por el Tribunal Burger, que ha sido reluctante «a decirles a los Estados cómo tratar los problemas de sus pobres» (1988, 1625-6); por su parte, Tribe, así como Nowak, Rotunda y Young, a diferencia de Gunther, incluyen también la filiación ilegítima entre las causas del test intermedio, y de ahí la matización que en ese aspecto se hace en el texto.

[43] Aunque sea paradójico, el primer caso en el que el Tribunal Supremo americano aplicó el test estricto aceptó su verificación: se trata del caso *Korematsu v. United States*, de 1944, en el que se aceptó la constitucionalidad de una orden militar que, después de la entrada de Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, recluyó forzosamente a americanos de origen japonés en campos de concentración.

[44] Conforme a este test, en *Craig v. Boren*, de 1976, se excluyó la constitucionalidad de una ley de Oklahoma que prohibía la venta de cervezas con un determinado porcentaje de alcohol a varones menores de 21 años y a mujeres menores de 18.

ni siquiera sienta una tajante distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio. Por lo demás, según la reconstrucción aquí propuesta, en nuestro sistema resulta suficiente la bipartición entre el examen de simple razonabilidad y el estricto, si bien, respecto de este último, el contenido y alcance que parece justificado apuntaría más al examen «intermedio» de la práctica jurídica estadounidense que al que allí se denomina «estricto». Esto último parece obligado si, como ha hecho nuestro Tribunal Constitucional, se considera que las medidas de acción positiva que toman como base rasgos como el sexo o la discapacitación no están constitucionalmente prohibidas pero tampoco son constitucionalmente obligatorias[45]. De este modo, de un lado, no sería necesario que la finalidad de la norma venga *obligatoriamente* impuesta sino sólo clara y razonablemente reconocida o *autorizada* por algún precepto constitucional[46] y, de otro lado, tampoco sería exigible la «necesidad» de la relación entre la distinción y la finalidad de la norma -es decir, la ausencia de toda infra o suprainclusividad normativa-, sino sólo un ajustamiento sustancial entre ambas.

En la línea anterior -si bien dentro de una general despreocupación por la técnica del análisis de la infra y la suprainclusividad normativa[47]- nuestro

[45] Rey Martínez, acogiendo básicamente la distinción por mí propuesta entre medidas de acción positiva y de discriminación inversa -las cuales (como también comento supra, nota 79 y texto correspondiente), serían una clase específica de aquéllas caracterizada por la utilización de un rasgo específicamente discriminatorio y por proporcionar beneficios en bienes especialmente escasos-, añade por su cuenta que mientras las primeras son constitucionalmente obligatorias, las segundas son sólo constitucionalmente lícitas (cf. 1995, 83ss; y 1996, 323). Discrepo de este criterio, pues no creo que ninguna de las dos categorías sea obligatoria para el legislador. Y ello no sólo por el principio general de libertad de configuración del Parlamento, sino sobre todo porque la Constitución únicamente establece el fin de la igualdad sin imponer, al menos en este tema, ningún medio en particular. En tal marco, ni las acciones positivas son genérica y necesariamente el único medio disponible para conseguir aquel fin ni es de excluir la posibilidad abierta al legislador de elegir entre diversas acciones positivas alternativamente realizables.

[46] Las precisiones anteriores revisan la más bien genérica adhesión al criterio del *strict scrutiny* por mí propuesta en un escrito anterior (cf. 1995, 119-20), con razón replicada por Liborio Hierro en el sentido que ahora matizo (cf. 1995, 134-5). Con todo, frente a la conclusión de Hierro -y más de acuerdo con la de Dworkin, que él mismo cita-, sigo considerando preferible la distinción entre el examen de mera razonabilidad y el (moderadamente) estricto, entre otras razones porque ello puede contribuir a ir cumpliendo uno de los más necesarios objetivos de la doctrina jurídico-constitucional en materia de igualdad: intentar reducir la enorme vaguedad de la usual referencia a la «razonabilidad», que, sin apenas más argumentación que su mera mención, permite acoger bajo su manto las más diversas y hasta contradictorias soluciones.

[47] En muy pocas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión expresamente, aun utilizando otra terminología: salvo error por mi parte, lo hizo en el voto particular de cinco magistrados a la STC 75/1983 (viniendo a señalar la suprainclusividad de la restricción de una norma que limitaba la edad para concursar al puesto de Interventor del Ayuntamiento de Barcelona a mayores de 60 años) y en el caso, al que ya me he referido, de las sentencias sobre el impuesto sobre la renta de la personas físicas (vid. nota 24). En todos estos casos, como puede verse, se propone la aplicación de un test estricto cuando no están en juego distinciones «sospechosas» o «sensibles», al menos en principio (no obstante, como el FJ 7 de la STC 45/1989 sugiere más bien a modo de *obiter dictum*, la progresividad debida a la acumulación de rentas para las parejas casadas podría constituir un caso de discriminación indirecta de algunas mujeres por el efecto desincentivador en su acceso al trabajo).

Tribunal Constitucional sí ha utilizado la distinción entre sus dos incisos para mencionar, y/o en algunos casos utilizar, los dos niveles de exigibilidad que acabo de comentar en el examen de las distinciones legales. Además de la citada STC 81/1982, que más bien *mencionó* que usó la idea del diferente rigor en la justificación de las discriminaciones estrictas, hay al menos una sentencia que *ha utilizado* conscientemente la distinción entre las causas discriminatorias expresamente prohibidas y lo que el ponente mismo llama el «principio general de igualdad ante la ley» para aplicar a este último el simple criterio de razonabilidad (en el caso concreto, denegando el amparo a varias empresas funerarias contra un Decreto de la Junta de Galicia que las había excluido de la prestación de servicios mortuorios de Vigo: cf. STC 50/1991, de 11 de marzo [Rubio LLorente], FJ 4).

Por su parte, aunque esta última sentencia parecía dar a entender que el mandato antidiscriminatorio del art. 14 es inexcepcionable, de modo que la utilización normativa de uno de tales rasgos ni siquiera debería dar lugar a un «examen estricto» sino a la simple constatación de la absoluta prohibición constitucional, una posición mucho más matizada puede extraerse de varias decisiones del Tribunal Constitucional cuya *ratio decidendi* afecta directamente al mandato antidiscriminatorio y no, como la anterior, al principio genérico de igualdad ante la ley. Así ha ocurrido, por un lado, en las sentencias que han aceptado la constitucionalidad de ciertas medidas de acción positiva en favor de las mujeres, como la citada 128/1987, o la 19/1989, de 31 de enero (Leguina), que tras diferenciar claramente entre la «cláusula general de igualdad» y la serie de discriminaciones expresamente prohibidas, interpretan que tal prohibición es compatible con el establecimiento de distinciones que, tomando tales rasgos en consideración, tiendan a compensar situaciones tradicionales y sistemáticas de inferioridad social[48]. Y lo mismo cabe decir, por otro lado, de otras sentencias que han declarado la inconstitucionalidad de formas de discriminación expresamente prohibidas, bien

[48] La segunda de estas sentencias resume de forma excelente esta doctrina: «la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación» (FJ 4).

por razón de la opinión política, como la STC 204/1988, de 7 de noviembre (Latorre), bien por razón de sexo, sea contra las mujeres, como las citadas 145/1991 y 229/1992[49], sea contra los varones, como la 3/1993, de 14 de enero (de la Vega), que alude expresamente a la licitud constitucional de «ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer» (FJ 3). Para sintetizar una doctrina que se puede decir que se ha convertido prácticamente en una cláusula de estilo de nuestro Tribunal Constitucional puede servir la siguiente cita de la reciente STC 16/1995, de 24 de enero (De la Vega Benayas):

> «el sexo es uno de los factores de discriminación que por contrarios a la esencial dignidad de la persona estima inadmisibles el art. 14 de la Constitución en línea con los numerosos tratados internacionales suscritos por el Estado español en la materia, y de ahí que se haya venido exigiendo una justificación reforzada cuando la diferencia de trato pretenda basarse en esta sola consideración. Este examen más riguroso, aplicable [...] con independencia de cuál de los dos sexos sea el preterido, no puede olvidar que poner fin a la «histórica situación de inferioridad de la mujer», a su «desigual punto de partida» (STC 3/1993, fundamentos jurídicos 4º y 3º), es un objetivo constitucionalmente planteado en la actuación de los poderes públicos, en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el art. 9.2. C.E.» (FJ 3).

Otros efectos del mandato antidiscriminatorio

Junto a la anterior dimensión, centrada en el distinto nivel de exigibilidad del examen de constitucionalidad, seguramente más complejo en la jurisprudencia estadounidense que en la española, en la nuestra cabe atribuir un especial relieve a otros efectos de la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio que, en cambio, están ausentes en la en este respecto más plana jurisprudencia estadounidense.

[49] También esta sentencia citada expresa bien claramente la distinción entre los dos incisos del art. 14 y su alcance: «A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo. No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que, la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el 9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual desigualatorio» [*sic*, por «igualatorio»], es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres» (FJ 2).

Así, uno de los efectos más relevantes de la comentada distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio lo estableció la STC 108/1989, de 8 de junio (Rubio LLorente), al mantener que el primero es sólo alegable frente a normas jurídicas mientras que las causas específicas antidiscriminatorias serían también directamente aplicables a las relaciones entre particulares:

> «el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE» (FJ 1)[50].

Otro importante efecto -que, por cierto, contrasta con la resistencia de la jurisprudencia estadounidense a excluir la exigencia de una finalidad o propósito subjetivo discriminatorio[51]- es la especial sensibilidad hacia las formas indirectas o encubiertas de discriminación, que destacan el resultado de tal forma de desigualdad como hecho objetivo, con independencia de su intencionalidad, según ocurre, por ejemplo, en las pautas que tienen en cuenta la inexistencia de cargas familiares, que tienden a excluir a las mujeres con hijos en tanto que realizan tareas familiares por lo general socialmente reservadas a ellas: en la jurisprudencia constitucional española hay varias sentencias que se han pronunciado claramente contra este tipo de discriminaciones, en todos los casos en perjuicio de las mujeres, como la STC 241/1988, de 19 de diciembre (Begué), frente a la condición de ser «cabeza de familia» para reincorporarse al trabajo[52], o las ya citadas 145/1991 y 58/1994 en relación con diferencias salariales entre categorías con distinta denominación para hombres y mujeres pero similar carga[53].

Relacionado con el anterior aunque diferente de él, otro efecto bien significativo ha sido la inversión de la carga de la prueba del hecho discriminatorio que el Tribunal Constitucional ha propugnado en más de una ocasión, como en el llamativo caso de la STC 166/1988, de 26 de septiembre (De la Vega Benayas), que anuló una sentencia que había admitido la resolución del contrato de trabajo de una embarazada en período de prueba por que el empleador no había alegado que su decisión era ajena a la discriminación por razón de sexo[54].

---

[50] Véase también la STC 177/1988, de 10 de octubre (Begué), FJ 4.

[51] Cf., con mayores matices, Gunther 1991, 705-8 y 794.

[52] El caso recuerda la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de considerar improcedente conceder subsidios de paro especiales a los cabezas de familia porque, dado que el 95 por ciento de los cabezas de familia son hombres, tal medida resultaría discriminatoria (cf. Quintin 1984, 31).

[53] Sobre el mismo tema, véase también el ATC 117/1992, de 5 de mayo.

[54] Aunque sin duda más matizados, otros dos casos relevantes son los de la citada STC 38/1986, sobre una discriminación contra trabajadores varones, y la 38/1981, de 23 de noviembre

También entre los efectos importantes de la distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio se debe mencionar la restricción sólo del primero a «los españoles», aun a pesar de la literalidad de la redacción indiferenciada del art. 14. En efecto, aunque no hay ninguna sentencia constitucional específicamente aplicada al asunto, la doctrina general que el Tribunal Constitucional ha elaborado y utilizado en materia de extranjeros -especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre (Rubio LLorente), 99/1985, de 30 de septiembre (Gómez-Ferrer), 115/1987, de 7 de julio (Rodríguez-Piñero), y 94/1993, de 22 de marzo (De la Vega Benayas)- garantiza a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (cf. STC 107/1984, FJ 3). Pues bien, a mi modo de ver, entre éstos debe incluirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo y similares[55].

En fin, aunque menos relevante por su carácter meramente procesal, también ha de mencionarse el efecto que varias sentencias, desde la STC 50/1986, de 23 de abril (Rubio LLorente), han ligado a la distinción entre los dos incisos para los casos en que se impugne violación del criterio de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos establecida en el art. 23.2 de la Constitución, entendiendo que éste y no el 14 es aplicable de modo directo cuando no se alegue desigualdad por alguno de los rasgos específicamente mencionados en el último precepto, que sin embargo será también

(Arozamena), sobre un despido anulado por discriminación sindical (no obstante, la más reciente STC 293/1993, de 18 de octubre [Rodríguez Bereijo], se ha resistido a invertir la carga de la prueba en un caso en que varios funcionarios alegaban discriminación por su afiliación sindical); vid. también la STC 94/1984, de 16 de octubre (Truyol), que deniega un recurso de amparo contra el despido de una mujer en período de prueba tras un aborto fortuito. Por su parte, el Tribunal Central de Trabajo tendió a considerar un «supuesto excepcional» la inversión de la carga de la prueba (cf. Gutiérrez Delgado 1991, 1161).

Por lo demás, parece pertinente hacer una referencia aquí al algo confuso art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, de 1995, que reza: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». En realidad, este precepto no parece haber introducido propiamente una inversión de la carga de la prueba de los hechos, a pesar de su referencia a la Justificación [...] *suficientemente probada*», sino a la carga de la argumentación de la justificación de la medida desigualitaria, es decir, a la cuestión a la que aquí se ha aludido en la nota 40.

[55] Naturalmente, si en la noción de discriminación estricta se hiciera entrar la simple condición de extranjería desaparecería la propia distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio y se llegaría al absurdo de que los extranjeros tendrían exactamente los mismos derechos que los nacionales. Sobre ello, remito a la amplia y penetrante discusión crítica de Liborio Hierro (cf. 1995, 137-45), que comparto, a propósito de las posiciones de Manuel Atienza (cf. 1993, 234-6) y, más en sus genéricas conclusiones que en sus argumentos previos, de Javier de Lucas (cf. 1994, 180).

aplicable si estos rasgos entran en causa[56] (en similar sentido, vid. SSTC 119/1990, de 21 de junio, 149/1990, de 1 de octubre, 27/1991, de 14 de febrero y 293/1993, de 18 de octubre).

Recapitulación

Según es tradicional en nuestro sistema jurídico, donde la distinción entre dos épocas jurisprudenciales no suele ser tajante, tampoco es absolutamente perfecta la diferenciación aquí desarrollada entre las dos etapas del Tribunal Constitucional en materia de igualdad. Como hemos visto, al igual que en la etapa inicial cabe encontrar ya rasgos incipientes de la jurisprudencia menos formalista de la segunda etapa, también en esta última se dejan ver huellas de la doctrina más rígida de la primera. Sin embargo, si, como aquí se ha intentado hacer, se relacionan los enunciados jurisprudenciales con las decisiones adoptadas en cada caso concreto, las tendencias dominantes son claras y bien contrastantes. Por sintetizarlas de manera sencilla y global, frente a una interpretación inicial indiferenciada y formalista del art. 14, para la que cualquier desigualdad no razonable es discriminación y es sin más irrazonable prácticamente cualquier utilización de los rasgos específicamente mencionados en dicho precepto, en cambio, en la segunda etapa se abre paso una interpretación diferenciadora que, por un lado, establece un mayor rigor en el examen de constitucionalidad para las discriminaciones por rasgos como el nacimiento, la raza, el sexo y otras semejantes en gravedad y, por otro lado, excluye una lectura inexorable y forzosamente bidireccional de la prohibición de discriminaciones específicas.

Para ilustrar el contraste entre estas dos visiones, una buena pintura en negativo, que permite ver claramente las insuficiencias de la indistinción entre el principio genérico y el mandato específico de no discriminación, la proporciona la STC 73/1982, de 22 de diciembre (Díez-Picazo). Esta sentencia desestimó un recurso de amparo presentado por una mujer a la que la Audiencia de Albacete, en el proceso de separación matrimonial conforme a la legislación anterior a 1981, consideró culpable por injurias al marido porque, aun después de haber realizado pacto de separación de hecho, había permanecido -decía la sentencia de instancia-

> «durante unas horas de la noche en un edificio o chalé en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, saliendo del mismo sobre las dos treinta de la madrugada,

[56] Tal vez la fundamentación de esta sentencia pueda relacionarse con el ATC 862/1986, de 29 de octubre (firmado por Rodríguez-Piñero y el ponente de aquélla, Rubio Llorente), donde se sustenta la tesis -inédita en sentencia alguna, por lo que yo puedo saber- de que el «principio de igualdad», a diferencia de «las causas de discriminación que el art. 14 de la C.E. taxativamente menciona», es un «derecho *per relationem*» que, como tal, carece «de autonomía propia en cuanto que se da sólo en relación con otros derechos, a los que, por decirlo así, modula»; el Auto deriva de tal distinción el efecto de que la igualdad en la aplicación de la ley (sobre la que versaba el recurso) no es controlable en amparo más que cuando comporte una discriminación en sentido estricto (cf. FJ 3).

> lo que sugerente es en extremo [*sic*], ya que no puede aceptarse la explicación que la actora da al absolver posiciones, pues lo humano y lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta, donde todos la vieran, y no otra cosa, que *sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio del marido ante la gente normal que la sociedad integra*» (reproducido en el FJ 1 de la STC 73/1982; cursiva mía).

Pues bien, la aceptación de tales valores respecto de la conducta de la mujer casada por parte de la Audiencia habría debido considerarse, cuando menos, como sospechosa de discriminatoria por razón de sexo por parte del Tribunal Constitucional, que, sin embargo, se limitó a rechazar expeditivamente la existencia de la discriminación alegando como mejor razón, sin invertir la carga de la argumentación, que aunque la sentencia recurrida

> «haga hincapié en la situación de la mujer casada, no llega en momento alguno a pensar [sic, presumiblemente por «en modo alguno a permitir pensar»] que el régimen de las obligaciones del varón casado, separado de hecho, sea distinto, pues sólo si así hubiera sido, la discriminación se habría producido» (FJ 4).

Sin embargo, de la poca persuasividad de este argumento en el caso concreto da cuenta la inverosimilitud de la eventual inversión de la última frase citada de la sentencia de la Audiencia:

«pues lo humano y lógico en un *hombre casado* era permanecer en la puerta, donde todos *le* vieran, y no otra cosa, que sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio *de la esposa* ante la gente normal que la sociedad integra».

2.2. La igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad en la aplicación de la ley, aunque se dirige no al creador de las normas respecto de su contenido abstracto, sino a su aplicador en su cumplimiento en un caso concreto, no es en su raíz un principio diferente ni autónomo del de igualdad ante la ley. Su común denominador con la igualdad *en* la ley está en la misma exigencia: que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez -tomados uno y otro como prototipo respectivo del creador y del aplicador de normas- para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente.

Naturalmente, si la llamada aplicación de la ley fuera una operación mecánica, que siempre diera un resultado unívoco como concreción segura y necesaria de lo establecido en las normas generales, la igualdad en la aplicación de la ley coincidiría sin más con el principio de legalidad, hasta el punto de que, en tal caso, la idea de «*igual* aplicación» sería redundante, pues aplicar la ley no sería más que subsumir los iguales casos específicos bajo un criterio general uniformador o igualador. Entre las diversas razones por las que este modelo comporta una inadmisible distorsión de la realidad

jurídica[57], al menos en lo que se refiere a la aplicación judicial en nuestro país, no hay más que acudir a la experiencia. Aparte de notorios y escandalosos casos de decisiones judiciales absolutamente discrepantes en materias como la punición de la insumisión o la validez probatoria de videos tomados en lugares públicos, pondré dos ejemplos sobre asuntos seguramente más pedestres pero ante los que cualquiera puede comprobar documentalmente la disparidad de soluciones ante casos iguales en momentos prácticamente contemporáneos.

El primer ejemplo lo ofrecen dos sentencias de la Sala lª del Tribunal Supremo, una de 19 de enero y otra de 16 de febrero de 1987 que no es que versen sobre un supuesto similar sino sobre exactamente el mismo caso concreto[58]: ambas sentencias culminan sendos procesos civiles, uno declarativo y otro de tercería de dominio, inicialmente interpuestos por una mujer por el embargo de un piso que compartía con su marido en el régimen conyugal de conquistas del Derecho foral navarro, que según las sentencias recurridas ante el Supremo excluye la responsabilidad por deudas del patrimonio común si no hay consentimiento expreso de ambos cónyuges respecto del acto que origina la deuda; pues bien, la primera sentencia del Tribunal Supremo aceptó el anterior criterio, mientras que la segunda llegó a la solución exactamente opuesta al exigir únicamente el consentimiento presunto, entendido como conferido en tanto no se haya hecho revocación expresa en el Registro Mercantil. No tengo noticia de que este asunto llegara ulteriormente al Tribunal Constitucional[59], ni conozco qué resultado final obtuvieron dos resoluciones de imposible ejecución a la vez, pero es claro que demuestran que la llamada aplicación de la ley, de la misma ley, no siempre conduce a soluciones iguales.

Y algo similar ocurre con el segundo ejemplo, cuyos datos esenciales pueden hallarse en el ATC 862/1986, de 29 de octubre, que inadmitió a trámite un recurso de amparo presentado por un arrendatario que, habiendo obtenido en un Juzgado de Madrid una sentencia favorable a propósito del cómputo del incremento anual de su renta, vio anulada esa sentencia por una Sección de la Audiencia Provincial, mientras que otra Sección aceptó el mismo criterio que otro Juzgado había seguido respecto de la demanda similar de otro inquilino de la misma inmobiliaria; en el Auto del Tribunal Constitucional no constan las fechas de las dos sentencias de la Audiencia,

[57] Sobre algunas razones más bien conceptuales de la diferencia entre principio de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley me he ocupado en Ruiz Miguel 1996.

[58] Puede verse un resumen de ambas, así como un esclarecedor comentario, en Delgado 1987, 4325-44.

[59] Delgado Echeverría afirma que si las sentencias se hubieran referido a distintos litigantes les habría cabido acudir al recurso de amparo por violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley (cf. 1987, 4329), si bien sólo un entendimiento muy formalista de ese principio justifica tal comentario, cuando, como suelen decir los juristas, en buena lógica lo más (la diferencia en un caso idéntico) incluye lo menos (la diferencia en un caso sólo similar).

aunque sí las de los juzgados, distantes en dos días. El resultado de ello, como en el caso anterior, no hace más que actualizar una vieja pero, a lo que se ve, perdurable historieta que Voltaire cuenta en la voz «Des Lois» de su *Dictionnaire philosophique*:

> «Al día siguiente mi proceso fue juzgado en una cámara del parlamento y lo perdí todo por un voto; mi abogado me dijo que en otra cámara lo habría ganado todo por un voto».

A falta de estudios precisos y específicos sobre el tema -que por lo demás exigirían una metodología compleja y un ímprobo trabajo colectivo e interdisciplinar- no es fácil saber el grado de discrepancia de las decisiones judiciales ante casos similares. En todo caso, el problema no parece menor, a juzgar sea por algunos comentarios doctrinales[60] cuanto por el buen número de casos que han llegado al Tribunal Constitucional apelando a la igualdad en la aplicación de la ley -según mis cálculos, más de 75 han dado lugar a sentencia-, y ello a pesar de las severas limitaciones que, como a continuación vamos a ver, se han impuesto a la aplicabilidad de tal principio.

Nuestro Tribunal Constitucional, creando *ex constitutione* una doctrina anteriormente inédita y sin parangón en el resto de los países del continente europeo, ha considerado que la igualdad en la aplicación de la ley es una

[60] Así, en 1987 Delgado Echevarría decía que «[q]uienes seguimos con habitualidad las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [...] tenemos la impresión de que, sobre muchos problemas, no hay una línea jurisprudencial, sino dos o tres que corren paralelas y afloran en las sentencias al azar del turno de ponentes o de la constitución de la Sala» (1987, 433l); por su parte, Rubio Llorente, en una conferencia de 1990 en la que reconocía el problema, alegaba con buen sentido común: «En el *Boletín del Estado* del día de ayer, lunes, por ejemplo, se publicaba, si no recuerdo mal, el acuerdo de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dividiéndose, a efectos de actuación, en nueve secciones distintas. No hace falta tener muy larga experiencia judicial, ni ser muy escéptico sobre la naturaleza humana, para llegar a la evidencia de que estas nueve secciones distintas inevitablemente producirán interpretaciones divergentes de unas mismas normas; de que producirán una aplicación desigual del Derecho» (1990, p. 683); al año siguiente, en fin, Suay Rincón describía así la realidad de la aplicación del Derecho en España: «casos absolutamente iguales que se resuelven de forma diferente, sin que suceda nada en absoluto, tal y como estamos acostumbrados a ver todos los días [...]; la proliferación de resoluciones judiciales contradictorias está convirtiendo la situación en sumamente grave» (1991, 883-4).

Por lo demás, las anteriores observaciones han sido ratificadas en las consultas a especialistas de distintas ramas jurídicas que Francisco Laporta y yo mismo hemos realizado para la elaboración de nuestra aportación al libro que sobre el precedente en distintos sistemas jurídicos, tanto europeo-continentales como anglosajones, estamos preparando en el *Comparative Legal Research Group* (conocido como *Bielefelder Kreis*, donde Robert Alexy y Ralf Dreier aportan el análisis del sistema alemán, Robert S. Summers del de Estados Unidos, Neil MacCormick, Geoffrey Marshall y Zenon Bankowski del británico, Aulis Aarnio del finlandés, Michele Taruffo, Enrico Pattaro y Massimo La Torre del italiano, Michel Troper y Christopher Grzegorczyck del francés, Svein Eng del noruego, Gunnar Bergholtz y Aleksander Peczenik del sueco, Marek Zirk-Sadowski y Lech Morawski del polaco y John Barceló del europeo-comunitario).

de las dos vertientes del art. 14 y, conforme a ello, ha otorgado amparo en varias ocasiones a particulares que reclamaban frente a decisiones judiciales o resoluciones administrativas en que tal derecho se había incumplido por apartarse de decisiones precedentes en casos similares[61]. Como he sugerido, sin embargo, el Tribunal ha sido muy cuidadoso y hasta en exceso morigerado en el diseño del alcance del principio de igual aplicación de la ley, al que no sólo ha delimitado muy estrictamente sino que, más allá de una razonable delimitación, ha restringido hasta, en mi opinión, quebrar la coherencia de nuestro sistema jurídico y de la propia doctrina constitucional.

En lo que de delimitación razonable contiene la doctrina del Tribunal Constitucional, siempre en mi opinión, se encuentra la admisión como perfectamente constitucional de cualquier cambio de criterio judicial preestablecido siempre que tal cambio venga justificado por el órgano judicial en cuestión; dicho de otra manera, el Tribunal Constitucional ha excluido razonablemente que la Constitución española obligue a establecer un sistema de *stare decisis* al estilo inglés, por el que los tribunales inferiores respecto de los superiores y la mayoría de los tribunales respecto de su propia doctrina están obligados a mantener sus precedentes cuando los casos son sustancialmente iguales.

Entre las restricciones introducidas por el Tribunal Constitucional, ya más discutibles y algunas de ellas difícilmente justificables, son especialmente relevantes dos. De un lado, en lo que se refiere a la argumentación justificatoria del cambio de criterio por parte de cualquier tribunal, el Tribunal Constitucional no sólo se ha negado expresamente a considerar su fondo, con lo que, en rigor, sanciona la posibilidad de que el principio de igualdad se «cumpla» con una mera apariencia de razonamiento justificatorio[62], sino que, además, también ha llegado a admitir en varias ocasiones la pertinencia de cambios de criterio en los que la pretendida justificación era meramente implícita, deduciéndose únicamente que el cambio no había sido deliberadamente arbitrario[63] (esta última tesis es especialmente discutible, pues un mínimo exigible para una suficiente aplicación igualitaria de la ley es que se conozcan y, aunque sea para revisar sus criterios, se tengan en cuenta las decisiones anteriores, por lo que, a mi modo de ver las cosas, la exigencia sólo aparentemente formalista de que sean expresamente citados

[61] Sobre el tema, hay ya un cierto cuerpo de literatura: vid. Suay 1985, 1991a y 1991b; Xiol 1986 y 1991; Ollero 1989 y 1991; González Rivas 1991; y Rivero González 1991.

[62] Vid., entre otras, STC 30/1987, de 11 de marzo (Rubio LLorente); esto explica que el Tribunal Constitucional haya llegado a sostener la de otro modo incomprensible tesis de que la alternancia en un mismo órgano judicial de dos criterios contradictorios puede dar lugar a soluciones «ambas razonadas y fundadas» (42/1993, de 8 de febrero [Gabaldón], FJ 5).

[63] Vid. SSTC 63/1984, de 21 de mayo (Díez de Velasco), 64/1984, de 21 de mayo (Begué), 49/1985, de 28 de marzo (Pera Verdaguer), y 63/1988, de 11 de abril (Leguina), que resume doctrina.

los precedentes de los que el tribunal pretende apartarse constituiría la solución más razonable para una mejor defensa de aquel principio[64]).

De otro lado, en lo que se refiere a los órganos judiciales obligados a mantener los precedentes salvo justificación del cambio de criterio, el Tribunal Constitucional introdujo casi desde el primer momento el criterio de que la igualdad en la aplicación de la ley se viola únicamente cuando la decisión sucesiva, además de carente de razonamiento justificatorio, cambia un criterio mantenido por *el propio* órgano judicial[65], si bien no ha llegado tan lejos como para restringirlo incluso a los mismos titulares personales[66]. En este punto, y de nuevo con cierta evolución hacia un incremento de la restrictividad, se ha terminado por entender que es órgano judicial idéntico el juzgado o el tribunal que, con independencia de los cambios en las personas que lo ocupen, tiene jurisdicción en un determinado territorio y que, en su caso, aun dentro del mismo territorio, forma además colegio independiente[67]: dicho con un par de ejemplos, según semejante criterio no sólo el Juzgado de lo penal de Tarrasa es órgano distinto de la Audiencia Provincial

[64] Para que esta exigencia no fuera irrazonable, especialmente teniendo en cuenta la tradición de nuestro sistema jurídico, al obligar a cada tribunal a estudiar sus precedentes, sería prudente exigir también la previa y expresa alegación por las partes de los precedentes relevantes.

[65] Vid. STC 49/1982, de 14 de julio (Díez-Picazo), que precisó la más amplia doctrina de la 8/1981, de 30 de marzo (Tomás y Valiente).

[66] Tal es lo que afirma García Morillo (cf. 1994, 176), pero, por lo que yo pueda saber, no sólo no existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en tal sentido, sino que el ATC 862/1986, de 29 de octubre, dice que el principio de igualdad en la aplicación de la ley «obliga a considerar que el órgano judicial es siempre el mismo, aunque cambie su titularidad o, en el caso de órganos colegiados, su composición personal» (FJ 2), mientras el FJ 2 de la STC 161/1989, de 16 de octubre (Rubio LLorente), recoge esa misma doctrina.

[67] La primera resolución del Tribunal Constitucional que argumentó que dos secciones de la misma Audiencia son órganos distintos fue el ATC 233/1985, de 10 de abril, que con ello rechazó un recurso por «falta manifiesta de contenido» (sobre la solidez y amplitud de la argumentación da debida cuenta el doble lenguaje del Auto y su recurso al «como si»: las secciones de la misma Audiencia «*aunque están integradas en el mismo órgano*, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que a los efectos que aquí importan, les es aplicable el mismo razonamiento *que si fueran órganos distintos*» [FJ 4; cursivas mías]).

Posteriormente, mientras el ATC 811/1986, de 22 de octubre, ya daba por asentado el anterior criterio, en cambio, el ATC 862/1986, de 29 de octubre, si bien rechazaba el recurso por otras razones, decía con buen criterio que «[e]ntender que Secciones distintas de la misma Audiencia Provincial son Tribunales distintos, equivale a entender que el órgano cambia cuando cambia su titular y a reducir las obligaciones derivadas del principio de igualdad a una simple exigencia de coherencia personal de los Jueces». Añadiendo confusión a la secuencia jurisprudencial -lo que, por cierto, no hace sino confirmar la necesidad de que los tribunales, incluido el constitucional, tengan en cuenta expresamente la doctrina precedente, especialmente cuando se proponen apartarse de ella-, la primera sentencia sobre el asunto, la citada STC 161/1989, recoge esta última tesis en su FJ 2 (hasta aquí, la explicación, que no justificación, más sencilla del vaivén gira en torno a la diferencia de firmantes, pues los dos primeros autos tienen a la magistrada Begué como firmante común y el tercero y la sentencia al magistrado Rubio Llorente). Por su parte, la STC 200/1990, de 10 de diciembre (Rodríguez-Piñero), sin citar expresamente ninguna de las resoluciones anteriores, ya avanza que el principio de igualdad no exige garantizar un «tratamiento idéntico uniforme o

de Barcelona, y la Audiencia Provincial de Barcelona es órgano distinto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sino que también lo son las 16 secciones en que se divide la Audiencia Provincial de Barcelona o las cinco salas en que reparte su competencia el Tribunal Supremo. Esto explica que, en materias en las que no existe recurso ante el Tribunal Supremo, pueda haber sentencias opuestas en el mismo tipo de asuntos, como es bien notorio, por ejemplo, en las sanciones penales a los insumisos.

El Tribunal Constitucional ha justificado estas restricciones alegando distintas razones, como la apelación a la independencia de los tribunales individualmente considerados, el recordatorio meramente doctrinal (esto es, sin efectos prácticos en las propias decisiones del Tribunal Constitucional) de que el cometido de unificar los criterios de interpretación judicial corresponde al Tribunal Supremo a través de la jurisprudencia y, en fin, la reducción al absurdo de que una exigencia mayor convertiría al recurso de amparo en una ancha vía de casación universal de legalidad ordinaria[68]. Pero ni todos esos argumentos, exceptuando el último, son plenamente convincentes, ni el resultado final de la doctrina constitucional resulta satisfactorio, por más que tampoco sea sencillo indicar una vía de solución que hubiera podido evitar el grave escollo de haber convertido al Tribunal Constitucional en una última instancia para casi cualquier caso posible[69].

---

unificado por los diversos órganos judiciales, incluso las Salas o Secciones que forman parte de un mismo órgano, en especial cuando existe un reparto de materias entre las mismas» (FJ 2; hago observar que este último argumento es aplicable a la organización de un tribunal por salas, pero no por secciones, lo que por lo demás conecta con la ratio decidente del caso concreto, en el que se impugnaba una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Central de Trabajo reconocida por el Tribunal Constitucional como contradictoria con otra de la Sala Quinta). En fin, a partir de la STC 134/1991, de 17 de junio (Gabaldón) -que, mencionando sólo el ATC 862/1986 pero no las SSTC 161/1989 ni 200/1990, añade el argumento de que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 configura las secciones como órganos con organización y funcionalidad propias, a diferencia de cada una de las salas, formadas por personal variable y en función de las necesidades del órgano-, el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio del ATC 233/1985 (vid. SSTC 183/1991 y 86/1992). No creo ser demasiado malévolo si entre las razones no confesadas de esta peculiar doctrina aventuro el deseo del Tribunal Constitucional de reducir al mínimo la presentación de recursos de amparo por este motivo.

[68] Vid., por ejemplo, la citada STC 49/1982, así como las SSTC 39/1984, de 20 de marzo (Begué), 58/1986, de 14 de mayo (Rodríguez-Piñero), 190/1988, de 17 de octubre (Díez-Picazo), y ATC 862/1986, de 29 de octubre.

[69] Vid., en sentido próximo, Rubio Llorente 1990, 682-3. A diferencia de Rubio Llorente, sin embargo, no encuentro fuertes razones para resistirse a un mayor acercamiento al sistema del *stare decisis*, por más que sospeche que una reforma legislativa en tal sentido sería antipática para la corporación judicial y, al margen de ese problema procedimental, comprenda que podría no estar exenta de algún inconveniente sustantivo, especialmente por limitar las posibilidades de interpretación innovadora del sistema alentadas por los jueces más jóvenes (esto último, por lo demás, podría no ser tan indeseable desde cierto punto de vista sobre la división de poderes, al responsabilizar más al legislador de las innovaciones jurídicas y de su ausencia, y, en todo caso, podría evitarse mediante la previsión de algún mecanismo procesal, como por ejemplo la habilitación de un recurso especial cuando el juez inferior discrepe de la solución que está obligado a seguir conforme al *stare decisis*).

Seguramente, más que resoluble a través de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, el problema sólo es atacable mediante una bien pensada reforma legislativa que, además de tener en cuenta el complejo y delicado campo de los procedimientos y recursos judiciales, debería proponer también un desarrollo de la noción de «independencia judicial» que permita alejarla del modelo de la justicia del cadí al que la vieja y todavía presente interpretación de esa noción tiende en ocasiones a aproximarse peligrosamente. En todo caso, aunque el criterio introducido por el Tribunal Constitucional va más lejos de lo que era tradicional en nuestro sistema hasta 1978 en la protección del derecho del ciudadano a que, salvo que se ofrezcan razones suficientes que lo justifiquen, su caso no sea juzgado de manera diferente que casos precedentes, la consideración del Poder Judicial que se desprende de las condiciones exigidas para aplicar aquel criterio, como un conjunto de unidades discretas y no como un todo unitario, constituye, a mi modo de ver, una solución insatisfactoria desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

3. La igualdad sustancial

La especial localización jurídica frente, y contra, las discriminaciones en sentido estricto pone de manifiesto en forma muy viva ciertas deficiencias de la clásica distinción entre la igualdad real y la igualdad formal o jurídica[70], que no es sólo marxista ni tiene necesariamente funciones críticas, sino que también puede ser usada en sentido conservador[71]. Si el Derecho es un instrumento que puede operar efectivamente en contra de las más indeseables y odiosas desigualdades, la contraposición tajante entre la igualdad real y la jurídica no deja de ser parcial y distorsionadora. Lejos de ser un mecanismo ideológico en el doble sentido peyorativo de la expresión, como encubrimiento y como engaño, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contraste contradictorio con la igualdad real ni es por fuerza un obstáculo para realizarla.

Esto no significa, sin embargo, que igualdad jurídica e igualdad real puedan identificarse sin más, como si todas las aspiraciones y principios jurídicos

[70] En la literatura española, sobre ello vid. Pérez Luño 1981 y 1985; Laporta 1985, 27-31; y Alarcón 1987.

[71] Así, aunque el tema de fondo era de escaso calado constitucional -en concreto, para denegar un recurso de amparo a propósito de discrepancias judiciales sobre la interpretación de la cuantía de ciertas indemnizaciones por despido-, la citada STC 49/1982 afirma: «La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (FJ 2).

tuvieran, y pudieran tener, eficacia necesaria e inmediata en todos los ámbitos y prácticas sociales. Dos diferentes figuras que muestran bien claramente las posibilidades de la igualdad jurídica pero a la vez sus tensiones con la igualdad real, son la desigualdad por indiferenciación y la discriminación inversa o positiva.

3.1. La desigualdad por indiferenciación

En la tradición filosófica occidental la idea de igualdad tiene dos significados diferenciados, aunque uno de ellos pueda ser incorporado al otro. En su significado más estricto, la igualdad, incluso referida a la igualdad justa, es simplemente la parificación entre dos o más personas que se deben encontrar en una situación relevantemente similar. En su significado más amplio, que aparece ya en Aristóteles, la igualdad, siempre en referencia a la igualdad justa, es no sólo la relación de igualdad entre iguales -el anterior significado, de igualdad estricta o aritmética-, sino también la apropiada relación de desigualdad entre desiguales, esto es, la igualdad geométrica o proporcional.

Pues bien, tribunales constitucionales como el alemán[72] o el italiano[73] han acogido dentro del principio de igualdad no sólo el criterio de la igualdad para los iguales, sino también el de la desigualdad para los desiguales. Han aceptado así lo que se ha denominado «discriminación por indiscriminación», o «discriminación por indiferenciación»[74], con una terminología que me parece preferible desechar a cambio de la expresión «desigualdad por indiferenciación»[75]. Un caso bien ilustrativo de tal forma de desigualdad injusta lo proporciona la sentencia 218/1974 de la *Corte Costituzionale* italiana, que anuló una norma que preveía la misma sanción penal para el cazador sin seguro que para el que simplemente no portaba el documento acreditativo durante la caza.

En contraste, y salvo alguna rara excepción, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera expresa e insistente en el sentido de que el art. 14 impone la igualdad de quienes son iguales o están en situaciones similares frente a su distinción normativa, pero no permite tutelar a través del recurso de amparo la diferenciación de las situaciones que, debiendo ser tratadas desigualmente, son sin embargo tratadas indiferenciadamente por el legislador.

---

[72] Cf. Alexy 1986, 385 y 395-8; y Jouanjan 1992, 130ss.

[73] Cf. Mortati 1976, 1022-3; así como Suay 1985, 52-4.

[74] Cf., respectivamente, Jiménez Campo 1983, 94 nota 40; y la citada STC 86/1985, FJ 3.

[75] Aparte de la conveniencia ya argumentada de reservar el término «discriminación» para aludir a desigualdades especialmente odiosas, no resulta tan chocante decir que el trato igual de lo que es desigual produce una desigualdad injusta que reclama la igualación (proporcional) dispensada mediante una desigualdad justa, como que el trato igual de lo que es desigual constituye una discriminación o distinción injusta.

La historia del asunto no es del todo lineal, pues comienza por la STC 27/1981, de 20 de julio (Fernández Viagas), que acogió parcialmente un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de Presupuestos de 1980 por tratar igualmente situaciones diferentes. Sin embargo, esta sentencia aplicó, disociándolo expresamente del art. 14, el principio de igualdad tributaria exigida en el art. 31.1 de la Constitución, igualdad que, en cuanto ligada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad, constituye un ejemplo conspicuo de igualdad proporcional y, por tanto, de desigualdad en los medios para conseguir una igualdad sustancial[76]. Por ello, aunque en esta sentencia se aceptó la relevancia constitucional de la desigualdad por indiferenciación, dejándose ver claramente la posible diferencia, y aun la tensión -o, como Alexy la ha llamado, la paradoja[77]- entre la igualdad sustancial o *de facto* y la igualdad jurídica o *de iure*, también se dejó el camino libre para la exclusión del art. 14 como fundamento de tal figura, que es lo que se ha consolidado después.

Así, en efecto, la primera sentencia que en un recurso de amparo aludió abiertamente a la «discriminación por indiferenciación», la 86/1985, de 10 de julio (Rubio Llorente), lo hizo para rechazar el recurso porque el art. 14 sólo excluiría las distinciones pero no las equiparaciones infundadas (cf. FJ 3). Y, tras esa sentencia, otras varias han repetido el mismo criterio, como la 20/1986, de 12 de febrero (Pera Verdaguer), 52/1987, de 7 de mayo (Leguina), 109/1988, de 8 de junio (Díez-Picazo), y 48/1989, de 21 de febrero (García-Mon). Ha de reconocerse que en todos los casos considerados la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional ha sido muy plausiblemente la solución más razonable. Valga como ejemplo la citada STC 20/1986, que alegó la inaplicabilidad de la desigualdad por indiferenciación, relacionándola acertadamente con la distinción entre desigualdad jurídica y de hecho, para denegar un recurso de amparo presentado a la desesperada y cogido por los pelos contra la pérdida de un plazo: se trataba del amparo solicitado por un residente en Lanzarote, donde no existía Magistratura de Trabajo, contra la exigencia legal de comparecer en Magistratura para formalizar un recurso cuando se ha presentado en el juzgado de guardia el último día del plazo. Sin embargo, por esa misma razón, la STC 20/1986 y similares constituye uno de esos casos que deciden bien con una mala argumentación. Y ello porque la argumentación que excluye del art. 14 toda garantía de desigualación

[76] La sentencia dice que la igualdad tributaria «no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del art. 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio» (FJ 4), idea a la que subyace el argumento de que la redistribución de la renta exige la aplicación de un medio desigual, el medio tributario, en términos del art. 14 para conseguir una finalidad igualitaria, la justicia distributiva, en términos del art. 9.2 (cf. FJ 10).

[77] Cf. Alexy 1986, 403, con referencias a la jurisprudencia constitucional alemana frente a la desigualdad por indiferenciación.

de lo arbitrariamente igualado por la ley mediante una doctrina de deferencia absoluta hacia el legislador contrasta injustificadamente con el criterio seguido por el Tribunal Constitucional ante desigualdades irrazonables aunque no estrictamente discriminatorias. Y así, en vez de sostener sin más cualificaciones que

> «corresponde a la Ley apreciar las razones que pueden existir para establecer distintas exigencias en atención a las distintas situaciones de hecho, dándoles o no relevancia jurídica, de forma que cuando no considera suficientemente relevante alguna de estas diversas situaciones, no vulnera el principio de igualdad, pues la diferenciación obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la Ley e imposibilitaría la ordenación de las relaciones jurídicas» (FJ 2).

el Tribunal Constitucional podría haber argumentado sencillamente que, aun cabiendo un control de las igualaciones irrazonables, en el asunto recurrido la indistinción impugnada no era irrazonable. Y lo mismo es aplicable a las demás sentencias similares citadas.

Lo controvertible de esta jurisprudencia aparece en cuanto se piensa en la gravedad de posibles normas que en el ámbito sancionatorio y el fiscal establecieran parificaciones irrazonables de situaciones desiguales. No es casual, en tal sentido, que las dos sentencias que hacen excepción a la exclusión del control de la desigualdad por indiferenciación, la recientemente comentada 27/1981 y la antes citada 45/1989, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre la declaración matrimonial conjunta en el Impuesto sobre la Renta, giren sobre materia fiscal[78]. Por ello, en fin, al excluir el recurso de amparo para este tipo de eventualidades, como hizo expresamente la STC 86/1985, se perdió una ocasión apropiada para, en el terreno de los principios al menos, ir colmando la distancia entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. Además, la línea jurisprudencial así iniciada comporta una desprotección injustificada en comparación con la protección que a través del art. 14 se da frente a situaciones de desigualdad que pueden ser igual o incluso menos graves. Y así, de forma sólo aparentemente paradójica, es la eventual igualdad en importancia y gravedad de las desigualdades, sean producidas por distinciones irrazonables o por indiferenciaciones igualmente irrazonables, la que justifica un mismo trato para ambas figuras.

[78] La segunda sentencia, en efecto, al reproche de discriminación por distinguir entre los matrimonios y otras formas de convivencia similares no sometidas a aquel régimen -que fue la razón utilizada por la STC 209/1988 para elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad-, agregó el reproche de igualar injustamente a los casados que conviven juntos y a los que no, por ejemplo, por no tener su residencia en territorio español (cf. FFJJ 2 y 11). Naturalmente, que junto a esta suprainclusividad normativa en este caso concurriera además una infrainclusividad no tiene por qué darse siempre, y de ahí la importancia de no excluir la desigualdad por indiferenciación de la posibilidad del recurso de amparo.

3.2. La discriminación inversa

La discriminación inversa es una manifestación extrema -y, por ello, especialmente discutida- de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final. Lo que la diferencia de otras desigualdades para la igualdad no discutidas (o, en todo caso, mucho menos discutidas), como la progresividad del impuesto sobre la renta o las ayudas especiales para jóvenes o jubilados, son fundamentalmente las dos siguientes características: de un lado, se trata de un tipo de iniciativa que tiene en cuenta rasgos tradicionalmente discriminatorios, como la raza o el sexo, si bien con el objetivo de favorecer a los también tradicionalmente perjudicados, y de otro lado, se presenta como especialmente problemática porque se aplica en situaciones de especial escasez, como suelen ser los niveles profesionales de prestigio, los cargos políticos, las plazas universitarias, las viviendas protegidas, etc. Por esas dos razones, son problemáticas, por ejemplo, la reserva de una cuota del 25 por ciento para cargos femeninos en determinados órganos políticos o el alquiler o la venta de viviendas a bajo precio a colectivos de gitanos[79].

¿Está prohibida la discriminación inversa por el art. 14 de nuestra Constitución? Dentro de la escasa literatura española sobre el problema, no creo que pueda afirmarse que la respuesta sea pacífica, pero si se entiende que lo que tal precepto excluye es la diferenciación injusta, es defendible que ni el medio empleado -es decir, la medida misma de diferenciación que favorece a determinadas personas- comporta los rasgos descalificatorios generalmente asociados a las discriminaciones tradicionales, ni el fin pretendido -la superación de graves desigualdades previas con miras a una más justa igualdad entre distintos grupos sociales- admite tacha de ilegitimidad. No obstante, afinando la cuestión -aun con la doctrina favorable de la citada STC 269/1994-, más problemáticas resultan las formas de discriminación inversa en el acceso a la función pública en cuanto afectan al criterio de igualdad de mérito y capacidad de los arts. 23.3 y 103.2 de la Constitución[80].

---

[79] Sobre todo ello me he ocupado en varias ocasiones, remitiendo también a la bibliografía allí citada: cf. Ruiz Miguel 1994a, 1994 y 1995b; sobre la literatura estadounidense más reciente a propósito de la discriminación inversa, con un balance del estado actual de la cuestión, véase Hacker 1996.

[80] Sobre este último tema, cf. *supra*, nota 39 y texto correspondiente. En general, se han pronunciado decididamente a favor de su constitucionalidad Alonso García (cf. 1984, 558-564), Rodríguez-Piñero y Fernández López (cf. 1986, 165-73 y 335) y Pérez del Río (cf. 1995, *passim*); también la acepta, más bien descriptivamente García Morillo (cf. 1994, 171-2); manifiesta cierta ambigüedad Rubio Llorente (1991, 662-3); en su aplicación a la función pública pone condiciones bastante estrictas Atienza (1996, 12) y se muestra en contra Uranga (1991, 1576-9); en el plazo de un año Rey Martínez ha revisado radicalmente su inicial postura favorable de la discriminación inversa, tanto en el plano jurídico como en el político (cf. 1995, 83ss, y 1996, 327ss).

Sin duda, en la discusión sobre la legitimidad constitucional de la discriminación inversa es muy relevante el designio del art. 9.2, que, junto con el art. 1.1, sustenta el valor de la igualdad como ideal final al encomendar «a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...». De tal forma, y sintéticamente, la conclusión de todo ello es que la igualdad ante la ley garantizada por el art. 14 no es un límite, sino un presupuesto, necesario aunque no siempre suficiente, de la igualdad real y efectiva del art. 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad social, material y cultural, entre los ciudadanos.

Como ya se ha dicho antes, la anterior interpretación es la seguida por la primera sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que reconoció la constitucionalidad de una medida que podría considerarse cercana a la discriminación inversa, la citada 128/1987 sobre las ayudas de guardería a mujeres y viudos. Es verdad que la argumentación de esta sentencia en realidad prueba más de lo que concluye, pues las ayudas para guardería favorecen la incorporación de las mujeres al trabajo y su mantenimiento en él si en un determinado centro se conceden no sólo a las trabajadoras sino también a los trabajadores, de modo que se facilite el acceso de sus esposas al mercado de trabajo. Sin embargo -en contraste con las sentencias antes comentadas que excluyen la consideración de la desigualdad por indiferenciación-, éste puede muy bien ser uno de esos casos que deciden mal con una buena argumentación. O, para decirlo de forma más precisa, es uno de esos casos en los que aunque el acierto de su decisión concreta resulte opinable, contiene una fundamentación doctrinal sólida y decisiva para un correcto entendimiento tanto de la noción de discriminación, según se ha dicho ya, como de la relación entre la igualdad formal y la sustancial. Por lo demás, se trata de una fundamentación que se ha consolidado después en una línea de sentencias que -alguna de ellas pueda ser discutible en su calificación de los hechos[81]- se han referido expresa o implícitamente a las acciones positivas, como las citadas 128/1987, 19/1989, 216/1991, 229/1992, 3/1993 y 16/1995, o la 28/1992, de 9 de marzo (De los Mozos).

[81] Me refiero sobre todo a la STC 28/1992, que aceptó la constitucionalidad de una medida claramente proteccionista, expresamente reconocida como tal, como el pago de un plus femenino de taxi por trabajo nocturno, con la doble e insólita argumentación, desatinada por separado e incoherente en conjunto, de que, por un lado, el Tribunal de instancia no podía crear un régimen ex novo para el caso ni suprimiendo el plus ni extendiéndolo a los varones y, por otro lado, su desestimación por el Tribunal de instancia no violó el derecho a la igualdad de los trabajadores varones (cf. FFJJ 3 y 4).

Por su parte, la STC 19/1989 denegó el amparo de un varón que reclamaba la aplicación de una norma por la que las mujeres trabajadoras en cierto sector industrial podían jubilarse

Conforme a esa fundamentación, a diferencia por ejemplo de la interpretación sobre la Constitución estadounidense realizada por el Tribunal Supremo de aquel país, que ha reputado como ajena al Derecho la división de funciones entre marido y mujer, la STC 128/1987 otorga relevancia jurídica a las consecuencias sociales y laborales de tal división sexual de funciones, de modo que ha llevado la aplicabilidad de la Constitución a las relaciones más privadas dentro de las relaciones entre particulares: de una parte, el Tribunal Constitucional rechazó de plano la aceptabilidad del argumento de la práctica social dominante:

> «No puede admitirse, como justificación de la diversidad de trato, que las esposas de los trabajadores casados pueden atender a los hijos pequeños, por lo cual esos trabajadores no necesitarán que se les subvencione los gastos de guardería, mientras que las trabajadoras con hijos sí los necesitarán... [...] esta perspectiva, [...] no puede considerarse justificación suficiente, pues no se adecua a las previsiones igualitarias entre hombres y mujeres contenidas en la Constitución [...], convirtiendo en inadmisible una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas...» (FJ 9);

y, de otro lado, el Tribunal alega la resistencia de los hechos sociales a las pretensiones normativas del Derecho como fundamento de su fallo:

> «resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o en el mantenimiento en el que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo. [...] En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que tratan de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños» (FJ 10).

Ahora bien, si una argumentación como la anterior invita a relativizar la diferencia entre igualdad jurídica e igualdad social, en la medida en que el sistema jurídico no es del todo incapaz para reconocerla y tratar de atajarla, no es inútil insistir en que sería desatinado constatar la abolición de toda tensión entre ambas. Es obvio que el Derecho no siempre consigue la modelación efectiva de la realidad social ni siempre llega a tiempo para cubrir

---

anticipadamente con el 80 por ciento del salario y los varones con el 76 por ciento, bajo la consideración de que la medida no es meramente protectora sino compensatoria. Ello, en mi opinión, resulta discutible porque, con independencia de la pretensión de la sentencia, su efecto no puede sino tender a encarecer la contratación de mujeres, no favoreciendo la superación de la situación discriminatoria.

todas las demandas de justicia. Incluso en el ámbito de lo que pueden considerarse discriminaciones injustas, hay umbrales difíciles al acceso de lo jurídico: por citar un caso extremo, ¿cómo podría el Derecho evitar que alguien elija cónyuge o amigos por motivos racistas? Cierto que podrá intentar educar, fomentar, alentar a un comportamiento más ilustrado, pero ya fuera de los típicos recursos sancionatorios del Derecho. Con mayor razón, la distancia entre la igualdad jurídica y la desigualdad real o social puede ser muy amplia en ciertos ámbitos, como en el del acceso a los tribunales en condiciones de efectiva igualdad, donde es innegable el agudo contraste entre las condiciones sociales desfavorables que son caldo de cultivo de ciertos tipos de delincuencia especialmente perseguidos o la diferente calidad de los abogados defensores de los acusados de delitos de cuello blanco o del alto tráfico de droga y los de los delincuentes tradicionales o los pequeños traficantes de droga (donde la diferencia entre acusados y condenados que sugiere mi redacción no es más que una mera generalización empírica sobre la suerte que una y otra categoría suelen terminar por correr, respectivamente). Pero no puede decirse lo mismo, al menos en tan alta medida, siquiera sea en países con cierto desarrollo del Estado social como el nuestro, de otros ámbitos, como el sanitario, el educativo, el de la asistencia a los indigentes, el de la atención a los mayores, etc.

En todo caso, más allá de sus oscilaciones y sus decisiones discutibles, considerada en su conjunto, la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad ha llegado prácticamente todo lo lejos que su posición de «legislador negativo» le permite, y aun a veces, tal vez no siempre irrazonablemente, más lejos. Eso no hace más que indicar que la primera responsabilidad en ir limando las desigualdades injustas existentes no es tanto de los jueces como de los legisladores. Lo que, de paso, también pone de manifiesto que ni la Constitución ni las leyes son un bálsamo de Fierabrás que por sí solas curen todas las desigualdades injustas, tanto de las que sobreviven del pasado como de las que continúan naciendo en nuevas formas. La interpretación constitucional no es nada más, pero tampoco nada menos, que un buen instrumento para detectar y combatir algunas de las más injustas. Realizar positivamente una mayor igualdad sustantiva es la característica labor política que en un sistema democrático se ha de confiar a la decisión mayoritaria tras una adecuada discusión por la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Cabrera, Carlos, 1987: «Reflexiones sobre la igualdad material», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, pp. 31-42.

Alexy, Robert, 1986: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp; se cita por la t. e. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alonso García, Enrique, 1984: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, Manuel, 1987: «Para una razonable definición de "razonable"», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, pp. 189-200.

-1993: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.

-1996: «Un comentario al caso Kalanke», *Cuadernos Jurídicos. Revista Mensual de Derecho*, n. 39, marzo 1996, pp. 5-12.

Calvo Gallego, Francisco Javier, 1994: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y Organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social.

Delgado Echeverría, Jesús, 1987: (Comentario a SSTC de 19 de enero y 16 de febrero de 1987), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 13, enero-marzo 1987, pp. 4325-44.

Fernández López, María Fernanda, 1993: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, I, pp. 151-78.

García Morillo, Joaquín, 1994: «La cláusula general de igualdad», en Luis López Guerra *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, pp. 159-80.

González Rivas, Juan José, 1991: «La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia», en *Principio* 1991, pp. 313-30.

Gunther, Gerald, 1991: *Constitutional Law*, 12ª ed., Wesbury (N.Y.), The Foundation Press.

Gutiérrez Delgado, José Manuel, 1991: «La inversión de la carga de la prueba en la discriminación por razón de sexo dentro del Derecho del trabajo», en *Principio* 1991, pp. 1145-74.

Hacker, Andrew, 1996: «Goodbye to Affirmative Action?», *The New York Review of Books*, XLIII, n. 12, julio, pp. 21-29.

Hierro Sánchez-Pescador, Liborio, «Las huellas de la desigualdad en la Constitución», en Reyes Mate 1995, pp. 131-50.

Jiménez Campo, Javier, 1983: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 9, sept-dic., pp. 71-114.

Jouanjan, Olivier, 1992: *Le principe d'egalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica.

Laporta, Francisco J., 1985: «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, n. 67, julio, pp. 3-31.

Lucas, Javier de, 1994: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.

MacKinnon, Catharine, 1991: «Reflections on Sex Equality Under Law», *The Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1281-1328.

Mortati, Costantino, 1976: *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, 9ª ed. rev., Padua, Cedam.
Nowak, John E., Rotunda, Ronald D., y Young, J. Nelson, 1986: *Constitutional Law*, 3ª ed., St. Paul (Minn.), West Publishing.
Ollero Tassara, Andrés, 1989: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
-1991: «Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la ley», en *Principio* 1991, pp. 383-414.
Otto, Ignacio de, 1984: «Igualdad», en González Encinar, José Juan (comp.), *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, pp. 447-55.
-1987: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
Pérez Luño, Antonio-Enrique, 1981: «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 1, pp. 255-75.
-1985: «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 3, pp. 253-285.
Pérez del Río, Teresa, 1995: «La acción positiva. Justificación jurídico-constitucional», *Jóvenas*, nn. 4-5, pp. 82-91
Principio..., 1991: *El principio de igualdad en la constitución española*. XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia.
Quintin, Odile, 1984: «La política de la Comunidad para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo», en *La Comunidad Europea y las mujeres españolas*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1984, pp. 29-41.
Rey Martínez, Fernando, 1995: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill.
-1996: «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 47, mayo-agosto 1996, pp. 309-32.
Reyes Mate, Manuel (comp.), 1995: *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, Madrid, Fundación Argentaria-Visor Distribuciones, 1995.
Rivero González, Manuel, 1991: «Los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica: su proyección sobre el proceso contencioso-administrativo», en *Principio* 1991, pp. 347-69.
Rodríguez-Piñero, Miguel, 1991: «Principio de igualdad y derecho del trabajo», en *Principio* 1991, pp. 1067-100.
-1993: «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, I, pp. 19-25.
Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, 1986: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.

Rubio Llorente, Francisco 1990: «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en Varios, *El Poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid; ahora, por donde se cita, en Rubio 1993, pp. 665-84

-1991: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, enero-abril, pp. 9-36; ahora en Rubio 1993, pp. 637-64.

-1993: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Miguel, Alfonso, 1994a: «Discriminación inversa e igualdad», en Valcárcel 1994a, pp. 77-93.

-1994: «La igualdad como diferenciación», en Varios, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 283-95.

-1995a: «Las huellas de la igualdad en la Constitución», en Reyes Mate 1995, pp. 109-29.

-1995b: «Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad (a propósito de la sentencia del caso Kalanke)», *Jóvenas*, nn. 4-5, pp. 98-108 (una versión revisada y más amplia de este artículo aparece en el presente número de la revista *Doxa*, junto con otras contribuciones dedicadas al tema).

-1996: «Equality Before the Law and Precedent», *Ratio Iuris* (en prensa).

Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.

Schmitt, Carl, 1928: *Verfassunglehre*; t. e. de Francisco Ayala, por la que se cita, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982.

Serrano González, Antonio, 1985: «El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo (comp.), *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1985, pp. 31-87.

Suay Rincón, José, 1985: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL.

-1991a: «Igualdad en la aplicación de la ley ante el mismo órgano judicial: precisiones acerca del alcance de la doctrina del cambio de criterio», en *Principio* 1991, pp. 371-82.

-1991b: «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Varios, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 837-92.

Tribe, Lawrence H., 1988: *American Constitutional Law*, 2ª ed., Mineola (N.Y.), The Foundation Press.

Tussman, Joseph, y tenBroek, Jacobus. 1949: «The Equal Protection of the Laws», 37 *California Law Review*, 37, 1949, pp. 341-81.

Uranga Cogollos, Carlos, 1991: «El principio de igualdad en el acceso a la función pública», en *Principio* 1991, pp. 1561-79.

Westen, Peter 1990: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton [N.J.], Princeton University Press.
Xiol Ríos, Juan-Antonio, 1986: «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, n. 3, septiembre, pp. 25-40.
-1991: «El principio de igualdad en la aplicación de la ley», en *Principio* 1991, pp. 241-91.
Zagrebelsky, Gustavo, 1992: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, Einaudi; t. e. de Marina Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Trotta/Comunidad de Madrid, 1995.