

Consideraciones sobre el derecho a la igualdad en general y en relación con los extranjeros

SUMARIO: 1.—Introducción. 2.—Aproximación interpretativa al texto del indicado artículo 14 CE: A) Idea general. B) Naturaleza jurídica del derecho a la igualdad positivado por el artículo 14 CE: a) Debate sobre sus características esenciales: aa) Alusión a la nota de instrumentalidad. ab) Alusión a la nota de su individualización enunciativa. ac) Alusión a la nota de que su concreta efectividad depende del Estado. 3.—La igualdad en el contexto normativo de los Instrumentos Internacionales positivadores de los derechos humanos: A) Idea general. B) Referencia concreta a los tratados internacionales con vigencia en este sector: a) De proyección universal: aa) **Introducción**. ab) El derecho a la igualdad y al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. ac) El derecho a la igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ad) El derecho a la igualdad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. ae) Especial alusión al principio de igualdad en la normativa comunitaria. af) El derecho a la igualdad y la Carta Social Europea. 4.—Consideraciones monográficas sobre la igualdad ante la ley: A) Introducción. B) Indicaciones históricas: a) Idea **general**. b) Referencias históricas generales. C) Presupuestos operativos del derecho a la igualdad ante la ley: a) Idea **general**. b) **Subjetivos**. c) **Objetivos**. d) Funcionales: aa) Análisis del canon de razonabilidad. ab) Análisis del canon de proporcionalidad. 5.—Consideraciones monográficas sobre la igualdad en la aplicación de la ley: A) Idea general. B) Presupuestos operativos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: a) **Subjetivos**. b) Funcionales: aa) Problemática relativa a la razonabilidad del cambio de criterio denunciado. 6.—Especial alusión al principio antidiscriminatorio: A) Idea general. 7.—El extranjero y el derecho a la igualdad: A) Idea general. B) Igualdad entre españoles y extranjeros: a) Idea **general**. b) En la ley: aa) Respecto a los derechos constitucionales. ab) Respecto a los derechos no **constitucionales**. c) Igualdad en la ley entre extranjeros. C) En la aplicación de la Ley: a) En relación con los **nacionales**. b) En relación con los extranjeros. D) Posición de la jurisprudencia al respecto.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo, y dentro de los cánones de extensión requeridos, voy a ocuparme en trenzar un tejido de reflexiones sobre el significado y alcance del *dictum legis* contenido en el artículo 14 ("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") en su eventual relación con el albergado en el 13, apartados 1 y 2 ("1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo los que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado y por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales") ambos de la CE, díptico de preceptos cuya potencial, adecuada y enriquecedora combinación será examinada en el curso de estas consideraciones que dentro de su corticalidad especulativa pretendo que sean lo suficientemente clarificadoras del tema básico a debatir y que es el de la precisión de hasta qué punto el primero de los preceptos dichos resulta legítimamente invocable por el extranjero ubicado en nuestro país (en cuanto detentador en tal concepto personal —territorial del *status* que le resigna el segundo) tema ciertamente de muy hondo calado— hasta el punto que del mismo depende todo el cariz ordinamental que pueda emerger del derecho de extranjería en su consideración de rama jurídica autónoma —y agudamente transido de incertidumbre por todo lo que vamos a decir con ulterioridad y cuya principal —y más caudalosa— veta fluente de provocación entraña su ratio en el dato de que la dicción atributiva del derecho a la igualdad (y a no ser discriminado) que resulta del calendado artículo 14 CE alude, *ad nominatim*, solo y exclusivamente a los españoles, circunstancia subjetivadora cuya interpretación ha suscitado, tal como veremos luego, posiciones doctrinales y jurisdiccionales absolutamente contrapuestas.

Tal es el paramento normativo general que me va a servir de referencia señera de lo que voy a explicar a continuación, estrategia expositiva unidireccional cuya instrumentación —en cuanto *acertada*— requiere que con carácter previo al inicio de la aventura investigadora a materializar en estas páginas me entretenga en trenzar ciertas observaciones sobre lo que da de sí —en su globalidad *genérica*— el artículo 14 CE antes citado, siempre teniendo en cuenta que el mismo no es el único que apunta a la igualdad en el texto básico, aunque sí el más importante a los efectos que nos ocupan, haciéndose acreedor por ello a un trato analítico privilegiado en el curso de esta obra.

Sin embargo, y de ello soy plenamente consciente, una intelección absolutamente idónea —en cuanto universal— del multicitado artículo 14 CE, comprensiva de sus plurales facetas sólo resultaría posible a través de su efectivo enmarcamiento en un cuadro nomotéstico en el que su protagonismo apareciese debidamente compartido con el titularizado por otros preceptos del propio texto fundamental, disposiciones que son, en concreto, el art. 1.1 ("España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político") y el 10.1 ("La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"), disposiciones cuya prescriptividad constituye un certero telón de fondo para la concreta operatoria del artículo 14 CE, en cuanto **enumeradores** de los valores fundamentales a los que debe uncir su comportamiento el Estado en cuanto poder y ordenamiento jurídico, razón por la que su estudio debería formar parte de este rimero de consideraciones básicas sobre la materia, glosa que también resultaría lícitamente extensible a lo que sobre el derecho que nos ocupa se dice (e impone) en los tratados internacionales en los que España sea parte, normatividad interestatal de genealogía paccionada que resulta absolutamente virtual en nuestro ordenamiento por la vía del apartado 2 del antes indicado artículo 10 ("Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España") de la CE, precepto que establece un importante *topoi* o test hermenéutico en sede de la investigación del confín y contenido de los Derechos, pero no, en modo alguno, y esto es conveniente recalcarlo con firmeza, un potencial sustitutivo de los pronunciamientos domésticos constitucionales de eventual utilización por el legislador interno que a su comodidad podría dictar normas bien con sujeción a los parámetros limitativos oportunamente prevenidos por la CE o bien con atenuamiento a aquellos postulados-guía de tal naturaleza provenientes de los calendados Convenios (*praxis* viciosa asentada en la creencia de que el contenido de los mismos acredita sustancia constitucional, que pese a su erroneidad ha tenido ocasión de hacer acto de presencia en nuestra más reciente historia constitucional tal como tendremos ocasión de patentizar cuando tratemos de la conexión de la extranjería con el derecho a la igualdad, enlace que será debidamente analizado en la segunda parte de este trabajo) tesis por otra parte que ha recibido recientemente el contundente —y más que justificado— rechazo del TC, evento cuyo vehículo ha sido la STC del mismo 64/1991, de 22 de marzo, en la que

entre otras cosas que ahora no nos interesan se dijo muy oportunamente al respecto que: "La interpretación a la que alude el artículo 10.2. CE no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales; si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas; por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esa clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 CE una fuente interpretativa que contribuyen a una mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional".

Al hilo de estas observaciones tengo que poner de manifiesto que aún asumiendo el riesgo de que mis alegaciones en este sentido resulten en gran medida carentes de profundidad epistemológica —riesgo de cuya eventual, casi segura, ocurrencia soy plenamente consciente— voy a obviar por completo el análisis de los indicados artículos 1.1 y 10.2 CE y ello por dos razones: a) En primer término, porque su beligerancia en este orden de cosas, que acredita una relevancia enorme en cuanto oportunamente cimentadora del trasfondo axiológico de la actuación política y legisfehaciente del Estado español, debe ser examinada desde valencias analíticas generalizadas y no desde aquellas (como la presente) que apoderan su singladura especulativa de hegemonía especialidad, en cuanto conectadas con el tema de la extranjería y b) Que aún en la hipótesis de que intentare elaborar una pieza interpretativa con ínfulas de globalización teórica sobre el particular, mi aportación al respecto sólo podría consistir en una mera recopilación de opiniones ajenas, siendo así que en este ámbito, y dada la enorme importancia y actualidad de la cuestión, lo más granado del cientifismo jurídico español ha incidido con singular profusión, maestría e intensidad, constituyendo una de las últimas reflexiones generales sobre la materia (conceptualmente esquilmadora de la problemática a considerar) la debida a la autorizada pluma de LUCIANO PAREJO ALFONSO, titulada "Constitución y valores del ordenamiento", cristalizadora de su colaboración al libro colectivo *Estudios sobre la Constitución Española*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991 (editado en homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA), autor, el primero de ellos, que sustancia un acarreo verdaderamente portentoso de opiniones propias y adventicias (nacionales y extranjeras) sobre el particular todo ello con miras a la construcción de

una teoría general sobre el significado de los valores pertinentemente alojados en los artículos 1.1 y 10.1 de la CE antes transcritos, trabajo que dada su densidad y profundidad asertiva convierte en pura vaciedad, reiteración y especiosidad lo que yo pudiere decir al respecto, sobre todo, si el mismo se estudia de forma conjugada con otros dos procedentes del mismo autor, siendo el primero de ellos (cronológicamente hablando) el titulado "Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa", Civitas, Madrid, 1983 y el segundo el que gira bajo el epígrafe genérico "Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", publicado en el libro homenaje al profesor J. L. VILLAR PALASÍ, Madrid, 1989.

En base a todo este importante descarte de posibles materias a barajar en este preciso *tempus* expositivo, voy a ocuparme (sólo) en este ensayo de ensamblar, en primer término, una serie de nociones conceptuales y de funcionalidad acerca del artículo 14 CE, desde el punto de vista de su explicación y sistematización doctrinal y jurisprudencial (aunque aderezadas con determinadas precisiones comparatistas e históricas sobre su significado general) y posteriormente, en intentar una aproximación al tema de la extranjería en su potencial focalización monografista desde el meritado artículo 14 CE, distinguiendo al efecto entre lo que podríamos calificar de foraneidad normal y la que se arroja del paradigma del privilegio (en su eventual parangón con la anterior) que es la que atina especialmente a los nacionales de los países miembros de la CEE, problemática que por la propia —y evidente— naturaleza de las cosas va asumiendo cada día que pasa una mayor relevancia aplicativa en nuestro propio contexto ordinamental.

2. APROXIMACIÓN INTERPRETATIVA AL TEXTO DEL INDICADO

ARTÍCULO 14 CE

A) *Ideal general*

El texto del precepto indicado —transcrito con *anterioridad*— pese a su escueta y *rectilínea* concepción constituye el albergue de un doble sentido abstracto de la igualdad, de operatividad positiva uno, y beligerancia adversa el otro, pluralidad de potencialidades que acreditando como titulares a los sujetos especialmente destinatarios de su vigor (y cuya concreción vamos a hacer de inmediato) pueden ser activadas en primer término, en cuanto obligado prioritario, frente al Estado en su consideración de Ente dotado de específicas y privilegiadas potestades (normativas y ejecutivas) y en segundo lugar frente a los particulares, obligados también

a respetar todo el repertorio de derechos básicos que pormenoriza la propia CE, dualidad de sujetos especialmente concernido por el vigor igualatorio que brota del artículo 14 CE dicho, en méritos de lo que sienta, en términos absolutamente generales, el artículo 9.1 ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico") de la CE, todo ello con independencia de que la sujección de unos y otros reciba, en caso de vulneración de los derechos básicos merecedores de preservación y salvaguarda constitucional, una u otra respuesta tutelar, cuestión a la que haremos mérito en el curso de estos comentarios.

En línea con lo que acabo de explicar, y así prosigo con este breve apunte de reflexión y propedeusis básica sobre lo que a continuación voy a debatir en estas mismas páginas, tengo que puntualizar que las variantes positivas de la potencialidad abstracta a la igualdad cobijada bajo la frazada normativa del artículo 14 CE son las del derecho a ser efectivamente igual ante la ley y el derecho a que tal igualdad —efectiva— sea también tenida en cuenta en la aplicación de la misma, materializándose la negativa en el derecho a no ser discriminado por la ley ni en su aplicación, derecho a la no discriminación que constituye una manifestación concreta del genérico a la igualdad y cuyo engarce —discutido a nivel de teoría **general**— con las alternativas positivas antes relacionadas del calendado derecho es objeto de explicación desde diversas panorámicas tal como tendremos ocasión de explicar ulteriormente.

Continuando con este apunte introductorio, que dentro de su brevedad pretendo que sea lo suficientemente explicativo, tengo que testimoniar ahora que el Tribunal Constitucional, en el despliegue de su intransferible cometido de intérprete supremo de la Constitución (funcionalidad competencial de hondo calado que le es resignada de forma monopolística por el artículo 1 de su Ley Orgánica), bien pronto aventuró su doctrina al efecto, haciendo pivotar todo el alcance que cabía dar al artículo 14 CE sobre el binomio igualitario positivo al que venimos aludiendo, encargándose de pulir su doctrina sobre el particular a través de todo un *iter* de decidibilidad al respecto, *praxis* orientada a la depuración de las condiciones bajo cuyo patrocinio cabía alegar con éxito una presunta violación del referido derecho abstracto a la igualdad, y ello en cualquiera de sus manifestaciones, proceso que puede considerarse en su fase crepuscular por lo que apunta a las líneas maestras de conceptualización de ambas vertientes igualitarias, pero todavía en trance de definitivo asentamiento en lo atañente a la exigencia de los concretos presupuestos demandables para que la postulación deducida al efecto (en la que se denuncie una teórica conculcación del artículo 14 CE) prospere, carencia de perfilación definitiva sobre la materia que resulta más marcada en lo relativo a la faceta del

derecho que nos ocupa oportunamente objetivada en la igualdad, en la aplicación de la ley tal como tendremos ocasión de examinar en su momento.

Ahora, y con la finalidad de no *devorar* el contenido de los apartados que van a seguir, voy a limitarme a reproducir, *ad literis*, el texto de la STC 144/1988, de 12 de julio, resolución que materializa una síntesis, ciertamente muy destilada, de los diversos materiales que sobre la temática sometida a debate han ido decantándose por otras anteriores, texto de apretada —y acrisolada *factura*— y de absoluta *omnicomprensividad* cuya plasmación ahora nos va dispensar de proceder a una categorización de las dos alternativas de igualdad cobijables en el seno del artículo 14 CE, conceptualización jurisdiccional que resulta de una gran expresividad y cuyo tenor literal (que reproduzco ahora sólo en lo que nos interesa, anunciando también que el texto de tal Sentencia será retomado con posterioridad cuando abordemos monográficamente el tema alusivo a cual debe ser el concreto condicionado para una alegación con éxito de una determinada infracción del artículo 14 CE) es el siguiente:

"El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE) opera, como tantas veces hemos dicho, en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno y otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien de guardar relación alguna con el sentido de la regulación que al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Situados ya en este plano de la aplicación, es forzoso, claro está, operar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en la que al respecto se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales, de otra".

De esta Sentencia, que viene a componer un cuadro definidor de gran-geada y óptima magnitud gnoseológica sobre el derecho que nos ocupa (y cuyo "argumento" central aparece literalmente reiterado por la 20/1991), yo destacaré, por lo que el mismo atina a la modalidad igualitaria de la

ley, la incuestionable importancia del dato de que el elemento normativo de donde brote el eventual criterio ilegítimamente desequilibrador de lo que debiere ser una imputación jurídica común puede ser tanto la ley como el Reglamento, y ello pese a la concreta manifestación del artículo 14 que sólo se refiere a la primera de las muestras preceptuales dichas, para igualización a tales efectos de ambos productos ordinamentales que en realidad no fue impuesta por primera vez por el TC en la Sentencia objeto de recensión, sino en la que previamente había dictado sobre esta materia el mismo Tribunal el 22 de diciembre de 1987, en la que con ocasión del concreto *thema decidendi* objeto de la postulación jurisdiccional *ad hoc* que le fue deferida, el mismo sentó literalmente sobre el particular que:

"Desde esta última perspectiva, es decir, desde el punto de vista de la llamada igualdad de la ley, no se encuentran, sin embargo, en el mismo plano, la norma legal y la reglamentaria, pues, como ya hemos dicho, no es la misma la relación que existe entre la Constitución y ley que la que media entre ésta y el Reglamento. El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera "de acuerdo con la Constitución y las leyes" (art. 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó. El juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria requiere así, necesariamente, y sólo desde esta perspectiva, un juicio de legalidad".

En virtud de esta cita jurisdiccional, que tomo del trabajo que sobre el particular publicó JOSÉ SUAY RINCÓN, bajo el título "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en el libro homenaje a GARCÍA DE ENTERRÍA antes indicado, es evidente, tal como prodiga el *meritado* autor, la vinculación del Reglamento al principio de igualdad, vinculación corroborada por la Sentencia anteriormente evidenciada, y cuya virtualidad interpretativa le hace decir en el mismo trabajo aducido (página 855 del tomo II de la indicada obra), que "Por la vía de la igualdad, así pues, el Tribunal Constitucional puede llegar a convertirse en un vehículo de control de la legalidad de los reglamentos ejecutivos, determinando concretamente si se ha rebasado o no el espacio autorizado por las leyes".

Siguiendo con el devanado del a veces difuso hilo argumental relativo a esta fecunda problemática tengo que poner de manifiesto que con la alusión a estos dos referentes normativos provocadores de eventuales si-

tuaciones de desigualdad discriminatoria (potencialmente residenciables ante las pertinentes instancias jurisdiccionales de tuición) no se agota el repertorio de hipotéticos actos de desequiparación incidibles bajo el pentagrama de reproche delineado por el artículo 14 CE, siendo así, y ello ha sido resaltado de forma concluyente por el TC, que también quedan esmaltados por el mismo las desaparificaciones irrazonables derivadas de los Convenios Colectivos, instrumentos de composición de intereses laborales que el susodicho Tribunal, haciéndose eco de determinadas corrientes doctrinales, considera como auténticas fuentes de derecho, resultando evidente tal consideración de su Sentencia 31/1984, "resolución" en la que escudándose en un ya estimable volumen de antecedentes al respecto (ver SSTC 7, 53, y 81/1982, de 26 de febrero, 22 de julio y 21 de diciembre, respectivamente; 1 y 31/1984, de 16 de enero y 7 de marzo, también respectivamente) el TC postuló (entre otras cosas) con directo impacto en la materia objeto de debate, que "tanto la regulación mínima estatal como en la que se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes ha de operarse respetando el principio de igualdad de remuneraciones, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique violación de este principio", aseveración de la que se infiere con absoluta claridad la equiparación a la que venimos haciendo mérito y de la que se ocupan MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su libro *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, en estricta referencia a la doctrina del TC que acabamos de sintetizar, nos ilustran, en reflexión literal contenida en su página 41, que, "es decir, esta Sentencia sienta la regla de la igualdad en el contenido de las normas de los Convenios Colectivos en los mismos términos en que lo hace para la norma de origen estatal, regla de igualdad que hace derivar directamente del artículo 14 CE".

En cualquier caso, la similitud que el TC propugna a través de la Sentencia explicitada no deja de acreditar límites ciertos, condicionantes establecidos de paralogías de largo alcance en cuanto al tratamiento jurisdiccional de las presuntas desigualdades denunciadas según cual fuere su concreto origen, tema del que daremos cabal razón en las páginas siguientes limitándonos a puntualizar ahora que la evidenciada coetaneidad funcional entre los propios actos normativos y los Convenios Colectivos ha enraizado sus reales de forma definitiva en el entorno jurisdiccional cubierto por el TC, siendo bastante numerosas —y trascendentes— sus decisiones que versan sobre posibles desigualdades cuyo origen concreto cabe identificar en algún Convenio de este tipo, valiendo como depurado botón de muestra al respecto (y su cita vale por todas) su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, en la que con motivo de la denuncia (por discriminatoria) de una concreta diferenciación salarial proveniente

de un determinado Convenio, tan Alto Tribunal aventuró la siguiente cambiada dialéctica a modo de teoría general sobre los extremos sujetos a su juicio decisonal (teoría general perfectamente traíble a colación para el estudio de la eficacia horizontal de la Carta Magna, es decir, para el análisis del *Drittwirkung*, vertiente cuyo estudio por nuestra parte desbordaría nuestro objetivo analítico):

"Ciertamente el artículo 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6.º), en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social". De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general en los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas".

Prosiguiendo con el alijo (y consiguiente acomodamiento especulativo) de estas preliminares —y básicas— observaciones introductorias, y siempre en el entorno de la igualdad en la ley, tengo que puntualizar que el derecho público subjetivo que se aloja en el artículo 14 CE, esgrimible en el caso de las leyes propiamente dichas y de los reglamentos (y dejando de lado por el momento los Convenios Colectivos que en esta sede acreditan una faz normológica ciertamente especial tal como tendremos ocasión de exponer en el momento oportuno) frente el detentador del caudal de nomotésia permitiente de su adopción se materializa en la potencialidad que acreditan todos los operadores jurídicos alcanzados por su impulso en ser tratados **ordinamentalmente** por las mentadas disposiciones no en base de criterios forzosa y estrictamente igualitarios, sean cuales fueren sus concretas circunstancias, sino de forma razonablemente equiparadora o desequiparadora (cuestión clave sobre la que nos detendremos especialmente a lo largo de estos comentarios). De ello se desprende, por un lado, que quedan descartados aquellos planteamientos que reposando en la más pura utopía imponen un tratamiento normativo alambicadamente iguali-

tario de todas las incidencias personales sean cuales fueren las circunstancias concurrentes en el eventual posicionamiento jurídico de sus concretos protagonistas, y por otro, a que lo que se postula en realidad a través del consiguiente activamiento del derecho sancionado por el artículo 14 CE, en su faceta objeto de nuestra presente paráfrasis, es que las diferencias que normativamente se consagren respecto a tal posicionamiento personal no sean arbitrarias, irrazonables y, en suma, discriminatorias.

Ahora bien, en su hipotético enfoque desde esta última perspectiva, el derecho a la igualdad abstractamente entronizado por el ya pluricitado artículo 14 CE acredita una dual potencialidad teniendo en cuenta que su concreta operatividad puede teóricamente orientarse: 1.º) a evitar una diferenciación preceptual arbitrariamente instrumentada por el hacedor de la disposición discriminatoria; y 2.º) a impedir que normativamente aflore una parificación de trato ordinamental afectante a sujetos de derecho ubicados en posiciones jurídicas o fácticas diversas no reconducientes a un mismo común denominador agencial o imputativo, variante, esta última, de la igualdad perfectamente residenciable —*in principio*— en el propio seno ordenador del artículo 14 CE, pero que, sin embargo, no ha recibido todavía la pertinente respuesta positiva por parte del TC, órgano que ha mantenido al respecto una orientación interpretativa absolutamente renuente al reconocimiento de su viabilidad, siendo una muestra sumamente expresiva de esta cortedad jurisdiccional al respecto su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, en la que con motivo de un recurso de amparo interpuesto contra una previa Sentencia del TS que había provocado, a juicio de los recurrentes, una rasación de trato tildable de discriminatoria por ser los supuestos fácticos contemplados, dada sus concretas circunstancias, de imposible identificación, se dijo, en lo que nos interesa, que:

"Implícita, pero inequívocamente, pues se viene a afirmar (en la postulación al efecto proveniente de los interpositores del recurso de amparo) que este precepto constitucional (el polimencionado artículo 14 CE) encierra no ya sólo una prohibición de trato desigual ante situaciones subjetivas analógicas, sino más simplemente la interdicción de la identidad de régimen jurídico entre sujetos en posiciones fácticas diferentes.

Expuesta en tales términos, tal normativa impeditiva de lo que habría de llamarse "discriminación por indiferenciación" no puede situarse en el ámbito del artículo 14 de la Constitución. La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disimiles, "la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos" (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2.º), y por ello, lo que el artículo 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el

respeto al canon de razonabilidad que le impone el artículo 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se oriente a la adjudicación de prestaciones particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa. En la misma medida, la queja planteada en la demanda a partir del principio enunciado en el artículo 14 de la Constitución carece de fundamento en un recurso de amparo".

Esta tesis, sostenida con absoluta convicción por el TC en otras SS ulteriores, concretamente, en la 20/1986, de 12 de febrero, y 48/1989, de 21 de febrero, sustrae la manifestación del derecho a la igualdad que paraboliza la alternativa de postulación frustrada de su potencial entronque con el artículo 14 CE. Sustracción, sin embargo, cuya virtualidad reposa más en consideraciones "políticas" (asentadas, sobre todo, en un profundo respeto al confín competencial de la iniciativa legislativa titularizada por los órganos jurisdicentes) que en auténticas razones de fondo y es bien seguro que una mayor depuración de los perfiles de la figura pueden provocar en el futuro una toma en consideración más acrisolada del artículo que nos ocupa, hipotética reconducción a la que matizadamente alude JOSÉ SUAY RINCÓN, en su trabajo sobre la materia anteriormente aducido, que en la página 868 del tomo y libro que lo contiene (antes indicados), apunta literalmente sobre la cuestión (basándose en los mismos precedentes jurisprudenciales que yo he barajado en estas líneas y que he recogido de su aludido ensayo) que "La doctrina está en general de acuerdo con estos planteamientos (los resultantes de la **meritada** jurisprudencia), aunque en nuestra opinión y con independencia de que ese sea el criterio que ha de prevalecer son carácter general, es preferible no adoptar —ni en éste ni en cualquier otro **tema**— posiciones maximalistas. Porque la práctica siempre será más rica que la imaginación y puede perfectamente ofrecer casos que por su singularidad no puedan resolverse conforme a las reglas generales y reclamen una solución distinta. La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, declaró contraria al principio de igualdad una disposición legal que preveía idéntica sanción penal (trato igual) para el cazador que no estaba asegurado civilmente y para el cazador que, **estándolo**, era sorprendido sin tener consigo el documento que lo acreditaba (S 218/74)".

Efectuadas estas breves aclaraciones propedéuticas sobre la confinación conceptual del instituto, y también sobre su entendimiento según la doctrina del TC, tengo ahora que referirme, antes de pasar a otro tema, que cuando estamos hablando de igualdad en la ley en realidad nos estamos refiriendo a que el hacedor de la misma (comprendiendo obviamente

al autor gubernativo de los Reglamentos) no puede conculcar el derecho a la igualdad cuyos términos de concepción acabamos de trazar, todo ello en aras a la obligación de respeto que como a cualquier otro poder del Estado se le impone por la vía del artículo 9 CE (tema sobre el que volveremos ulteriormente), respeto que se traduce en que los supuestos de hecho tenidos en consideración como soporte de sus ulteriores labores de imputación jurídica no pueden diversificarse posibilitando la adopción de soluciones normológicas que resulten discriminatorias por irrazonables.

En apelación a este criterio rector resulta fácilmente extraíble la consecuencia de que el derecho abstracto a la igualdad debidamente instrumentado en nuestro ordenamiento constitucional por el artículo 14 CE lo que de verdad impide es que los órganos legislativos (el Parlamento o el Gobierno) incidan en la arbitrariedad promoviendo consecuencias jurídicas diversas para supuestos fácticos idénticos o sustancialmente idénticos, evidencia que nos obliga a introducir ahora una levísima dosis de teoría general sobre la nomotesía en cuanto conveniente asidero especulativo de lo que de inmediato voy a explicar, disgresión que tiene por objeto poner de manifiesto que todo el discurso sobre la igualdad no puede comprenderse adecuadamente sin una referencia explícita al cometido prioritario de cualquier disposición preceptual, componente finalista que siempre se traduce en la vertebración de un derecho (en su concepción más lata posible) o la sustanciación de una determinada obligación, carga o gravamen (también entiendo este concepto de forma omnicomprendensiva), vertebración anudada en todo caso a un *factum* abstractamente considerado (salvo en las hipótesis especialísimas de leyes singulares que serán materia de investigación **monografista** en el curso de estas reflexiones) y cuya concreta andadura y operatividad se hace sentir en el curso de lo que constituye el ciclo biológico normal del meritado derecho o de la calendada obligación, es decir, su nacimiento, su ulterior funcionalidad y su consecuente extinción.

Así pues, y en obsequio a lo ahora explicado, existirá una vulneración del derecho genérico a la igualdad consagrado por el artículo 14 CE cuando la norma en cuestión incida en comportamientos imputativos discriminatorios respecto a la atribución (o imposición de la obligación) a la que venimos haciendo referencia, pudiendo proyectarse la beligerancia de tales comportamientos bien sobre el propio trance adquisitivo del derecho (o germinativo de la obligación), bien sobre sus condiciones de ejercicio, bien sobre el concreto haz de potencialidades o caudal de aflicción que la tenencia del derecho atribuido (o la obligación asumida) comporte, bien sobre sus posibilidades de defensa (del derecho) o bien, en última instancia, sobre las alternativas de liberación (en lo tocante a las obligaciones) o sobre las que aludan a la pérdida del derecho.

Así de compleja —y densificada— es la eventual actuación lesiva del legislador respecto del derecho a la igualdad objeto de debate, complejidad —a modo de caleidoscopio funcional— lógicamente trasladable al orden jurisdiccional y que en lo tocante a la tutela dispensable por parte del TC resulta multiplicada por la enorme frecuencia con que se acude a la aducción forense del artículo 14 CE como escudo de las postulaciones dirigidas al mismo, no sólo a los efectos de la homologación constitucional de las normas tachadas de atentatorias del derecho objeto de especial consideración en estas páginas, sino también, y ello es absolutamente relevante, cuando se trate del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (sirviendo tal precepto de fundamento delimitador del pertinente objeto procesal de todos aquellos innumerables recursos de amparo cuyo concreto *thema decidendi* versa sobre la presunta infracción de la última variante del derecho a la igualdad a la que acabamos de hacer alusión), pluralidad de situaciones en las que se hace un uso masivo del mismo (del artículo 14 CE) en cuanto elemento racionalizador de la *causa petendi* deducida ante el TC y a las que se han adicionado para mayor *inri* aquellos supuestos en los que el derecho a la igualdad resulta también invocable ante dicho Tribunal en cuanto criterio legitimador de distribuciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En línea con lo inmediatamente explicado acerca de la notable diversificación funcional que pende sobre la aplicación del artículo 14 CE y también en directa relación con su uso frecuentísimo del mismo en las áreas jurisdiccionalmente atendidas por la justicia constitucional (aunque ahora en explícita referencia a los recursos de amparo) resulta absolutamente noticiable que por la vía defensiva entroncada con el meritado precepto quepa instar en esta sede la defensa de derechos subjetivos no susceptibles de emplazamiento "normal" en ella, sucediendo ésto concretamente cuando las condiciones de su atribución, ejercicio, disfrute, defensa o extinción resultan normativamente discriminadas, posibilidad que acrecienta las ya de por sí congénitas dosis de complejidad a las que acabamos de hacer mérito, pero que resulta ostensible del propio entendimiento riguroso y coherente de esta temática (y de su metodología práctica), así como del genuino proceder del TC, siendo suficientemente explícito al respecto el zócalo argumentativo conformado por la STC 95/1985, de 29 de julio, en la que con motivo de una controversia que traía su causa en la denuncia de una cláusula consignada en un Convenio Colectivo sobre la jubilación forzosa a los sesenta y cuatro años y en definitiva en el análisis a la luz del artículo 14 CE de la privación de un derecho —el de trabajar regulado en el art. 35 CE— carente propiamente de resguardo por la vía del recurso de amparo, el TC sostuvo, en lo que nos interesa (y tomo la reseña del precitado trabajo de JOSÉ SUAY RINCÓN) que:

"El artículo 14 de la Constitución no puede convertirse en un precepto a través del cual se articule la defensa de derechos materiales que no tienen cabida dentro del amparo constitucional, pero también lo es que las medidas eventualmente discriminatorias lo son en el ejercicio de derechos materiales de los sujetos afectados a quienes se priva de tal ejercicio o a quienes se impone un modo o unas condiciones de ejercicio diferentes a las de otros sujetos. No importa ahora si dicho tratamiento diferente en relación al derecho en cuestión está o no justificado, pues ello afecta al fondo del asunto, siendo si desde el punto de vista formal puede o no apreciarse una finalidad o un contenido presuntamente discriminatorio en el acto impugnado, porque cuando predomine simplemente el carácter privativo y aplicativo del derecho material en cuestión, es tal derecho el que debe ser definido, y no el principio de igualdad".

¿Quid de todo lo hasta aquí alegado? En primer término, la evidencia de la plurimencionada complejidad y del uso maximalista del artículo 14 CE en todo tipo de litigios constitucionales, circunstancia que si bien tiene parangón con determinados sistemas jurídicos adventicios (caso de Alemania, Austria e Italia) hace diverger severamente *nuestra praxis* al uso de otros (casos de Francia), analogía y paralogía operatoria de la que se ocupan con indiscutible acierto MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, en su antes indicado libro, página 18, autores que atribuyen la calendada densidad del uso forense del artículo 14 CE a la formalización jurisdiccional del referente antidiscriminatorio atrincherado en el inciso último del indicado artículo. En segundo lugar, entiendo que de todo lo aducido se desprende el corolario de que el derecho abstracto a la igualdad promovido por nuestra CE, descartados los pertinentes **planteamientos** utópicos y sea cual fuere su concreta encarnadura filosófica y moral (cuestión discernible en otros planos especulativos) no adquiere sentido desde el punto de vista jurídico, sino es en su efectiva conexión con un derecho (obligación) material cuyas condiciones de ejercicio, contenido, tutela y extinción contribuye decisivamente a conformar, sustanciación por supuesto cuya beligerancia se sublima a través de la homologación del derecho (u obligación) investigado a la luz de determinados criterios comparatistas, y siempre teniendo en cuenta que una hipotética organización igualitaria del ecosistema jurídico nacional es conseqüible no sólo mediante una implantación autónoma de un derecho genérico a la igualdad al estilo del consignado por el artículo 14 CE, sino también a través de otros procedimientos de equiparación a los que luego nos referiremos.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la igualdad en la ley, cabiéndonos ahora la tarea de pergeñar un conjunto de reflexiones sobre la otra modalidad positiva del derecho genérico a la igualdad cobijada en el artículo 14

CE, o sea, sobre la igualdad en la aplicación de la ley, alternativa que surgida con posterioridad a la hasta ahora debatida se convierte en su complemento imprescindible siempre teniendo en cuenta que sólo a través de su protagonismo adquiere toda su plenitud la primera de las indicadas.

Ello alegado, tengo que puntualizar, siempre en clave de síntesis y con la finalidad de aportar un mínimo de teoría general sobre el particular (que nos servirá para profundizar ulteriormente en el concreto entresijo operativo de la disyuntiva igualitaria objeto de reflexión) que la expresión igualdad ante la ley implica que en sus consiguientes labores de aplicación del ordenamiento los funcionarios (y también los particulares en la consecuente homocomposición de sus propios intereses **negociales** o en la potencial defensa de sus derechos) deben proceder a la correspondiente subsunción de los hechos en el *factum* normativo tomado en consideración con arreglo a estrictos criterios de neutralidad legalista, procediendo pues a las tareas de identificación y adveración fáctica e imputación de las consiguientes consecuencias jurídicas de conformidad con los criterios resultantes de la disposición aplicable, exigencia a la que [y contando para ello con una importante apoyatura doctrinal ajena (HELLER, KELSEN, LEBON)] aluden los autores citados *ut supra* en su indicada obra, página 21, señalando literalmente al efecto que "La igualdad ante la ley se interpreta como 'aplicación de la ley conforme a la ley', como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad no sólo si la ley por no ser general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general no se hiciere de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas", visión que es la que reluce en la reciente STC 68/1991, de 8 de abril, en la que entre otras cosas que ahora no nos interesa, se afirma que "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 igualdad 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, el mencionado principio se identifica en la práctica con el de la legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la ley era una violación de la ley misma, y sólo al término de una evolución secular, 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— 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, ni 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; por eso no cabe en modo alguno negar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley so pretexto de asegurar, en favor de otros posibles sujetos, el derecho a la igualdad en la ley, es decir, el derecho frente al autor de la norma, como han hecho las resoluciones recurridas en el caso, que, por tanto, deben ser anuladas".

Prosiguiendo con esta línea de análisis sobre el particular, tengo que puntualizar que la obediencia ciega al criterio rector expuesto de que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley implica, en definitiva, la exigencia de que la ley se aplique legalmente induce a confusión ya que si así fuese el recurso a la alegación de una hipotética violación del artículo 14 sería irrelevante en cuanto que el mismo debería ceder frente al éxito de aquellos remedios jurisdiccionales orientados de forma directa a poner coto a una propia inaplicación de la ley, entre ellos los conectados con una hipotética vulneración del principio de jerarquía normativa o de la *razonabilidad* que se debe exigir en todo acto administrativo o judicial de aplicación del ordenamiento jurídico, faceta problematizada de la cuestión sobre la que volveremos ulteriormente a ocuparnos en las páginas que van a venir del delineamiento de la concreta operatividad en la que queda enmarcada el tratamiento de la presunta violación de la manifestación igualitaria que estamos viendo, tema que será objeto de la pertinente escisión explicativa según que el acto aplicable presuntamente conculcador del derecho a la igualdad en la manifestación objeto de análisis sea de tipología administrativa o judicial, alternativa que a los efectos que estamos viendo se reviste de una importancia cardinal y que será objeto seguidamente del pertinente debate.

Todavía podríamos enriquecer más estas breves consideraciones preliminares haciendo especial hincapié especulativo en el significado del mandato antidiscriminatorio invocado por el último inciso del artículo 14 CE, pero teniendo en cuenta que él mismo sólo es una manifestación normativa relativamente autónoma de las dos variantes básicas de la igualdad antes reseñadas, reservamos para el futuro su alusión explícita, sirviendo las consideraciones generales ya aducidas como referente especulativo básico del propio comportamiento "general" de tal mandato.

B) *Naturaleza jurídica del Derecho a la igualdad positivado por el artículo 14 CE*

A lo largo de lo escrito en estas páginas nos hemos referido siempre a la potencialidad objetivada por el **meritado** artículo 14 CE en su consideración de derecho público subjetivo fundamental activable prioritariamente por su titular frente al Estado (y también —**aunque** en tono menor y en un segundo **plano**— frente a las personas físicas y jurídicas sendamente integrantes del sustrato personal o institucional del mismo), aseveración compositiva de su esencial **intringulis** gnoseológica que sólo adquiere su pleno —y **cabal**— sentido si partimos del sustrato normativo del calendado artículo 14 CE, alcance que en realidad deriva no sólo de su intrínseca singularidad y radios de acción jurisdicente, sino también del propio significado y virtualidad global de la Constitución en su consideración de norma jurídica, tema ahora que puede darse definitivamente por resuelto, pero que con motivo de su adopción suscitó animada polémica entre los propiciadores de tal carácter y los que partiendo de la etiología predominantemente política de la CE atribuían a aquellos de sus artículos destinados a la consagración de derechos básicos el valor de meros pronunciamientos programáticos, polémica de acerbos perfiles iniciáticos en la actualidad zanjada en beneficio por supuesto del sustrato normativo *in toto* del texto constitucional y ello con independencia de cual fuere el grado o tasa de abstracción de sus enunciaciones, polémica, por otra parte, que aunque compleja y enconada en su integridad (recuérdese lo esquivo de determinadas SSTS respecto del reconocimiento del susodicho valor normativo global de la CE, reluctancia recognoscitiva asimismo fácilmente vislumbrable de la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado y en el comportamiento decisorio mantenido hasta fechas recientes por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la interpretación a aportar al encuentro del artículo 11.3 CE) revistió particular virulencia e intensidad en sede del derecho que constituye nuestro punto de encuentro expositivo y ello por un doble orden de cosas. En primer lugar, por la trascendencia del envite, ya que su potenciación venía a hacer zozobrar una *praxis* jurisdiccional inveteradamente seguida, y que era la que reposaba en la idea de que los órganos jurisdiccionales acreditaban absoluta soberanía autodeterminativa para variar sus propios precedentes (incluso sin tener que ofrecer siquiera una motivación suficiente para ello) metodología decisoria que con una entrada en liza incentivada del derecho ahora esculpido por el artículo 14 CE resultaba insostenible *pro futuro*. En segundo término, porque la temática era propicia a la confusión teniendo en cuenta que la igualdad, en cuanto noción jurídica a enclaustrar sindéricamente aparecía pluramente recogida en la CE como

principio, valor y como derecho público subjetivo, inflación conceptual indefectiblemente estimulante para el debate, pero provocadora, por su propia mismidad, de una dehiscencia epistemológica preocupante. Sin embargo, el TC anticipándose en estas áreas a su ulterior confesión de fe sobre la absoluta y ecuménica significación preceptual del texto respecto del cual había asumido la función de intérprete supremo (reconocimiento explícito del valor vinculante generalizado de la CE que se hizo esperar hasta su trascendental Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre), supo atisbar con claridad el alcance estrictamente normativo del pluricitado artículo 14 CE y con él su lógica consecuencia, es decir, la configuración del derecho a la igualdad en cuanto derecho público subjetivo enarbolable contra todos los poderes públicos: el normativo, el ejecutivo y el estrictamente judicial, reconocimiento que bien tempranamente fue vertebrado por el aludido Tribunal, acaeciéndolo concretamente a través de su Sentencia de 2 de febrero de 1981 en la que se dijo literalmente al respecto que "el hecho de que nuestra norma fundamental prevé en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el artículo 14 que se refiere al principio de igualdad...", reconocimiento que a su vez fue objeto de especial reiteración monográfica en la posterior Sentencia de 2 de julio del mismo año a través de su afirmación de que "la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma", criterio rector sobre el particular cuyo *iter* de afirmación (incluso con un mayor grado de convicción y apodicticismo), continuó con la Sentencia de 10 de noviembre, también de 1981, en la que se recuerda la especial vinculación que respecto al derecho de igualdad postulado por el artículo 14 CE debe predicarse en relación con el Poder Legislativo, sujeción a la que se refiere la apreciación barajada en la meritada resolución en el sentido de que "Ninguna duda puede, pues, haber de que el legislador está obligado a observar el principio de legalidad", sometimiento jurisdicente en suma a tal derecho que se constituye en un obstáculo insuperable para el hacedor de normas, el cual en sus pretensiones innovatorias del ordenamiento jurídico deberá cuidarse muy mucho en no incurrir en comportamientos discriminatorios que, en caso de plantearse, resultaría emplazable ante la justicia constitucional por la vía del pertinente recurso o cuestión de inconstitucionalidad, justicia que tratándose de lesiones no normativas del derecho a la igualdad que estamos viendo entraría en juego a su vez en virtud de la interposición del consiguiente recurso de amparo.

En base a todo este diseño operativo, es evidente que el derecho a la igualdad es una de aquellas potencialidades fundamentales de perfecta

identificación constitucional, constituyente de un valladar para las hipotéticas actitudes desequilibradas arbitrarias de los poderes públicos, del tipo que éstos sean, y cuya tutela queda a cargo en última instancia, del Tribunal Constitucional, aseveración que no resultaría legítimamente instrumentable si no se partiera del carácter nomotético de la CE en general y de su artículo 14 en particular, alcance que en la actualidad, superados los recelos y las resistencias iniciales, aparece ya definitivamente consagrado en nuestro sistema ordinamental.

Ello supuesto, y recogiendo ahora ideas anteriormente vertidas, tengo que puntualizar que el derecho público subjetivo que estamos viendo acredita como elementos compositivos cardinales de su medulación los siguientes: a) su taxativización enunciativa; b) su carácter instrumental; c) la impulsión de su concreta beligerancia previa iniciativa estatal, trilogía que materializa la *deus ex machina* de la figura en cuanto categoría jurídica a considerar y a cuyo análisis vamos a dedicar las líneas siguientes:

a) *Debate sobre sus características esenciales*

aa) *Alusión a la nota de instrumentalidad.*—Con anterioridad, y al precisar sus parámetros fundamentales de concepción —y comprensión— ya pusimos de relieve que dejando de lado sus connotaciones filosóficas, el derecho a la igualdad objeto de investigación sólo se arroja de interés en cuanto dispositivo constitucional oportunamente modulador de la atribución de derechos y de la asunción de obligaciones y cargas (interés también traspolable al ejercicio y cumplimiento de unos y otros o a la posible extinción, pérdida o liberación de éstos) razón que venía a minimizar el valor de la posible autonomía del mismo, nota que en este preciso momento de confinamiento conceptual adquiere todo su sentido y ello no sólo por motivos netamente dogmáticos y de depuración de lindes de *sindéresis* de la temática debatida, sino también por estrictas razones operativas, siempre teniendo en cuenta que el caudal de igualitarismo al que pueda atenerse un determinado ordenamiento no tiene porque forzosamente derivar de una concreta formulación concesional al estilo de la enjaretada por el artículo 14 CE, sino que también resulta perfectamente reconocible su presencia cuando en la concreta conformación del derecho (o de la consiguiente asunción de la obligación) de que se trate, la proposición titularizada del mismo se concibe en términos de imputación subjetiva absolutamente globalizadores, razonamiento que nos conduce a la evidenciación de otra de las notas personalizadoras del instituto antes relacionadas y que es la siguiente.

ab) *Alusión a la nota de su individualización enunciativa.*—Teniendo a la vista el texto del artículo 14 CE no cabe duda de que los constituyentes optaron por la alternativa de "independizar" en el texto constitucional el derecho público subjetivo objeto de debate, posibilidad que constituye, en verdad, una importante innovación en los modos de proceder de nuestra nomotésia constitucional, tal como veremos a lo largo de estas páginas cuando efectuemos una breve referencia histórica a la cuestión.

Sin embargo, tengo que poner de relieve que en coherente obediencia a lo dicho en relación con la falta de autonomía esencial o material del derecho presentemente investigado, tal reconocimiento constitucional no era, en rigor, estrictamente necesario, sino que el mismo perfectamente podía anudarse de forma individualizada —derecho por derecho; obligación por obligación— a la concreta metodología utilizada para la vertebración de la potencialidad o carga de que se tratase (*praxis* que fue la utilizada en los textos constitucionales precedentes, tal como tendremos ocasión de resaltar con posterioridad).

De todos modos, no cabe duda que el tratar de forma normativamente autónoma el reconocimiento constitucional del derecho a la igualdad contribuye poderosamente a la multiplicación de sus efectos, cerrando eventuales resquicios por donde pudiese escapar o diluirse su potencial eficacia, que no sólo debe requerirse en cuanto a la concreta concesión, resignación o atribución del derecho de que se trate, sino también a lo largo de toda su eficacia general o vitalidad de goce y de su hipotético proceso de ablación, pérdida o radiación, singladura, pues, de largo alcance que las manifestaciones no individualizadas del derecho a la igualdad no suelen cubrir con garantía, limitándose los preceptos reconocedores de los derechos (o impositores de las consecuentes obligaciones) a exigir que su atribución o asunción tenga lugar frente a "todos", pero sin exigir con el suficiente detalle y el necesario rigor que tal resignación acontezca también de forma igualitaria, o que las posibilidades de su pérdida o liberación acontezcan también bajo el *topoi* igualatorio materia de análisis.

Esto, por una parte. Por otra, la personalización del derecho a la igualdad ha provocado un pujante acrecentamiento del arsenal defensivo que la CE pone en manos del ciudadano, ya que éste, en virtud de tal personalización, tiene acceso a los pertinentes cauces de la justicia constitucional —incluso al recurso de **amparo**— alegando una efectiva infracción del calendado derecho en su consideración autónoma (siempre hablando en términos relativos), es decir, con independencia de la naturaleza constitucional y ordinaria de la potencialidad atribuida o de la carga impuesta, posibilidad que en los sistemas de enunciación no singularizada de la exigencia igualitaria no sería de recibo, toda vez que en los mismos el ciudadano tratado desigualmente respecto a un concreto derecho sólo

podría acudir a la vía aludida cuando éste fuese susceptible de resguardo constitucional. En última instancia, la falta de personalización de la potencialidad constitucional que nos ocupa puede sustituirse, con mayor o menor éxito, con las fórmulas atributivas singularizadas a las que venimos haciendo mérito y a cuya batería de supuestos nos referiremos a continuación, cuando la variante considerada es la alusiva a la igualdad ante la ley, pero las mismas de difícil entendimiento en su teórica conexión con la variante de la igualdad en la aplicación de la ley, alternativa que sólo en obsequio a un esfuerzo inquisidor de amplio radio imaginativo podría legítimamente incluirse en el contexto de un derecho a la igualdad no genéricamente individualizado.

Vemos, pues, como el respeto del derecho abstracto a la igualdad puede obtenerse en un determinado ordenamiento jurídico bien acuñando una fórmula personalizada y globalizadora al estilo de la consignada en el artículo 14 CE o bien imponiendo éste a base de enunciaciones imputativas de derechos y obligaciones concebidas en términos de máxima omnicomprensividad.

Por lo tocante a nuestro ordenamiento constitucional, los hacedores de la CE, tal vez por la importancia del envite, acudieron a ambos procedimientos no contentándose con la redacción del artículo 14 CE, y así, a lo largo de su articulado, al instrumentar los consecuentes derechos y obligaciones, anudaron su senda titularidad a locuciones concesivas de las que dimana una atribución igualitaria de la facultad o de la carga de que se trate [refiriéndose a "todos" (art. 15), "ningún español" (art. 11, a), "toda persona" (art. 17.1), "los ciudadanos" (art. 23), "todas las personas" (art. 24), "los españoles" (arts. 29 y 30.1), "todos" (art. 31), "todos los españoles" (arts. 27.1, 28.1, 29.1, 31.1 y 45.1)].

Con independencia de ello, los constituyentes sancionaron manifestaciones autónomas especiales y generales del derecho abstracto a la igualdad en relación con determinadas situaciones de peculiar posicionamiento personal y territorial, pudiendo incluirse dentro de las primeras aquellas alusiones que a tal derecho se contienen para el matrimonio en su artículo 32.1 ("El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica") 39.2 ("Los Poderes Públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil...") y encuadrándose dentro de las segundas las menciones que del derecho que nos ocupa se contienen en los artículos 138.2, 139.1 y 149.1.1., preceptos encaminados a evitar que la existencia de determinadas Autonomías en el territorios nacional implique la posibilidad de cualquier tipo de discriminación o privilegio para los españoles.

Con abstracción de estas concretas fuentes del derecho a la igualdad

objeto de debate, podemos señalar otras que para los extranjeros, hurtados al juego normativo que preconiza el artículo 14, devienen esencialmente, siendo éstas, en apretada síntesis, las siguientes: el principio de dignidad al que alude el artículo 10 en cuanto fundamento, con otros, del orden político y de la paz social; la STC de 23 de noviembre de 1984; y la preceptiva internacional que sobre la materia resulta de los Tratados internacionales que obligan a España, trilogía de fuentes que deben agregarse a la que resulta de las fórmulas omnicomprendivas antes referenciadas, fórmulas que cuando no se refieren de modo exclusivo a los españoles, también abarcan a los extranjeros, conjunto variopinto de fuentes de igualdad para los mismos a las que nos referiremos monográficamente en la última porción de este trabajo.

ac) *Alusión a la nota de que su concreta efectividad depende del Estado.*—Para la debida cognición de esta seña de identidad de la figura considero imprescindible la práctica de una mínima disgresión argumentativa que nos permita situar en posición correcta la logística conceptual a desplegar en estas áreas, disgresión que hace referencia a que ante las diversas clasificaciones que de los derechos sancionados constitucionalmente cabe ofertar sobresale, por su especial trascendencia, aquella que atina a las condiciones en que se desenvuelve su concreta posibilidad agencial, ya que ésta se materializa bien por el puro impulso de su titular, que se convierte así en el exclusivo actor a tener en cuenta o bien requiriendo la presencia, apoyatura, respaldo o legitimación de otra instancia, que no es sino el Estado, variante efectivista del derecho a que a su vez es comprensiva de un amplio abanico de manifestaciones que según la tasa o índice de la aludida intervención estatal se extiende desde un máximo de intervención (que cristaliza en la recreación *ad casum* del derecho por la vía de la pertinente autorización a demandar en cada eventual activación del mismo) a un mínimo (que cobra cuerpo en una pura —y neutra— labor de control).

Pues bien, como paradigma de los derechos de agenciabilidad inmediata en virtud de la neta y exclusiva autodeterminación de su titular podemos citar el de la libertad ambulatoria y como variante emblemática de la categoría de los derechos sujetos a restricción, los de entrada y estancia de los extranjeros no comunitarios en España, potencialidades que sólo previa autorización discernible *ab nominatim* pueden ser efectivamente ejercidas (pongo este ejemplo por su expresividad aún a sabiendas de que su eventual constitucionalización por la vía del artículo 19 CE, en su conexión con el art. 13, del propio texto constitucional es un imposible) quedando emplazados en una situación intermedia, fronteriza entre los dos polos aludidos, aquellos derechos cuya concreta construcción y ulte-

rior andadura fructuaria es el producto de una previa decisión ordinamental singularizada que una vez adoptada permite su libre ejercicio en sus propios términos de concepción, términos que constituirán el referente esencial que en última instancia habrá que investigar para saber a que grado de restricción y apoyatura adventicia queda sujeta la eventual utilización del derecho normativamente creado genéricamente o *ad casum*.

Tras esta breve descubierta inquisitiva por derroteros interpretativos de teoría general, creo que me hallo en condiciones de recalcar que el Derecho a la igualdad patrocinado *in genere* por el artículo 14 CE pertenece al último grupo expuesto y que teniendo en cuenta lo que apuntamos con anterioridad acerca del carácter instrumental y no materialmente autónomo del mismo, en realidad tal derecho sólo asume sustancia efectiva en la medida en la que el Estado va creando normas atributivas de derechos (o impositoras de obligaciones) que en sus funciones normológicas se atienen al arquetipo de la igualdad en los términos de comprensión que antes hemos definido, pudiendo en cada acto normativo de creación conferir tal derecho o por el contrario ajustarse a una postura de legisfehaciencia adversa, incidiendo en tal caso en actividades anticonstitucionales, circunstancias que no impiden la eficacia inmediate de las decisiones normativas adoptadas, aunque éstas en su caso podrán ulteriormente ser corregidas por las vías de reparación pertinentes.

Entiendo así la eficacia del derecho abstracto a la igualdad que se cobija en el artículo 14 CE, y que hasta lo aquí dicho sólo atina a su manifestación de ante la ley, resulta clara la *conexión*, a los efectos que estamos investigando, entre el meritado derecho y los de la tercera generación o leva constitucional que son los económicos, sociales y culturales, derechos también erigidos por los constituyentes *in abstracto* y que requieren su trasposición ulterior al mundo de la realidad a través de actos concretos de creación, vertiente muy bien atisbada por MIGUEL ARTOLA, que en su libro *Los derechos del hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, nos dice al efecto que:

"El Estado hace iguales a sus subditos o ciudadanos, del mismo modo que le compete proporcionar asistencia social o vivienda a aquellos que no la tienen porque no pueden conseguirla por sus propios medios. Para llevar a cabo este objetivo, definido como derecho en la Declaración (se refiere a la francesa de 1789), el Estado ha de crearlo mediante las oportunas decisiones legislativas y una vez promulgada la norma que dé cuerpo legal al hasta entonces teórico derecho, ha de cuidarse de su realización material que igualmente dependerá de su iniciativa".

Básicamente estoy de acuerdo con este planteamiento. Sin embargo, me parece necesario matizar tres cosas. En primer término, que respecto a los derechos ya constitucionalizados, la decisión normativa creadora en

concreto del derecho a la igualdad ante la ley (impuesto *in abstracto* por el artículo 14 CE) ya ha tenido lugar (siempre partiendo del carácter de la Constitución como auténtica norma de eficacia inmediata y prevaleciente), todo ello con independencia de la recreación ulterior del derecho por la vía de la legislación de desarrollo constitucional, normativa posterior que deberá volver a desplegar las condiciones para que el derecho a la igualdad meritado se desenvuelva de forma fructífera y plena. En segundo lugar, que la paralogía entre el derecho a la igualdad y los derechos sociales, económicos y culturales, por lo que atina a nuestro propio panorama constitucional, es neta en su eventual paragón a la luz de su protección constitucional, tema ya harto debatido en el que voy a entrar. En tercer lugar, que cuando hablo de que el Estado debe destilar la igualdad en cada acto normativo creador de derechos y obligaciones me estoy refiriendo a un imperativo categórico, siempre teniendo en cuenta el carácter absolutamente cogente de los pronunciamientos constitucionales, aunque es evidente que puede incumplir su obligación, con lo que tanto si se atiene a la enunciación imperativa y generalizada del artículo 14 como si eventualmente la transgrede, su protagonismo en estas áreas es total.

Otro tanto sucede con la otra manifestación de la igualdad a la que venimos haciendo razón, y que es aquella que impone una aplicación igualitaria de la norma *ad hoc*, acto que en cada caso hace surgir el derecho concreto la igualdad que a todos los ciudadanos reconoce abstractamente la CE a través de su artículo 14 y del resto de preceptos que consideran a tal premisa como un valor y principio fundamentales, acto aplicativo en suma que se convierte en la concreta fuente germinativa de la potencialidad igualitaria que nos ocupa, sublimándose a través de este *iter* de aplicación todo el acervo de posibilidades resignadas al efecto por los mentados preceptos.

Tras el trazado de esta panorámica elemental sobre la materia, paso a ocuparme del diseño monografista básico de las distintas manifestaciones igualitarias a las que venimos haciendo mérito, desglosando al efecto nuestro análisis entre la igualdad en la aplicación de la ley y la prohibición concreta de discriminación, todo ello a través de la gestión de sendas porciones de reflexión especializadas por las que desfilarán, en primer término, ciertas apreciaciones sobre el umbral de positivación de la temática en los correspondientes niveles de pacción internacional y, en segundo lugar, la concreta dimensión funcional de la alternativa igualitaria específicamente considerada, distinguiendo, previa la exposición de determinadas consideraciones históricas, sus consiguientes presupuestos subjetivos, objetivos y funcionales, todo ello como pórtico de lo que luego, y ya de forma singularizada, diré sobre el engarce de la problemática investigada con la normativa de la extranjería, porción de este trabajo en el que se

analizará el tema caudal del mismo (y, en realidad, su razón de ser), y es el que cobra cuerpo en la cuestión de si los extranjeros resultan alcanzados por el vigor normativo del artículo 14 CE, y en caso contrario, si los mismos pueden hacer uso de cualquier otro dispositivo normativo que les sustraiga de cualquier tipo de desrazación o desparificación en relación con los nacionales, tema estrella que entroncará además con otros situados en sus aledaños que nos servirán para efectuar el esbozo o pergeño de lo que podría considerarse como mínima teoría general sobre la materia.

3. LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES POSITIVADORES DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) *Idea general*

Objetivar debidamente este epígrafe supondría el urdimiento de un tejido analítico de densa y polícroma textura orientado a poner en evidencia el procedimiento utilizado en la positivación del derecho a la igualdad en su potencial enfoque desde áreas internacionalistas, camino que ha sido recorrido aceleradamente desde la Segunda Guerra Mundial y ello tanto en lo referente a su manifestación más omnicompreensiva y general, como en lo relativo a la prohibición específica de discriminación, iniciando esta tesisura enunciativa de Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1949 a través de sus artículos 2 y 3, preceptos pues sendamente referidos al derecho a la igualdad en su alternativa más abstracta y a la prescripción de la aludida discriminación, alambicándose ya en el último de los mencionados un más que estimable catálogo de eventuales criterios diferenciadores particularmente odiosos y rechazables, *per se* que con unos y otros matices han trascendido a todos los cuerpos normativos —de etiología doméstica e internacional— que ulteriormente han continuado percutiendo sobre la materia.

Sabido es que la meritada Declaración, aún siendo efectivamente una auténtica compilación de normas jurídicas, acredita —pese a su florida retórica y absoluto **dogmatismo**— un nulo valor vinculante para los Estados signatarios, eficacia, por el contrario, perfectamente propugnable para aquellos Instrumentos Internacionales que en sus consecuentes labores de "descubrimiento" normológico de los Derechos Humanos traen causa de la referida Declaración, circunstancia que determina la necesidad de proceder a su pesquisa para saber en definitiva hasta donde se avanzó "realmente" en el tema que nos ocupa.

Ello alegado, hemos de puntualizar que los referidos Instrumentos son de dos tipos: los que efectúan sus labores jurisdicentes al respecto de

forma **globalizadora** y los que atinan de manera específica a algún sector concreto del referido derecho a la igualdad, desglose cuya especulación, si tuviere que ser completa, devoraría en mucho el espacio total de que dispongo para intentar la glosa de esta materia, razón por la que vamos a prescindir del estudio de aquellos pactos específicos que se ocupan en programar medidas antidiscriminatorias de corte especializado, tales como los diversos Convenios adoptados en el seno de la OIT (especialmente el 111, instrumento que contiene una categorización descriptiva del término "discriminación", en cuanto operativa en el ámbito estrictamente laboral, verdaderamente insuperable dada su perfección técnica, noción que resulta de su artículo 1.1 que define tal vocablo como "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación), o bien aquellos encaminados a impedir la discriminación racial o la desigualdad injusta entre varones y mujeres.

En apelación a la imprescindible ligereza expositiva a la que pretendo anudar la confección de esta obra, voy a referirme sólo a la categoría de los Derechos Humanos, tanto en su versión universal como en la estrictamente europea, si bien, y a fin de incidir sobre una problemática de ascendente interés, también aludiré, aunque de forma somera, al Tratado Constitutivo de la CE, en cuanto que del mismo brota una importante fuente antidiscriminatoria en los términos que a continuación voy a considerar.

B) *Referencia concreta a los Tratados Internacionales con vigencia en este sector*

a) *De proyección universal*

aa) **Introducción.**—Dentro de este apartado debemos incluir el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arbolados, ambos, en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, textos que se encargan de aportar sustancia concreta a las diversas potencialidades genéricamente relacionadas en sus grandes parámetros de concepción en la antes calendada Declaración de Derechos Humanos de la ONU, acreditando tales Instrumentos un importante común denominador en sus sendas preceptividades pormenorizadoras de facultades básicas, y es aquel materializado en la consecuente positivación del derecho abstracto a la igualdad, y ello tanto en su vertiente común y generalizada, como en su faceta **interdictiva** de la discriminación,

dualidad cuyas fuentes vamos a pasar de inmediato a considerar común denominador, cuya operatividad también se extiende al dato de que el derecho que ambos objetivan acredita un neto talante instrumental carente por completo de cualquier connotación independentista, divergiendo así severamente la normativa de tales textos de la que resulta del artículo 14 CE, instrumentalidad que siempre se conecta con el goce o ejercicio de los derechos fundamentales evidenciados por los mismos, resultando tal anudamiento de la dicción literal de los preceptos que se encargan de plasmar las diversas manifestaciones del pluralizado derecho a la igualdad, uncimiento que determina, como lógico corolario, que el indicado derecho no pueda desentenderse, dado su carácter absolutamente vicario, del efectivamente ejercitado, circunstancia que provoca también el que el mismo no sea concebido en términos de una titularización universal, sino en una triple dimensión: la que afecte de modo exclusivo a los nacionales del país de que se trate, la que concierna a los extranjeros huéspedes del mismo y la que atañe indistintamente a unos y a otros.

Con abstracción de estos extremos, es de tener también en cuenta que los preceptos que se encargan de la concreta conformación del pluralizado derecho a la igualdad, en su razonada consideración subalterna e instrumental, no son los únicos que aluden al tema, existiendo en los textos internacionales dichos otras manifestaciones —si bien rigurosamente sectoriales— de la plurimencionada igualdad en cuanto referida al goce o ejercicio del derecho en cuestión.

En último término, y antes de pasar a la concreción de las referidas fuentes, tengo que poner de relieve que la relación que media entre los Convenios Internacionales, materia de debate, y los respectivos ordenamientos domésticos de los Estados obligados por los mismos constituye un referente de inmarcesible conflictividad y que en lo tocante a nuestro país (que los ratificó mediante instrumento de 13 de abril de 1977) acredita como elementos fundamentales a tener en cuenta en primer término todas aquellas disposiciones que permiten el trueque de la normativa internacional en interna por la vía de la pertinente publicación de la misma en el *BOE* (tema del que aflora por otra parte la siempre candente cuestión de precisar que sucede en caso de emerger planteamientos jurisdicentes antinómicos entre la normativa netamente interna y la internizada, por la antes dicha vía, aspecto considerado en otros pasajes de este libro) y en segundo lugar, la dicción del artículo 10.2 ("Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España") de la CE, precepto que en ocasiones no ha sido bien entendido, ya que del mismo sólo brota la exigencia de que las normas

constitucionales españolas que impacten en *factum* también incididos por los tratados internacionales se interpreten en consonancia con sus esquemas, pero no que éstos puedan sustituir en su regulación material a los propiamente constitucionales, posibilidad que resulta incoherente en un orden regular de reflexiones sobre el particular y que, sin embargo, ha tomado cuerpo en ocasiones, valiéndose como reputado botón de muestra al efecto lo postulado en la STC 115/1987 en la que al debatirse la justeza, homologación y quinta esencia constitucional de preceptos de la Ley Orgánica sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros en España, el TC consideró ajustados a la legalidad fundamental determinadas restricciones de los derechos básicos sólo porque las mismas se atenían en su concreta articulación a las exigencias enrocadas en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, derivándose de tal forma de entender la cuestión una opción ejercible por el hacedor doméstico de normas y que le permite, según su personal y alternativo criterio, o someterse a los *dictums* que sobre los referidos derechos provienen de la CE o ajustarse a los módulos y parámetros nomotéticos oportunamente gestados por los referidos Tratados, disyuntiva que sólo resulta concebible a base de paraigualizar (o constitucionalizar, si se quiere) la normativa de los aludidos Instrumentos Internacionales, tesis, sin embargo, que últimamente ha sido revisada por el propio TC, circunstancia que ha acontecido a través de su Sentencia (antes aludida) 64/1991, de 22 de marzo.

Sin embargo, la preceptiva contenida en los referidos tratados sí que resulta directamente aplicable en España en determinados supuestos, y ello tiene lugar cuando los mismos positivizan facultades que no han merecido la atención objetivadora del legislador español, hipótesis en la que entra en juego el valor vinculante —y no meramente interpretativo— de los meritados Instrumentos Internacionales con la consiguiente beligerancia inmediata de sus normas, eventualidad, por otra parte, que se arroja de una importancia extrema en cuanto al entendimiento del *quid* cardinal de este trabajo, ya que los indicados Tratados Internacionales se constituyen en fuente de primer grado (junto con otras) respecto al derecho a la igualdad discernible en España a los no españoles, tema que será objeto de especial consideración en otros pasajes de este ensayo.

ab) *El derecho a la igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.*—Teniendo en cuenta el rimero de consideraciones propedéuticas que acabamos de explicitar, vamos a limitarnos ahora a efectuar una recensión de aquellos preceptos que apuntan directamente al tema que nos ocupa, y en tal sentido, podemos encontrar, en el Instrumento relacionado, dos órdenes de preceptos: aquellos que encaminan su caleidoscopio ordinamental al discernimiento de un derecho abstracto a la

igualdad en su espectro más globalizador (referida a todo tipo de facultades fundamentales) y los que hacen los mismos, pero sólo en relación con determinadas potencialidades, integrándose dentro del primer grupo los artículos 2.1 ("Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social") y 3 ("Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto"), tándem de preceptos que teniendo en común su finalidad parificadora, su carácter instrumental e indiscutiblemente vicario, y su insoluble conexión con la propia tenencia de los derechos reconocidos en el Pacto en cuestión (art. 2) y con su goce (art. 3), difieren en que el primero constituye la encarnación de un apunte poco definido —y también poco fiable— del principio antidiscriminatorio y el segundo un incubo general del derecho abstracto a la igualdad, principio y derecho que pese a sus deficiencias conformativas son de eficacia inmediata, no debiendo confundirse el intérprete con la enunciación semiótica de los preceptos en cuestión que parecen sólo imponer obligaciones de cumplimiento a los Estados, carentes de eficacia directa, confusión fácilmente disipable si partimos de la naturaleza convencional —y por ende **vinculante**— de los Instrumentos que estamos viendo de los que brotan genuinos derechos y obligaciones, siendo de este tipo los compromisos de respeto y garantía a los que aluden los artículos que acabamos de transcribir, carácter asimismo predicable para el resto de proveimientos derivados del Instrumento sometido a elucidación relacionados con la temática debatida y que son, por una parte, todos aquellos artículos que al conferir determinados derechos anudan su subjetividad a fórmulas denotativas transidas de absoluta igualdad en cuanto su concreta significación concesional, enunciaciones que unas veces contienen la voz "Nadie", *ex arts. 7, 8.1 y 2, 9, 11, 12.4, 14.7, 15.1, 17.1, 18.2 y 19.1*, y otras las expresiones "Todo individuo", *ex art. 9*; "Toda persona", *ex arts. 6.4, 9.2.3.4 y 5, 10.1, 12.1 y 2, 14.2.3 y 5, 17.1, 18.1, 19.2 y 22.1*; "Todas las personas", *ex arts. 14.1 y 26*; "Todo ser humano", *ex art. 16*; "Todo niño", *ex art. 14.1*; o "Todos los ciudadanos", *ex art. 25*, y ello sin contar con aquellas formulaciones de derechos concebidas en términos personales de absoluta generalidad, tal como la contenida en el artículo 21 ("Se reconoce el derecho de reunión pacífica...").

Ahora bien, dentro de esta amplia gama de preceptos existen algunos que acreditan visos de convincente globalidad en su propia conformación

semántica pudiendo extraerse de ellos los ingredientes propios de las auténticas enunciaciones del derecho a la igualdad en su consideración más autónoma, siendo los mismos el 25.1 ("Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado") y el 26 ("Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"), preceptos que pese a su carácter netamente vinculante acreditan una más que difusa virtualidad porque en vez de contener imperativos categóricos en la instrumentación de todo su dispositivo normológico subordinan su eficacia a las concretas medidas de protección que en relación con el artículo 24 adopten tanto la familia como la sociedad y el Estado o las leyes que en su caso promulguen (o apliquen) los países signatarios, determinando todo ello que los preceptos que acabamos de transcribir se hurten a todo tipo de eficacia *selfexecuting* (sucediendo otro tanto en relación con el art. 23.4 relativo al matrimonio) limitándose a imponer determinadas obligaciones de resultado a los Estados concernidos, eficacia directa, sin embargo, que sí que esmalta la textualización del artículo 14.1, precepto que inicia su pertinente andadura con una reafirmación del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley al sentar que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia".

ac) *El derecho de igualdad y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.—Este Instrumento, destinado a la oportuna incubación de la categoría de los derechos dichos, acredita idéntica clasificación de fuentes al respecto que el anteriormente investigado, detectándose así preceptos objetivadores de manifestaciones del derecho a la igualdad en su concepto más amplio posible y luego concreciones del mismo como consecuencia de la elaboración del listado de derechos atribuidos, alternativas del derecho objetivo de este debate que en cualquier caso, y sea cual fuere su concreta variante, no deja de adornarse del paradigma ontológico de instrumentalidad y subalternidad al que con anterioridad nos hemos referido, no llegándose en modo alguno a plasmarse su encarnación operacional a través de una fórmula autónoma y polivalente.

Siendo ello así, y siempre teniendo como norte fundamental toda la

serie de observaciones con anterioridad expuestas, paso a indicar que desde vertientes de máxima generalidad se ocupa de la potencialidad que estamos viendo el artículo 2.2 del Convenio en cuestión al señalar literalmente que "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", enunciación que sigue las huellas de la similar contenida en el Pacto Internacional antes examinado y que en todo caso acredita como necesario complemento para su adecuada comprensión lo que previene el apartado siguiente del mismo artículo al señalar, y ello es particularmente trascendente para nuestro objetivo prioritario de exposición, que "Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los Derechos Humanos y su economía nacional, podrán determinar en que medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos", *dictum* que traducido al lenguaje corriente significa ni más ni menos que la igualdad propugnada por el Pacto debatido sólo rige en relación con los nacionales del Estado signatario de que se trate y que respecto a los extranjeros, eventualmente alojados en el mismo, tal igualdad (o su antonimia desequiparación) se regirá por sus leyes internas no imponiéndose, por tanto, lo que podría ser su eventual compulsividad desde las áreas internacionales sometidas a consideración, circunstancia que determina una notable especialidad del Instrumento que constituye nuestro objeto de análisis en su hipotético parangón con otros de los que resulta que la potencial desequiparación a instaurar en el goce de los derechos sendamente atribuidos por los mismos a los nacionales de los Estados signatarios y a los extranjeros ubicados en los mismos deriva de una interpretación contextual y sistemática del conjunto de su preceptividad y no de una disposición tan expresiva y enterizado como la que acabamos de describir.

Con independencia de esta fuente directa de la igualdad en su consideración más general y abstracta, de carácter netamente instrumental y vicario respecto a los derechos pormenorizados en el Texto del Pacto de su inserción (a cuyo disfrute destina el mismo su concreta eficacia) y que constituye la ponderada mixtura de un principio netamente igualitario y de otro destinado a la interdicción de la discriminación, principios que en su forzada cohabitación llegan a amalgamarse en beneficio del primero, cabe señalar que el Convenio sometido a análisis sigue también los pasos del anterior en el sentido de que la exigencia igualitaria que pretende imponer aparece del propio modo de las correspondientes enunciaciones titularizadoras de los preceptos que resignan derechos concretos, enunciaciones que o bien resultan concebidas en términos absolutamente imper-

sonales únicamente interpretables como introductoras de un régimen igualitario pleno, caso, por ejemplo, del artículo 6 ("Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho a toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Y tomarán las medidas adecuadas para garantizar este derecho") o bien haciendo uso de las consiguientes fórmulas resignatarias de derechos del propio modo recogidas en el Pacto materia de investigación, tales como las que cristalizan en el empleo de las voces "Todapersona", ex arts. 7, 8.1.a), 9.1 y 2, 9, 11, 12, 13 y 15, refrendo semiótico cuyo uso, aún siendo abrumadoramente mayoritario, no agota la policromía del caudal imputativo parificador del goce del derecho concedido, detectándose otras locuciones concebidas en tal sentido de textura mucho más singularizada, como aquellas utilizadas por el artículo 8.1.b) y c) que confiere determinados derechos a los Sindicatos o por el contrario mucho más abiertas, sucediendo ésto en el artículo 10.3 ("Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...").

ad) *El derecho de igualdad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*.—Este texto internacional, objeto de especial evidencia especulativa en otros pasajes de este libro, constituye no sólo un serio apunte compilador de Derechos Humanos de obligado respeto para los Estados vinculados por el mismo, sino también un firme precedente para el establecimiento de una jurisdicción universal cuyo objetivo sea la instrumentación de un dispositivo enjuiciador de los eventuales comportamientos —jurisdicentes, administrativos y judiciales— de los países implicados por lo que atañe al respeto de los aludidos derechos, facultades básicas que vienen a ser positivadas por el Pacto que nos ocupa en su nivel mínimo de protección, nivel que en cualquier caso debe decaer cuando las legislaciones domésticas de los Estados Partes establecen regulación diferenciadora *ad bonus* en cuanto a la objetivación ejercitativa, fructuaria o extintiva de tales derechos, decaimiento presuponiente de una especie de derogación tácita del *meritado* Instrumento cuya *ratio* concreta resulta estipulada por el artículo 60 ("Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos Derechos Humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que éste sea Parte") proveimiento que puesto en juego con el valor interpretativo que a su normativa atribuye el artículo 10.2 (antes transcrito) de la CE, determina que el legislador nacional sólo debe (o puede) acompañarse a sus apremios protectorales cuando la CE no positive

el Derecho que se pretenda regular, pero no cuando si lo haga, ya que en tal caso, y ello ya lo hemos dejado apuntado (y volveremos a insistir sobre lo mismo algo más tarde), el legislador nacional debe atenerse a las directrices de tuición promovidas a efectos de ordenación jurídica interna por la CE y no a las estipuladas por la normativa internacional objeto de consideración, conclusión que debe alcanzarse no sólo en méritos a lo que no es sino una interpretación acordada del art. 10.2 CE que únicamente alude, *ad literis*, al mero y puro efecto interpretativo de los Instrumentos Internacionales que enumeran, sino también a lo que sobre el particular reza el art. 60 del Convenio objeto de nuestra presente intelección.

Pues bien, esta batería de consideraciones sobre la materia vienen ahora especialmente a cuento sobre la base de que en relación con el derecho a la igualdad, la preceptiva de la CE, representada en lo básico por su ya pluricitado artículo 14, da mucho más juego normológico que la incorporada al Convenio en cuestión, texto que destina a su regulación su también artículo 14, según el cual "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

A la luz que arroja este precepto es evidente que él mismo se adorna de un carácter estrictamente instrumental y vicario, señas indelebles de identidad en realidad comunes a todas las manifestaciones igualitarias resultantes de los Instrumentos Internacionales dichos, pero que en el ahora examinado se arropan de un acrecido vigor, sobre todo, en su comparación con su homónimo universal (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), ya que mientras que en éste, el derecho a la igualdad es objeto del interés de varios artículos que en cierta medida ayudan a conformar una visión "moderna" del instituto, en el que nos ocupa, el ya indicado artículo 14 es el único revestido de un áurea de generalidad, revestimiento, sin embargo, bastante deficiente, al carecer de cualquier pretensión generalizadora y confinar su concreta teleología sólo al "gocce" de los derechos positivados en el Convenio, valiendo, por todas, la apreciación que sobre su concreto alcance efectúan RODRÍGUEZ PINERO y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su antes indicado libro, página 115, aciertan en su esfuerzo especulativo al trazar una valoración sobre el significado del meritado artículo concebida en los siguientes términos literales "En cualquier caso, es claro que en el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos falta una prohibición general y autónoma de discriminación, y el artículo 14 está diseñado como apéndice de apoyo a los derechos y libertades reconocidos en los artículos anteriores; cada uno de aquellos debe ser reconocido sin discriminaciones y, el no

serlo así, es ya de por sí una violación de ese derecho, aunque agravada o evidenciada por esa discriminación".

Continuando por esta línea investigadora tengo que puntualizar que precisamente en estas áreas se ha producido el fenómeno de que por la vía del pluricitado artículo 10.2 CE, el TC ha hecho suya la interpretación ofertada al antes indicado artículo 14 del Convenio objeto de permanente alusión por parte de los pronunciamientos al efecto provenientes de la Comisión y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos con lo que, *de facto*, el texto de ambos artículos 14 ha sido, pese a sus diferencias semánticas y de concepción, equiparados, habiendo sido necesario para ello, en primer término, que los referidos organismos internacionales amplificasen, utilizando al efecto el procedimiento de la interpretación extensiva, el tenor literal del calendario artículo 14 del Convenio y en segundo lugar, y correlativamente, a que el TC renunciase a la elaboración de una indagatoria propia en torno al artículo 14 CE a la que en gran medida propendía su propia literalización, construida con el lenguaje legal bastante más progresivo que su equivalente del Convenio, determinando tal conjunción de criterios (uno, el de los organismos internacionales, creador, y el otro, el del TC, puro receptor de directrices ajenas) una evidente comunión interpretativa en relación con el entendimiento de los sendos artículos objeto de especial consideración en este trabajo, comunión que se extiende por un lado al hallazgo de los test en virtud de los cuales una diferencia de trato normativo en relación con supuestos de hecho absolutamente idénticos idénticos en lo fundamental no es vulneratoria del derecho a la igualdad, y por otro a la potenciación de tal derecho en su concepción global con detrimento de una eventual incentivación de su concreto alcance a no ser discriminado, conclusión a la que se llega distinguiendo entre diferenciaciones buenas (las razonables y objetivas) y malas (las que carecen de tal condicionado) rehuyendo del enrocamiento decisorio en teóricas posiciones maximalistas que entienden que la hipotética utilización, por parte del hacedor de leyes de cualquiera de los criterios tildados como discriminatorios por el artículo 14 del Convenio, es vituperable *per se*, discurso rechazado de plano por los aplicadores del mismo (y también, y siguiendo sus orientaciones, por nuestro TC), tesis aderezada además por un gran respeto a la tarea a desempeñar por los titulares estatales del poder de legisfehaciencia doméstico y por la consideración de que la invocación del artículo 14 de Convenio constituye el último recurso en el enjuiciamiento constitucional de los *leading case* que debe ceder ante eventuales impetraciones de lesividad de otros artículos del mismo.

Tales son, en síntesis, las grandes líneas direccionales a las que se atienen en su cometido homologador, tanto la Comisión como el TEDH y que, repito, ha sido plenamente recibida, vía artículo 10.2 CE, por

nuestro TC, pudiendo señalarse como decisiones más representativas en este orden de cosas, por lo tocante a la actuación jurisdiccional del meritado TEDH, las SS de 23 de julio de 1968 sobre "Ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica", resolución en la que se sentaron los cimientos de lo que iba a ser la arquitectura de la teoría general sobre el particular, apuntándose literalmente en la misma, en enunciación de perfiles descriptivos magistralmente ensamblados, que "El Tribunal, siguiendo los principios que derivan de la práctica judicial de un gran número de Estados democráticos, es de la opinión que se viola la igualdad de trato si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable. La exigencia de tal justificación debe valorarse en relación con los fines y los objetivos de la medida tomada en consideración, teniendo en cuenta los principios prevalentes en las sociedades democráticas. Una distinción de tratamiento en el ejercicio de un derecho afirmado en la Convención no debe perseguir sólo un fin legítimo, sino que el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece con claridad que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados", composición aseverativa de hondo calado que ha sido conscientemente recibida, con armas y bagajes, por nuestro TC tal como tendremos ocasión de exponer algo más tarde y a la que los autores antes indicados, de quienes tomo la cita literal de la misma que acabo de transcribir, le dedican el siguiente comentario "Aplicando esta doctrina, el Tribunal admite diferencias de trato en razón de la lengua que él mismo reconoce como rigurosas, pero que no llega a calificar de discriminatorias por fundarse en criterios objetivos y tender a asegurar un interés público, conteniendo, además, desigualdad de trato para situaciones desiguales, siendo la diferencia proporcionada al fin perseguido. El tema se desplaza así a la justificación objetiva y razonable de la diversidad de trato, y así se ha considerado como "razonable y pertinente", tesis —y así retomo la cuestión— de la que el meritado Tribunal va haciendo uso en una serie, no excesivamente larga, de resoluciones ulteriores, en las que por otra parte se oferta muy poca cancha de juego al principio discriminatorio, mereciendo destacarse en esta relación —sucinta en sus dimensiones— las SS, 7 de diciembre de 1976 (asunto Kjeldsen), de 18 de enero de 1978 (asunto Engel), de 25 de abril de 1979 (asunto The Sunday Times), de 7 de junio también de 1979 (asunto Marckx), de 22 de octubre de 1981 (asunto Dudgeon), y de 25 de mayo de 1985 (asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali), sentencias a través de las cuales el TEDH ha ido perfilando su estrategia al respecto, logística jurisdiccional que en realidad no ha variado de lo que acabamos de exponer al aludir al contenido de la primera de ellas, si bien es de notar una mayor sensibilidad, por lo menos programática, en alguna de las últimas en lo tocante a la censura que merecen los hipotéticos comportamientos netamente discriminatorios de

los Estados concernidos, censura, sin embargo, no materializada en una potenciación práctica de la eventual autonomía del principio antidiscriminatorio recogido por el último inciso del antes indicado artículo 14 del Convenio, habiendo desdeñado dar este paso en un supuesto que lo posibilitaba plenamente y que fue el atendido por la Sentencia antes relacionada dictada el 13 de junio de 1979 (caso Marckx) a través de la cual se debatió en profundidad una presunta discriminación basada en el nacimiento y en la que el Tribunal tuvo que ponderar la razonabilidad de unas medidas normativas que discriminaban claramente a los hijos ilegítimos en su eventual comparación con los legítimos, discriminación a la postre cuya ilegitimidad fue sancionada por el referido Tribunal, pero no por una aplicación implementada, incrementada o intensiva del principio antidiscriminatorio *per se*, sino simplemente porque la medida en sí carecía de "una justificación objetiva y razonable", *praxis* que ha merecido de los autores explicitados *ut supra*, en la página 127 de su libro, la siguiente valoración interpretativa "No cabe duda de que con la solución dada en el presente asunto el Tribunal ha dado un paso fundamental en la tutela antidiscriminatoria de las madres solteras y de los hijos ilegítimos, pero por así decirlo, lo ha querido dar sin estridencias. No ha llegado a afirmar como regla la de la igualdad de derechos de los hijos legítimos respecto a los ilegítimos, la plena equiparación de derechos entre ambos, tan sólo ha negado, como injustificadas y arbitrarias, las diferencias legales de trato más frecuentes entre unos y otros, logrando así de forma indirecta un resultado equiparador", metodología circular que así mismo impregna la *ratio decidendi* de la Sentencia de 25 de mayo de 1985 (también antes apuntada) relativa al caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali, resolución en la que se puso en el banco de pruebas jurisdiccional la eventual invalidez de una serie de disposiciones británicas en las que se hacía uso ordenancista de alguno de los criterios tachados de particularmente vituperables, en cuanto incluidos en la genérica y estigmatizada relación contenida en el artículo 14 del Convenio *in fine* (concretamente, los de raza, sexo y nacimiento) todo ello como consecuencia de la no concesión a los maridos de las nacionales británicas (no nacidas ellas ni sus padres en el territorio de la metrópoli) del derecho de establecimiento en tal metrópoli, derecho, por el contrario, perfectamente discernido a las mujeres extranjeras de los subditos británicos ubicados en idéntica situación jurídica que sus conacionales femeninas, supuesto que fue enjuiciado en base a la teoría común de atender a la razonabilidad y objetividad del criterio diferenciador utilizado, enjuiciamiento que resultó positivo y que provocó consecuentemente el repudio de la denuncia interpuesta al efecto, todo ello en base a un criterio asertivo cuya cognoscibilidad no nos acucia peculiarmente, remitiendo al lector interesado en el concreto *thema decidendi* de la me-

ritada Sentencia a los acertados comentarios que sobre la misma se recogen en la obra antes citada.

Con independencia de todo lo dicho, y siguiendo la misma sistemática que ha utilizado en la pesquisa de los Instrumentos anteriormente **expli-**citados, tengo que poner de manifiesto ahora que el pluricitado artículo 14 de la Convención no es el único que se ocupa en aportar las correspondiente dosis de igualitarismo a la atribución, goce y estabilidad de los derechos que el Convenio (y sus protocolos) viene a pormenorizar, y así, y manteniendo en esto una absoluta sintonía con los Instrumentos ya comentados, de los distintos preceptos resignadores de derechos concretos en favor de las personas sobre las que los Estados implicados ejerzan una jurisdicción absoluta o relativa, es decir, sobre sus nacionales y sobre los extranjeros ubicados dentro de sus fronteras, resulta implícitamente discernido un derecho a la igualdad en su estricta manifestación instrumental y vicaria a través de las diversas variantes semánticas utilizadas para efectuar la concreta atribución de que se trate, alternativas que unas veces toman cuerpo en la voz "nadie", *ex arts. 3, 4, 7, y otras, las más*, en la locución "Toda persona", *ex arts. 5, 6, 8, 9, 10 y 11*.

En cualquier caso, entiendo que con estas sobrias explicaciones sobre el derecho de igualdad en su visión desde la óptica nomotésica del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda suficientemente cubierto el expediente alegacional que pretendo instrumentar no considerando necesario profundizar más en su íntima epísteme, toda vez que sus claves más decisivas acerca de la forma de aplicar los tests de razonabilidad y proporcionalidad coinciden, dado el indicado comportamiento mítético del TC español en este orden de cosas, con las resultantes de las decisiones de éstas, claves que tendremos ocasión de evidenciar en el curso de este trabajo sobre la materia.

ae) *Especial alusión al Principio de igualdad en la normativa comunitaria.*—Para sus peculiares fines este derecho, especialmente cuando el mismo parece arropado bajo su paraguas no discriminatorio, constituye un referente esencial para tal normativa, así la fundacional como la derivada, siendo bastante numerosas sus alusiones al mismo, referencias que quedan desperdigadas en diferentes preceptos del Tratado Constitutivo de la CEE (arts. 7, 36, 37, 40, 119, etc.), y que constituyen el *factum* fundamental de diversas Directivas.

Comoquiera que la extranjería, en su vertiente comunitaria, va a constituir parte muy importante del "zócalo" explicativo de esta Obra, entiendo que la temática relacionada con la no discriminación que debe guiar la estancia de los extranjeros proveniente de la CEE en nuestro país, en su eventual relación con los españoles, debe ser debatida de forma monográ-

fica en otros pasajes de este libro, aunque, y ello es obvio, teniendo este capítulo la función de abordar el escuadriñamiento del derecho a la igualdad en su entronque con el extranjero, en su propio seno, y con ulterioridad, haremos referencia al mismo, pluralidad de ulteriores sedes hermenéuticas de la cuestión que nos ahorra el incidir en ella en estos momentos limitándose a transcribir *hic et nunc* el contenido del artículo 7 del aludido Tratado Constitutivo de la CEE, en cuanto precepto de más directo impacto en el centro de gravedad de la problemática a investigar, artículo que sienta literalmente que "en el dominio de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares que éste prevé, se prohíbe toda discriminación en razón de la nacionalidad", precepto que no resulta indicativo de un puro principio programático cuya esencia debe ser el catalizador de otras disposiciones comunitarias o domésticas portadoras de sustancia jurídica, y por ende de la consecuente dosis de obligatoriedad, sino que el mismo goza del consiguiente efecto directo y obligatoria vinculabilidad, *per se*, determinante de su potencial alegación con éxito no sólo por los propios Estados miembros de las Comunidades, sino también por parte de sus ciudadanos y en cuya instrumentación ha tenido un papel hegemónico el Tribunal de Luxemburgo, órgano que a través de una ya larga cadena de resoluciones (cuya reseña acontecerá en el momento oportuno en el curso de este libro) siempre se ha cuidado en remarcar el meritado efecto inmediato, directo y prevaleciente del artículo en cuestión.

af) *El derecho a la igualdad y la Carta Social Europea.*—Este texto internacional, orientado a la positivación del Derecho al trabajo y sus aledaños en el ámbito territorial europeo, acredita la particularidad, en su comparación con los hasta aquí relacionados, de no ofertar ninguna fórmula genérica acerca del derecho a la igualdad, sino que el mismo resulta sólo implícitamente concebido a base de las consecuentes fórmulas de imputación subjetiva utilizadas por los preceptos destinados a la objetivación del derecho al trabajo y de las potencialidades *ad lateris*, utilizando a tales efectos expresiones diversas, concretamente, las de "todos los trabajadores" *ex parte* I, aps. 2, 3, 4, 5, 6, 12, o bien, la de "toda persona", locución empleada por la indicada parte I en sus aps. 1, 9, 10, 11, 13, 14, 15, expresiones a las que se agregan otras de menor frecuencia estadística, tales como las cristalizadas en las expresiones "Los niños y los adolescentes", *ex parte* I, ap. 7, o "La familia", *ex parte* I, ap. 16, o "La madre y el niño", *ex parte* I, ap. 17, formulaciones a las que se adiciona una que acredita particular interés para el objeto básico de este libro, y es la que resulta del apartado 18 de la pluricitada parte I, texto expresivo de que "Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercitar en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las

restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico y social", enunciación atributiva ciertamente pasada por agua toda vez que las trabas oponibles al derecho instrumentado son de tal envergadura que pueden hacer naufragar la presunta igualdad a la que se refiere el propio precepto *in principio*, disposición, sin embargo, que acredita un repunte de esperanza en este orden de cosas en el apartado 19 de la plurimencionada parte I, que sienta al respecto que "Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante", binomio preceptual que viene a alumbrar —y a imponer— lo que va a ser una constante en el derecho de extranjería de todos los países civilizados, que si bien pueden condicionar severamente en aras a su soberanía el acceso de los extranjeros a su propio territorio y someter a permiso el ejercicio de actividades laborales en el mismo, no pueden discriminar, sin embargo, las condiciones en las que tal ejercicio se desarrolle, cuestión que será ampliamente debatida en otros pasajes de esta obra.

Con abstracción de estas fórmulas concesionales, el Instrumento que estamos viendo también hace un uso —**ciertamente masivo**— de enunciaciones de titularización de las potencialidades que sanciona absolutamente impersonales, sucediendo ello con todo el listado de facultades relacionadas —de forma directa o indirecta— con el derecho al trabajo, facultades que resultan en principio discernidas indistinta e igualitariamente, en cuanto integrantes del contenido del derecho nuclear últimamente citado, en favor de los nacionales y extranjeros, si bien debe tenerse en cuenta que la efectividad de tal concesión paritaria queda absolutamente supeditada al hecho de que se trate de extranjeros trabajadores "legales", es decir, con estancia en el país huésped acompañada a las exigencias normativas de éste, dato que si bien no aparece reflejado en el articulado dicho, si resulta recogido por el Anexo del Instrumento que nos ocupa que bajo el epígrafe genérico de "Ámbito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas", señala en su apartado I, *in principio*, que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo subditos de otras Partes Contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte Contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19".

A su vez, y con el propósito de ir perfilando las coordenadas de aplicación de la normativa que se aloja en el seno de la Carta Social Europea, el apartado 2 de la porción introductoria del Anexo objeto de referencia se encarga en precisar que "Cada Parte Contratante concederá a los refu-

giados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de refugiados, y que residan regularmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha parte se haya obligada a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados".

En mérito a los preceptos transcritos, es evidente que la igualdad de trato que emerge de los indicados artículos 1 al 17 de la Carta sólo sería demandable por aquellos extranjeros que reúnan en su persona una doble condición: la de acreditar la ciudadanía de un Estado signatario de la misma, y la de ser un residente y un trabajador "legal", exigencia, esta última, que pone en manos de los Estados de recepción la clave última para la plena operatividad del derecho en cuestión, derecho, por otra parte, que sólo en muy limitada medida, y de forma traslaticia, se confiere a los refugiados relacionados en el apartado 2 de la Parte introductoria que nos ocupa, siendo así que —y con independencia de la consabida exigencia de que su estancia en el país de alojamiento sea también legal—, su derecho a la igualdad no aparece garantizado por la Carta dada la evasiva literalización del indicado apartado que en la última instancia reenvía la cuestión a lo que al efecto decidan bien la normativa doméstica o bien la preceptiva internacional que vincule *ad hoc* al Estado huésped.

Una vez precisada la personalidad del titular extranjero del derecho a la igualdad preconizado por la Carta, creo que resulta útil poner de manifiesto que la misma se encarga de dejar bien sentado que en base a sus pronunciamientos normativos el extranjero de que se trate no adquiere derecho alguno a acceder al trabajo en el Estado de recibo, siendo competencia de éste permitir el mismo, exigir un condicionado y otro, o pura y simplemente, imposibilitar su práctica, limitándose el Instrumento que nos ocupa a formular un rosario de buenas intenciones carentes por completo de obligatoriedad, conjunto programático recogido en su artículo 18 ("Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes.—Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras Partes Contratantes, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A aplicar la normativa existente con espíritu liberal. 2. A simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancillería y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o sus empleadores. 3. A liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros. Y reconocen: 4. El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes"), precepto que si bien resulta suficientemente explícito por lo tocante al derecho de emigración que

reconoce, por el contrario, en lo referente a su antónimo, se hurta por completo a cualquier tipo de compromiso.

Ya penetrando en el estudio del derecho a la igualdad cuando el mismo se proyecta sobre el contenido del de trabajo, podemos decir que su instauración resulta para los extranjeros de lo proveído por el artículo 19 de la Carta, que establece una razonable relación de potencialidades entrañables en el núcleo duro de tal derecho (siempre en cuanto autorizado), incluyéndose entre ellas algunas de vigencia inmediata y otras que quedan, por el contrario, bajo la cobertura que en su caso les ofrezca la legislación del Estado de acogida, destacando de entre las primeras las consignadas en el artículo 19, apartados 4 y 5 ("Derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia.—Para garantizar el ejercicio efectivo del **derecho** de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, las Partes Contratantes se **comprometen**... 4. A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por las leyes o Reglamentos o se hallen sometidas al control de las Autoridades Administrativas, a saber: a) Remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo. b) Afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los Convenios Colectivos. c) Alojamiento. 5. A garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuesto, tasas y contribuciones relativas al trabajo a cargo del trabajador") y descollando de entre las segundas las incluidas en los apartados. 6. "A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio [posibilidad únicamente conferible a la esposa del trabajador (no **esposo**)] y a sus hijos menores de veintiún años que vivan a su cargo, de conformidad con lo establecido por el Anexo antes indicado. 7. A garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo. 8. A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres. 9. A permitir dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier Parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que éstos deseen transferir"), del mismo artículo.

Tal es, en síntesis, el esquema de la Carta Social Europea, Instrumento

Internacional lleno de buenas intenciones, pero de magra eficacia práctica, dato que se visibiliza por la considerable tasa de cautela que refleja su preceptiva, por lo errático y descomprometido de su normación, y por la circunstancia de que sólo aluda, y ello de forma relativizada, al contenido o goce del derecho al trabajo, pero no a la previa —y fundamental— facultad de acceder a él.

4. CONSIDERACIONES MONOGRÁFICAS SOBRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

A) *Introducción*

Para la adecuada cognoscibilidad del tema que voy a desplegar debe traerse ahora a colación todo el bloque considerativo y de *sindéresis* que sobre la categorización del derecho a la igualdad (en sus dos variantes de abstracto y concreto) ha quedado perfilado precedentemente, conjunto argumental que debe ser tenido en cuenta por el lector en lo referente a la definición del derecho a la igualdad (en sus dos manifestaciones) y lógicamente en todo aquello que pertinentemente atine a su enmarcamiento gnoseológico.

B) *Indicaciones históricas*

a) *Idea general*

El ordenamiento jurídico —cualquier ordenamiento jurídico— es un bloque de disposiciones más o menos arracimado y coherente (cuya razón de ser consiste en la regulación de la vida societaria en sus diversas facetas), sometido permanentemente a un constante esfuerzo de adaptación de sus esquemas operacionales a las nuevas exigencias, determinando esta circunstancia el que sus criterios *nomotéticos* se hallen en constante renovación, haciendo aflorar este trasiego, ciertamente *insenescente*, un ininterrumpido *obituario* de normas (que afecta a las anteriores que fallecen como consecuencia de la adopción de otras nuevas que inciden en los mismos *factums* objeto de imputación *ordinamental*), *iter* de sustitución y recomposición, unas veces abrupto y otras cadencioso y sincopado, pero que exige, a fin de no perder la necesaria perspectiva, un acabado conocimiento de los preceptos que fueron, toda vez que los que se sitúan en su lugar, o bien reproducen en lo básico sus planteamientos *ordinamentales*, o bien los transforman en profundidad, pero en todo caso mantienen una comunión analógica o paralógica cuya investigación, en cuanto criterio

interpretativo de la preceptiva en vigor es siempre útil (e incluso, imprescindible).

Esto sucede en términos generales, y todavía más en el contexto del derecho a la igualdad, y ello por la simple razón de que su singladura en su concepción autónoma y abstracta actual (materializada en la dicción denotativa contenida en el artículo 14 CE), acredita una evidente bisonñez, circunstancia que impone la necesaria pesquisa de sus fuentes allí donde se encuentren, observaciones que justifica más que sobradamente la incubación de este glosario que voy a diversificar en dos diferentes apartados, refiriéndome en el primero de ellos a los antecedentes normativos que resultan vislumbrables desde umbrales comparatistas y haciendo lo propio en el segundo en relación con nuestro propio pasado constitucional.

b) *Referencias históricas generales*

La doctrina suele iniciar sus correspondientes aportaciones sobre esta materia poniendo de relieve que el derecho a la igualdad no podía emerger mientras las sociedades estatales aparecieran fragmentadas en compartimentos estancos trufados de privilegio y que su instauración suponía, como consecuencia inexcusable, la obligación de tal forma de organizar la sociedad civil, valiendo por todas la opinión de MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su meritado libro, página 19, al efectuar su aproximación especulativa al tema y enfrentarse directamente con la frase —que ellos tildan de lapidaria, aunque poco original— con que da comienzo el imperativo contenido en el artículo 14 CE, conectan su sentido con el de sus antecedentes, destacando, de entre ellos, los provenientes por las revoluciones extranjeras liberales y en relación con nuestro propio ordenamiento, con la Constitución de Cádiz y al efecto señalan que tal precepto (el calendado artículo 14 CE) "se trataba en sus orígenes de un precepto rupturista con un pasado desigualitario de la sociedad estamental; se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos. La implantación de un sistema regulador de carácter igualitario, marca así el paso del privilegio al Derecho, y la igualdad así entendida deviene presupuesto para todo Estado democrático de Derecho".

Ciertamente, la aseveración transcrita resulta exacta en su integridad si bien su dosis de certeza puede matizarse en el sentido de que las nociones de privilegio e igualitarismo sólo resultan frontalmente antinómicas en relación con un sentido universal de la cuestión, y no por su propia naturaleza, toda vez que cuando los detentatarios de tal privilegio consti-

tuyen una colectividad más o menos extensa el disfrute del mismo puede organizarse en obsequio a criterios estrictamente paritarios, con lo que el ensamblamiento entre privilegio o igualitarismo resulta factible en cualquier caso.

De todos modos, esta puntualización no empece un adarme a la absoluta pulcritud analítica que se desprende de la susodicha aseveración acerca del carácter rupturista de las primeras enunciaciones sobre la igualdad en la ley, enunciaciones cuya viveza e imperiosidad fueron atizadas por la instauración del sistema político liberal cuyo corazón operativo únicamente late de forma armónica a base de la conformación de un sistema de libertades cuya Administración sólo puede resultar fructífera en cuanto atendida a un postulado igualitario —para todos, en cuanto **ciudadanos**— del tipo del patrocinado por el artículo 14 CE.

Volviendo al hilo historicista de la cuestión es evidente que sin la presencia, aún en ciernes, de tal sistema político liberal hablar de la igualdad en términos modernos, es decir, en su efectiva —aunque **abstracta**— titularización por todos los miembros integrantes de una determinada sociedad, era imposible, circunstancia que impuso un forzado maridaje entre la alborada de tal sistema organizativo y el florecimiento de los Derechos Humanos y con el de la igualdad en su concepción generalizada y abstracta, concepción que ya se vislumbra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) al señalar uno de sus párrafos que "Consideremos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad", alusión, sin embargo, circunloquial y que sólo parcialmente trasciende a las respectivas Declaraciones de los Estados Americanos, ya que como muy bien recuerda MIGUEL ARTOLA, en su indicado libro, página 39, "La igualdad ante la ley no es un derecho que reconozca todas las Declaraciones. De las americanas sólo la de Massachusetts afirma que "Todos los hombres nacen libres e iguales", mientras que la Deleware reserva esta condición a los cristianos, y en las restantes, cuando se alude a este punto se prefiere la fórmula elíptica utilizada en Virginia: "Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes".

Por lo que se refiere a la introducción del derecho a la igualdad que estamos analizando en el Continente europeo, la misma vino de la mano no sólo del triunfo de los movimientos revolucionarios que en determinados momentos históricos conmovieron a ciertos países integrados en el mismo, constituyendo un claro ejemplo de ello lo sucedido con Francia, sino también del afloramiento de directrices al respecto fruto de compro-

misos muy medidos y ponderados entre la Corona y las nuevas corrientes liberales (caso de Alemania, por ejemplo).

En cualquier caso, tanto la aplicación revolucionaria como la transaccional sólo podía cuajar sobre la base de que el subdito se convirtiese en ciudadano y de que todos los ciudadanos quedasen debidamente parificados en cuando a la tasa de capacitación jurídica que les era oportunamente resignada por el ordenamiento jurídico, siendo en suma incompatible el asentamiento de la nueva concepción igualitaria de la sociedad con la pervivencia de la noción del privilegio (tal como apuntamos anteriormente), idea que se convierte por derecho propio en la fuerza motriz del nuevo sistema y de la que existe una cabal y pródiga formulación en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 de cuya pingüe expresividad da prueba su simple enunciación literal ("La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución sobre los principios que acaba de reconocer y de declarar, abóle irrevocablemente las instituciones que perjudicaban la libertad y la igualdad de los derechos. Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinción de estamentos, ni régimen feudal, ni justicias patrimoniales, ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que derivan de ellos, ni orden de caballería alguna, ni ninguna de las corporaciones o condecoraciones para las que se exigía prueba de nobleza o que suponían distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad, más que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ya no hay ni venalidad ni herencia de ningún cargo público. Ya no existe, por parte alguna de la nación ni para ningún individuo, privilegio ni excepción al derecho común de todos los franceses. Ya no hay gremios, ni corporaciones de profesionales artes y oficios. La ley ya no reconoce ni votos religiosos ni otros compromisos que sean contrarios a los derechos naturales o a la Constitución"), texto que elabora un acabado repertorio de causas de discriminación a cancelar y un ejemplo para las Constituciones futuras del Continente Europeo, las cuales, sin excepción, incorporan a sus postulados básicos, con una fórmula u otra, el derecho de igualdad objeto de evidencia en estas páginas, positivación monográfica de la que también se hace eco oportuno la historia constitucionalista de nuestro país, aunque lo cierto es que hay que esperar hasta la Carta Magna republicana de 1931 para ver la entronización absoluta del indicado derecho autónomo, abstracto e instrumental a la igualdad en su plural manifestación de antes la ley y en la aplicación de la misma, manifestación que vino de la mano de su artículo 2, precepto que superando las enunciaciones conjeturales, elípticas e individualizadas anteriores, sienta ya, de forma categórica y universal que "Todos los españoles son iguales ante la ley", oración reconocitiva que se convierte, pues, en el antecedente inmediato del artículo 14 CE.

C) *Presupuestos operativos del derecho de igualdad ante la ley*

a) *Idea general*

Analizados en las páginas anteriores los antecedentes normativos que sobre la figura cabe reseñar (y siempre sin perder de vista lo que acerca de la categorización de la misma, dijimos en la porción preambular de este ensayo) tócanos ahora entretenernos en la evidencia, siempre desde esquema de máxima sobreidad explicativa, de la puesta en marcha del derecho abstracto a la igualdad en la aplicación de la ley, es decir, de su concreta dinamización; fenomenología que se traduce en un impulso efectivo de la apriorística y genérica potencialidad a través de la debida y puntual ocurrencia en el supuesto debatido de los distintos elementos compositivos que consecuentemente barajados propician tal concreción, presupuestos integrativos del fenomenismo sujeto a debate que son aquellos a los que vamos a aludir de inmediato.

b) *Subjetivos*

Teniendo en cuenta que, y tomo ahora prestada una aseveración sintetizadora proveniente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1989, de 31 de enero (acrisoladora, por otra parte, de muchas otras previas provenientes del mismo Alto Tribunal sobre la materia) "Del principio de igualdad ante la ley se deriva, por un lado, un límite al legislador para que las normas no creen entre los ciudadanos situaciones discriminatorias injustificadamente desiguales y, por otro, un derecho subjetivo capaz de poner en marcha los mecanismos jurídicos necesarios para restablecer la igualdad en los casos en que hubiere sido quebrantada", es evidente que este subepígrafe debe llenarse de contenido aseverativo a base de distinguir entre el sujeto titular del derecho abstracto a la igualdad y el operador jurídico que deba concretamente respetarlo.

De todos modos, y teniendo en cuenta lo que antes dijimos acerca de cuáles son las específicas manifestaciones normativas de donde pueden brotar las presuntas vulneraciones del meritado derecho (ley, reglamento y convenios colectivos) vamos a soslayar ahora —para no prodigarnos en reiteración y, en definitiva, en pleonismo considerativo— el detalle de quiénes son en suma los obligados a respetar al pluricitado derecho abstracto a la igualdad, aunque, y ello debe ser ahora tenido en cuenta, esta problemática volverá a resurgir en el curso de este trabajo cuando abordemos en el mismo la cuestión relativa a qué medios de defensa pueden ser esgrimidos con éxito con finalidades reparativas de las lesiones que eventualmente pudieren efectuar al derecho que nos ocupa, estrategia defensiva

cuya concreta arboladura va a depender en definitiva de quien sea el causante de la lesión.

Así pues, y emendónos de forma rigurosa a la pormenorización de quienes titularizan el derecho abstracto a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE, tengo que decir que ésta pertenece a todo aquel sujeto de derecho que acredite la condición de español, calidad que es la requerida, en cuanto condicionante de la atribución efectuada, por el pluricitado artículo 14 CE, precepto cuya sintaxis jurisdicente plantea un doble problema: a) el de precisar si los extranjeros no acreditan derecho a la igualdad y b) el de concretar si las personas jurídicas nacionales privadas son o no incluibles en su entorno de aplicación.

Por lo que alude al primero de los problemas relacionados, comoquiera que su **tratamiento** va a constituir lo más medular de la última porción de este trabajo, me remito a lo que allí diré, aunque anticipando sumariamente mi opinión al respecto tengo que puntualizar, ya que efectivamente los extranjeros ubicados en el territorio nacional acreditan muy importantes derechos abstractos a la igualdad (y no uno global o unitario como los españoles), pero que su fuente o caudal atributivo no es precisamente el artículo 14 CE, sino otros distintos preceptos de genética doméstica e internacional, filones de densificada textura, cuya especificación tendrá lugar en la porción especulativa antes indicada.

En lo que apunta el segundo de los problemas enunciados, es decir, si dentro de la parábola aplicativa tendida por el artículo 14 CE resultan o no alojadas también las personas jurídicas nacionales privadas, tengo que señalar que el mismo no es sino una trasposición a la concreta faceta de ordinamentalidad que estamos debatiendo del mucho más general que se suscita siempre que se utiliza el término de "nacional" o "español", voces que dada su enorme vaguedad conceptual, polivalencia semiótica y capacidad intrínseca de dilución denotativa pueden referirse tanto a las personas físicas como a las jurídicas, circunstancia que obliga a efectuar un esfuerzo interpretativo *ad casum* que perfectamente podría ahorrarse si el legislador actuare en sus correspondientes labores de legisfehaciencia con algo más de interés y predicción.

Volviendo a la cuestión base a resolver, lo cierto y verdad es que las espadas se mantuvieron en alto hasta que el TC adoptó sobre la materia una postura de franca omnicomprensividad, tesis que prendió en su S 23/1989, resolución en la que acopiando, destilando y depurando en lo conveniente determinados planteamientos teoréticos favorables a incentivar en lo posible la asimilación entre las personas físicas y las jurídicas privadas a los limitados efectos que estamos viendo se mantuvo por el meritado Tribunal el aludido alegamiento en unos términos decididamente lineales y absolutamente alejados de cualquier circunloquio o compor-

tamiento lingüístico errático o escapista, diciéndose en la misma, en lo que ahora nos interesa, que: "En el ordenamiento constitucional los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho a la tutela judicial, pudiendo decirse lo mismo del derecho a la igualdad ante la ley que reconoce a los españoles, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas, sin que obste a ello que el propio precepto prohíba expresamente toda discriminación por razón de circunstancias que, como el nacimiento, raza, sexo, etc., son predicables exclusiva y normalmente de las personas físicas, ya que, de un lado, la prohibición de tales discriminaciones concretas no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica en su sentido positivo y, de otro, el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales, que puedan ser igualmente atributos de las personas jurídicas, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional, que viene aplicando, implícitamente y sin poner reparo alguno, el artículo 14 CE a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC 99/1983, de 16 de noviembre; 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general", rasación operativa a tales efectos entre las personas físicas españolas y las jurídicas de igual condición que, sin embargo, admite un importante acervo de matices, sutileza y pulimiento, cautela que también resulta de la propia argumentación de la Sentencia objeto de particular referencia en la que del propio modo puede leerse que: "A efectos del principio de igualdad, no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas, ya que, siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al Ordenamiento Jurídico delimitar su campo de actuación y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en plano de igualdad por personas físicas y jurídicas".

Vemos, pues, que el TC, en apelación a la teoría propendente a ampliar, en la medida de lo posible, el gramaje de capacitación de las personas jurídicas nacionales, las paraiguala, siempre hasta cierto punto, a las físicas en orden a la atribución, a unos y a otras, en cuanto "españoles", del derecho genérico a la igualdad pertinentemente albergado en el artículo 14 CE, tesis equiparativa que resulta ya sin ningún género de duda del texto —ciertamente diáfano— de la Sentencia que acabamos de evidenciar, aunque en honor a la verdad, tengo que poner de relieve que ya el TS había reconocido en SS anteriores la capacidad procesal de tales personas jurídicas para postular por la vía jurisdiccional abierta por la Ley 62/1978 en

orden a la presunta violación de su derecho a la igualdad, legitimación postulativa admitida sin ninguna dificultad en sus SS 8 de julio de 1987 y 14 de enero de 1988 (anteriores, pues, a la que estamos comentado) bloque decisonal cuya esencia resolutoria ha trascendido —**aunque** sublimándose **pertinentemente**— a la de 13 de marzo de 1991 (ésta ya posterior a la del TC dicha), reconociéndose en todas ellas la aptitud general de las indicadas personas jurídicas (en los casos debatidos, periodísticas) para acudir a la consiguiente vía judicial, reconocimiento que lógicamente implica el del derecho a la igualdad discutido y cuyo resguardo jurisdiccional se pretende.

C) *Objetivos*

El presupuesto objetivo básico para que el derecho abstracto a la igualdad opere en beneficio del español de que se trate (convirtiéndose en un derecho concreto a la misma) es que éste se encuentre en idéntica (o sustancialmente idéntica) ubicación jurídico-personal en relación con otros, circunstancia que determina la activación de la premisa igualitarista que nos ocupa (y su consiguiente concreción en la norma tomada en cuenta) y con ella el que tal español, en su parangón con los demás, no tenga porque "soportar ni un perjuicio, ni una falta de beneficio, desigual o injustificada, en razón de los criterios jurídicos por lo que se guía la actuación de los Poderes Públicos", tal como postula en TS en numerosas Sentencias.

Así, pues, el presupuesto o condicionante objetivo de la conversión a la que nos venimos refiriendo con insistencia, es decir, aquella que troca el derecho abstracto, apriorístico o genérico a la igualdad que a todos los españoles otorga *in genere* el artículo 14 CE en uno concreto materializado en la dispensa por la ley cuestionada de un trato efectivamente igualitario por la ley (dando al vocablo "ley" el más amplio de los sentidos posibles en derecho) toma cuerpo en la necesidad de que medie una situación de analogía, equivalencia o similitud entre la situación jurídica del español de que se trate con el resto de sus connacionales tomables en consideración por la norma examinada, tema que nos obliga a resaltar la superlativa importancia del proceso parangonal que deba instrumentarse al efecto y cuyo dispositivo angular orienta su deriva hacia la necesidad de que el español que se considere irrazonablemente tratado por la norma sujeta a observación en su calidad de desigualitaria aporte el consiguiente elemento comparativo que permita detectar la consiguiente disfuncionalidad de tal norma por lo tocante a sus sendos componentes de imputación jurídica, ingredientes imputativos que a su encuentro adoptan un cariz efectivamente discriminatorio, elemento comparativo que en las hipótesis de que

se instrumente el pertinente recurso de amparo deberá ser aportado, en cuanto parámetro oportunamente delimitador del correspondiente objeto procesal, por el recurrente presuntamente discriminado, aportación que también corre a cargo de los que postularen contra la constitucionalidad de una ley denunciada como infractora del artículo 14 CE (postulación que puede discurrir por distintas vías, como sabemos, y cuyo análisis no corresponde efectuar aquí), divergiendo la concreta metodología de tal aportación según se trate del conocimiento jurisdiccional de una hipotética violación del derecho abstracto de la igualdad cometida a través de la adopción de una ley que infrinja el artículo 14 CE o bien de una hipotética conculcación de tal precepto por parte de un Poder Público (distinto del legislativo). En el primer caso, no será necesario suministrar al TC ningún elemento comparativo autónomo, ya que la desigualdad instaurada por el producto normativo puesto en entredicho dimanará, de exisitr, de su propia sustanciación **ordinamental**. En la segunda eventualidad, tal aportación deviene imprescindible y es precisamente en el devengo de esta exigencia —sobre todo en aras de la lectura que de la misma ha realizado el TC— en donde se halla uno de los caballos de Troya más sinuosos y letales para la prosperabilidad de las demandas que al efecto pudieren plantearse, ya que tal Órgano ha rechazado en multitud de ocasiones —y *a limine*— los recursos de amparo interpuestos contra hipotéticas violaciones del derecho abstracto a la igualdad ante la ley en méritos al expediente de considerar inadecuados, incasables o inapropiados los elementos de comparación propuestos por el demandante, metodología resultoria —ciertamente sumaria en su **perfil**— de la que se hace eco JOSÉ SUAY RINCÓN, cuando en su antes indicada aportación sobre este conjunto de realidades, concretamente en la página 842 del libro y tomo que la contiene, manifiesta que "En general, el tema no suele plantear problemas graves (se refiere a la necesidad de aportar al debate constitucional *in iter* el repetitivamente bautizado por el TC como 'término de comparación'). No obstante, hay que denunciar la práctica seguida en ocasiones en que el Tribunal se limita única y exclusivamente a negar validez al término de comparación propuesto. Es claro que mediante este simple expediente aquel podría eliminar de entrada todas las cuestiones relacionadas con la igualdad que se le plantean, sin aplicar, por tanto, el test y la doctrina que más adelante examinaremos. Además ello supondría volver a trasladar la problemática al plano de la desigualdad en las 'situaciones de hecho', criterio expresamente rechazado en una de sus primeras sentencias y que motivó el Voto Particular formulado por el magistrado **DÍEZ-PICAZO**".

Siguiendo con el delineamiento de esta cuestión, tengo que poner en evidencia que la meritada conducta del Tribunal Constitucional halla su justificación en el dato de que como apuntan MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO

y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, en su indicada obra, página 57, "...cualquier supuesto de hecho es susceptible de entrada en comparación con otro, cosa siempre posible, porque siempre será posible hallar factores comunes y, por ello, la mera comparación de supuestos puede conducir al absurdo y al subjetivismo, propio de toda comparación abstracta. Debe existir algo más que tener en cuenta a la hora de realizar la comparación, y ese algo más es saber *qué* debe compararse y, sobre todo, *para qué* debe compararse; este último factor aparece como esencial".

Partiendo de estas premisas fundamentales, la técnica comparatista de la que venimos haciendo razón suele cristalizar en el hecho de poner en debido correlato, a los efectos que estamos viendo, determinadas normas generales y las concretamente denunciadas como ilegítimamente desigualitarias, técnica que en modo alguno puede arrojarse de una instrumentación adversa, ya que la correspondencia a los fines homologadores objeto de consideración de una disposición general y abstracta denunciada como conculcadora del derecho a la igualdad con una disposición concreta no puede prosperar por la propia naturaleza de las cosas, éxito en cambio que sí puede darse cuando se sitúan en el banco comparativo dos normas especiales, siendo una de ellas la que sirve de referente y la otra la tachada de discriminatoria, punto al que alude JOSÉ SUAY RINCÓN en su antes indicada aportación, página 844 del libro y tomo que la contiene, autor que al enfocar esta temática señala literalmente que "Lo que sí puede plantearse ante el TC es la relación entre dos o más normas especiales, aunque debe notarse que cuando ello ocurre y una misma materia es objeto de varios regímenes jurídicos, el Tribunal parte de la presunción de que en la base de la especialidad existe una desigualdad entre los diferentes supuestos de hecho. Tal es el caso de las relaciones laborales objeto de pluralidad de regímenes jurídicos, examinadas en la STC 56/1988, de 24 de marzo. Más complicado —aunque semejante— es el supuesto planteado en la STC 148/1986, de 25 de noviembre", complicación asimismo detectable cuando lo que se pretende enjuiciar a la luz del artículo 14 CE son las denominadas "leyes de caso único", variante que en nuestro país adquirió súbito renombre como consecuencia del archifamoso caso RUMASA, y cuya virtualidad, aún con importantes matizaciones cuya reseña no viene ahora a cuento, fue a la postre sancionada por el TC en su S 166/1986, de 19 de diciembre, resolución que en lo que nos interesa peculiarmente (siempre partiendo de la validez de tales leyes y de que el elemento normativo con el que compararlas a los efectos de su eventual contraste a la luz del derecho de igualdad tenía que venir representado por la categoría genérica de leyes "normales") señala que "La vocación a la generalidad, que su propia estructura interna impone a las leyes, viene protegida en nuestra ley fundamental, por el principio de igualdad de la

ley, establecido en el artículo 14 CE, pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud que la ley singular —supuesto el más intenso de la ley diferenciadora— debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta".

En cualquier caso, y así continúo con mi modesta y personal labor de exégesis al efecto, la aludida comparación deviene un trámite imprescindible para el consiguiente enjuiciamiento de cualquier tipo de desigualdad ilegítima en la ley, siendo ello una pura consecuencia de la fisonomía conceptual de que se reviste el problema, aspecto muy bien atisbado por MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su indicada obra, y focalizando magistralmente el problema desde estrategias especulativas de máximo radio, apuntan en la página 47 de la misma que "La igualdad como concepto relativo y relacional requiere además elementos de comparación entre las situaciones en que se encuentran los respectivos sujetos pasivos. Como recuerda Heller, la medida de lo que es igual y debe ser tratado igual depende del punto de vista en el que se establezca la comparación, a efectos de determinar los caracteres esenciales o no esenciales a tener en cuenta, es decir, las notas comunes deducibles para equipar situaciones o para establecer diferencias", aseveración sumamente elaborada que adquiere todo su sentido y magnitud considerativa en aras a que tal proceso comparativo ha de desembocar bien en la constatación de que las situaciones en que se encuentran los sujetos concernidos (los beneficiarios de la norma y el discriminado) son idénticas o jurídicamente idénticas (calidad predicable para cuando los casos puestos en correspondencia acreditan, pese a sus eventuales divergencias de matiz, una identidad básica sustancial) o bien que tal analogía no se da, con lo que el debate constitucional entablado al efecto carece de sustrato objetivo debiendo por ello rechazarse de plano la acción indicadora del mismo.

En la hipótesis adversa, es decir, en aquella entramada en la tesis de que el español afectado por una presunta desigualdad mantenga idéntica posición fáctica o jurídica (ver el significado que atribuimos a esta última en las líneas precedentes) con cualquier otro que resulte, a diferencia de él, favorecido por la norma a homologar, es cuando se plantea con toda

crudeza el tema cardinal de si tal disposición viola o no el derecho abstracto a la igualdad que es el reconocido al postulante por el artículo 14 CE, cuestión que entra ahora en su fase cenital y que es la de comprobar si tal trato normativo desigualitario [afectante, repito, a individuos (españoles) emplazados en una misma situación jurídica factual] es *ilegítima per se* o para que resulte tildable de tal debe converger en su conformación cualquier otro condicionante, punto cuya cabal clarificación requiere un tratamiento analítico individualizado, cosa que vamos a hacer en el epígrafe siguiente.

d) *Funcionales*

Alcanzado el punto terminal del que acabo de hacer razón, es decir, aquel en que el TC que entienda de la *litis* planteada (de tipología constitucional) previo debate del presunto acomodamiento de una determinada disposición (legal, reglamentaria o proveniente en su caso de un Convenio Colectivo) el artículo 14 CE llega a la conclusión de que entre el supuesto desigualitariamente tratado y los restantes favorecidos existe una identidad factual absoluta (o relativa, pero suficiente) que haga necesario penetrar en la intríngulis del mismo, entonces entra en juego toda la batería de consideraciones que hemos ido vertiendo a lo largo de estas páginas en el sentido de que en esta eventualidad no toda inferencia jurídica *disimil* puede catalogarse *per se* de discriminatoria y en tal concepto antinómica con el artículo 14 CE, ya que tal discordancia en cuanto a las eventuales imputaciones jurídicas a discernir a *factums* idénticos o sustancialmente equivalentes puede ser legítima, siempre que la misma supere con éxito los tests módulos o parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que el TC exige, cañones de interpretación constitucional *ad intra* cuyo origen debemos situar en las sendas *ratios decidendi* de los pronunciamientos que sobre el particular habían sido ya resignados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como ha quedado ya advertido previamente.

Así, pues, una vez desencadenado el correspondiente procedimiento enjuiciador de la presunta inconstitucionalidad de una disposición por ser la misma —a juicio del *denunciante*— hipotéticamente contradictoria con los postulados cardinales que sobre el derecho abstracto a la igualdad se recogen en el artículo 14 CE o interpuesto el correspondiente recurso de amparo contra aquel acto del Poder Público que vulnera tal artículo, el TC, tras efectuar el exigido cotejo del elemento comparador propuesto con el denunciado, y llegar a la conclusión de que la correlación es la adecuada, tiene que adentrarse en el meollo de la cuestión, procediendo a sopesar en primer término si es conveniente efectuar una regulación jurídica distanciada de supuestos factuales idénticos o sustancialmente equi-

valentes, y si la respuesta es positiva, deberá entrar de lleno en el contraste, a la luz de su propio criterio, de si tal imputación jurídica diferenciada es razonable, objetiva y coherente con la finalidad pretendida (de consecución necesaria o simplemente conveniente) y en el caso de que ello sea así, si tal imputación (o mejor, sus concretas alternativas) resultan o no atentatorias de otros preceptos constitucionales y si las medidas normativas diferenciales adoptadas resultan o no proporcionadas con el sacrificio que se inflige con las mismas al meritado derecho a la igualdad siendo ésta en esencia la trama a impulsar en el curso del enjuiciamiento constitucional al que estamos aludiendo, resultando ciertamente noticiable que en el día de hoy se haya aligerado por el TC el itinerario depurador que con anterioridad el mismo se exigía en determinados casos, aludiendo a este enflaquecimiento de sustancia enjuiciadora JOSÉ SUAY RINCÓN, en su pluricitada aportación sobre el tema, autor que en la página 856 del libro y tomo que la contiene, al ocuparse en poner de relieve la operatividad en este orden de cuestiones de los dos cañones o tests antes mencionados, o sea, el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, precisa del propio modo que "... ha pasado a ser absolutamente excepcional el empleo por parte del Tribunal de cualquier otro tipo de test distinto del de la razonabilidad: por ejemplo, no se aplica ya 'juicio de relevancia', que introducía complicaciones innecesarias, al obligar a la búsqueda en el ordenamiento jurídico de un criterio igualitario del que derivar la existencia de igualdad de trato, como si el artículo 14 no fuese ya de por sí suficiente criterio cuando realmente existe coincidencia en las situaciones".

Acotada así la temática a considerar, voy a diversificar en sendos compartimentos singularizados el análisis de los dos test a los que venimos aludiendo, o sea, el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, rellenando su estudio de un contenido argumental que en cualquier caso debe ponerse en estrecha sinapsis especulativa con todo lo hasta aquí aducido, siendo así que en una materia de aprehensión intelectual tan huidiza como la presente, la ocurrencia aquí de todo el bloque considerativo precedente deviene absolutamente sustancial para la comprensión idónea de la misma.

aa) *Análisis del canon de razonabilidad.*—Instaurada en nuestro ordenamiento jurídico una concreta desigualdad normativa, si ésta es objeto de denuncia constitucional, su adveración tiene que articularse a base de aplicar a la misma en primer término el canon de razonabilidad (y en segundo lugar, y si hubiere lugar a ello, el de la proporcionalidad) motivo por el que su alusión se impone, mención que podemos iniciar poniendo de relieve su amplia configuración de perfiles, toda vez que aludida razonabilidad debe hacer acto de presencia no sólo en sede de la valoración jurídica del criterio diferencial concretamente tomado en cuenta por el

hacedor de la regla cuestionada, sino también en aquella relativa a que la consecuencia ordinal resultante del tratamiento desigual *de factum* idénticos (o sustancialmente equivalentes) es congruente con tal criterio diferencial, circunstancia que nos permitiría diversificar el estudio del parámetro sujeto a debate en dos: el propiamente destinado a la homologación de la razonabilidad del meritado criterio diferencial y aquel que orientase su protagonismo a la comprobación de que el caudal de imputación jurídica diferenciada oportunamente aflorado por la norma en cuestión es coherente con el criterio diferencial (previamente aquilatado como razonable), desglose siempre posible considerando que este segundo criterio, o canon de congruencia, resulta de funcionalidad ulterior al primero (y anterior al de proporcionalidad), pero que yo no voy a efectuar a fin de no complicar más esta exposición.

Partiendo de esta unificación metodológica, tengo que patentizar que el test o módulo de razonabilidad se arroja de una importancia extraordinaria, teniendo en cuenta que de su desenlace va a depender, en definitiva, el que la desigualdad denunciada como ilegítima sea o no tal, disyuntiva que en cualquier caso va a exigir el seguimiento por parte del TC de un auténtico procedimiento contrastador de tal razonabilidad, planteándose al respecto el problema —de congrua y espinosa *medularización*— de precisar a quien corresponde la carga de la prueba de que el criterio desigualatorio introducido por el autor de la norma puesta en trance de homologación es o no razonable, aspecto muy bien debatido por JOSÉ SUAY RINCÓN, que en su pluralizada colaboración sobre la materia viene a explicitar en clave de síntesis lo más enjundioso de la cuestión suscitada diciendo literalmente al efecto, en la página 845 del libro y tomo que la contiene, que "¿Tiene el Poder Público que probar que la desigualdad es razonable y que no viola, por tanto, el artículo 14 CE?, o por el contrario, ¿es el particular el que debe acreditar su falta de justificación? ¿A favor de quién corresponde la presunción?"

Tras la formulación de estos interrogantes, cuya pertinencia y solución para la mejor comprensión de la materia deviene fundamental, el referido autor pone de manifiesto en la misma página aludida que en este orden de ideas, el TC ha variado su rumbo de forma ostensible, siendo así que en un primer momento, sostuvo que la carga probatoria al efecto, con toda su tasa de dificultad, competía al hacedor de la norma discutida, especialmente cuando el módulo o parámetro diferencial tomado en cuenta por el mismo era alguno de los criterios antidiscriminatorios especialmente acuñados por el artículo 14 *in fine*, metodología seguida por lo que el autor, cuyas opiniones estamos *recensionando* ahora, califica de "jurisprudencia de la primera época", *modus* jurisdiccional que poco a poco fue despojándose de toda su potencial —e inicial— dosis de incisividad hasta

el punto de que en el día de hoy el mismo puede considerarse prácticamente abandonado.

Con abstracción de esta problemática, en el discurso jurídico sobre el test o canon de razonabilidad a aplicar al criterio diferencial, bajo cuyo patrocinio se llega a la desigualdad normativa objeto de análisis judicial, debe hacerse especial hincapié en el dato del notable cambio que ha experimentado el rumbo de la jurisprudencia del TC al efecto, que en los momentos presentes, y a diferencia de los próximos pasados, ha desistido, tal como muy bien apunta el meritado autor, de su **pristino** intento de encontrar en debida forma tal criterio diferencial con un concreto valor constitucional, abdicación cuya virtualidad resulta perfectamente patentizada en la consideración formulada por el indicado autor, que en la página 856 del libro y tomo que la contiene, al encararse con esta faceta, señala literalmente que "La solución adoptada (la que cobra cuerpo en la indicada renuncia) parece preferible, porque de lo contrario, una de dos: o se parte de una interpretación estricta del término bien o valor constitucional y entonces hay que declarar inconstitucional la mayor parte del ordenamiento jurídico; o bien, se interpretan generosamente dichos conceptos y entonces tanto da decir éste como no decir nada", interpretación que también resulta compartida por MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su calendado libro, página 63, al incidir axiológicamente en la línea decisional seguida al respecto por el TC en lo tocante a la medulación del canon de razonabilidad al que venimos haciendo evidencia (test cuya concreta practicidad exige tener en cuenta la finalidad de la norma en cuestión, tal como de inmediato vamos a ver) ponen de relieve que "En la doctrina del TC (que teniendo en cuenta la fecha de concepción del libro de los explicitados autores (1986) era exclusivamente la de la primera época) la legitimidad del fin debe vincularse, desde luego, con la propia Constitución como sistema dentro del que buscar las razones diferenciadoras. Pero la vinculación a la Constitución puede estructurarse, básicamente, de dos maneras: positivamente, asegurando que la legitimación para introducir diferencias descansa en una habilitación expresa de la Constitución; negativamente, deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso de la misma".

Tras estos prolegómenos **conceptuales** relativos a la *praxis* a seguir por el TC en la subsunción del criterio diferencial permitiente de la desequipación jurídica a la que nos venimos refiriendo, sólo resta que nos adentremos ya en el *quid* del canon de razonabilidad objeto de debate (y en suma en el propio juego del mismo) y en tal sentido tengo que poner en

evidencia que lo único que va a acreditar importancia en este contexto es el objetivo normológico o finalidad intrínseca de la regla en cuestión, debiendo ponderarse y sopesarse, a base de una categorización amplia del test analizado, cual sea en concreto su razón de ser (forzosamente lícito, aunque no necesariamente constitucional) y que la misma sólo puede cumplirse adecuadamente a base de la introducción del criterio normativo desparificador que estamos considerando, debiendo mediar, por tanto, una inelectable correspondencia entre la aludida diferenciación y la consecución de la finalidad perseguida, componente teleológico que se constituye en la espina dorsal del enjuiciamiento adverativo y homologador al que estamos haciendo mérito.

ab) *Análisis del canon de proporcionalidad.*—El derecho representa, institucionalmente, el emblema del equilibrio y de la medida. Pues bien, el test que se convierte ahora en nuestro norte expositivo presupone, por su propia esencia, el paradigma de tales características al demandar que deba existir una perfecta correspondencia entre la tasa de desigualdad introducida en la norma y la finalidad perseguida por la misma, exigencia que parte de la anteriormente señalada razonabilidad (congruencia) (ver el trabajo "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", de CARRASCO PEREA, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984) y que presupone en definitiva un escalón más (el último en la ponderación de la legitimidad-ilegitimidad de la norma desparificadora, canon que enraiza en cualquier caso tal enjuiciamiento, dadas sus características más identificadoras, en el terreno de la conjetura, porque *a priori*, y salvo casos extremos, es imposible saber cuando el mismo va a resolverse en un sentido u en otro, siendo así que es precisamente en el sopesamiento de su concreta virtualidad en donde se detectan las fricciones jurisdiccionales más importantes en los magistrados del TC, todo ello en apelación de un casuismo decisonal que se exterioriza como inevitable. Con independencia de ello, es absolutamente reseñable respecto al test que estamos investigando el que el mismo sea utilizado por el TC con verdadera prudencia, siendo así que de no proceder de semejante guisa, tal órgano podría interferir en lo que debe ser una libre alternativa opcional y autodeterminación operativa a activar por el legislador, punto muy bien debatido por MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, autores que en su pluricitado libro, página 60, ponen de relieve, en enunciación literal y sintética que suscribo en toda su integridad, que "Ahora bien, examinar la proporcionalidad o la racionalidad de la medida en atención al fin perseguido por la norma puede llevar al TC a valorar las opciones que la CE deja en manos del legislador, restringiendo en parte su margen de maniobra, y ello porque el juicio de proporcionalidad valora el

acierto de la medida cuando debiera tratarse de indagar si la medida tomada por el legislador está incluida en el radio de acción que el está permitido, no de saber si es la medida técnicamente más correcta o políticamente más deseable".

5. CONSIDERACIONES MONOGRAFISTAS SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

A) *Idea general*

En las páginas precedentes nos hemos ocupado en delinear un sobrio panorama especulativo general sobre lo que da de sí el derecho abstracto a la igualdad en sus variantes de la ley y en la aplicación de la misma, así como de precisar lo más sobresaliente de la funcionalidad de la primera de las manifestaciones dichas, correspondiéndonos ahora efectuar lo propio, en relación con la restante modalidad, es decir, aquella que versa sobre la igualdad en la aplicación de la ley y al respecto tengo que decir, como providencia primigenia sobre la misma, que ésta presenta un perfil posibilista y otro efectivo, atinando el primero a todo lo que, en hipótesis, podría encajar en el marco del artículo 14 CE, pero que a la postre no ha recibido la pertinente sanción del TC, y aludiendo el segundo a lo que efectivamente ha sido ya marchamado por dicho Alto Tribunal en sus indelegable funciones de custodio e intérprete supremo de la CE, alternativas que difieren concretamente del hecho de que cuando la desigualdad afectiva o concreta en la aplicación de la ley proviene de poner en parangón precedentes (judiciales o administrativos) dimanantes de diversos órganos aplicativos, entonces la eventual conculcación del derecho abstracto a la igualdad —en una visión maximalista del mismo— consagrado por el art. 14 CE no resulta sancionable a base de ningún tipo de estrategia reparadora que repose en la aducción postulativa de tal precepto. Por otra parte, y así continuó insistiendo en el explicitado —y **teorético**— perfil posibilista, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cuando de eventuales discriminaciones administrativas se trate, resulta ostensiblemente depauperado sustrayéndose su *praxis* a cualquier protagonismo desmedido tal como tendremos ocasión de exponer en el curso de estas consideraciones.

Ello explicado, y ya profundizando en la concreta virtualidad del derecho que nos ocupa (tal como resulta la misma del proceder jurisdiccional del TC), tengo que poner de relieve que el mismo cobra cuerpo en la potencialidad que el artículo 14 confiere a todo justiciable (jurisdiccional o administrativo) a no ser ilegítimamente desigualado por el órgano que

aplica el derecho, desaparificación que en su caso cristaliza un cambio de criterio aplicativo impulsado por tal órgano en relación con su propio precedente (del que fue anteriormente protagonista pasivo el mismo sujeto discriminado o un tercero), siempre que tal cambio no se atenga a la lógica o a la razón.

En base a esta formulación descriptiva, fácilmente se colige que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley se sitúa justo en el dintel de la tensión máxima entre el artículo 14 CE y toda aquella suerte de preceptos (y ahora ya me refiero de forma singularizada a la variante judicial del tema, aunque lo que diga respecto de la misma podrá ser también tenido en cuenta en relación con la manifestación administrativa, si bien con las reservas y matizaciones que luego expondré) que liderarán la actuación de poder judicial, en especial el artículo 117 CE que enumera entre uno de los atributos básicos de su congruente funcionalidad el de la independencia, tensión que acredita como referentes polarizadores básicos, por un lado, y en lo que atina al justiciable, su derecho a que en la aplicación de la ley el órgano judicial en cuestión se atenga a su propio precedente, ya que de lo contrario su derecho a la igualdad, a la legalidad y en suma a la seguridad jurídica quedaría gravemente en entredicho, y por otro, en lo que concierne al Juez, su intrínseca aptitud para aplicar la ley con abstracción no sólo del criterio que sobre idéntica materia haya sido sustentado por otros órganos judiciales (variante del derecho a la igualdad no recibida por el TC tal como veremos ulteriormente), sino también con alejamiento de su entendimiento normativo anterior, aplicación distanciada del precedente que en lo que nos afecta se sublima en la posibilidad de una separación de su propio sentir decisorio anterior, eventualidad que el TC permite siempre que tal cambio criterial responda a razones objetivas y ponderadas y no a un puro arbitrio o subjetivismo irracional.

Tal es el guión-tipo que debe ser tenido en cuenta en la intelección de ésta ciertamente abstrusa temática en la que la influencia del TC resulta, como en todo lo relativo a la comprensión del texto constitucional, decisivo, **entendimiento** que cognicionalmente parte de lo difícil que resulta cohonestar de forma armónica los intereses en juego, o sea, el derecho a la igualdad, a la legalidad y a la seguridad jurídica, noción, esta última, cuyo valor se potencia si tenemos en cuenta que el "precedente" en cuestión presupone la existencia de una previa decisión interpretativa procedente del órgano judicial aplicador, decisión jurisdiccional que sea cual fuere su valoración dogmática, apriorística o teórica en sede de la teoría general de las fuentes ordinamentales asume el papel de regla de derecho tenida en cuenta de forma monográfica en la resolución del caso concreto de que se trate, decisión interpretativa que inopinadamente se trueca por otra en

detrimento del justiciable que posiblemente confió en su previa existencia todo ello en obsequio al legítimo y genuino derecho del Juez a apartarse de su propio precedente, es decir, de su propia interpretación jurídica anterior, apartamiento decisorio operable en aras a su independencia y a la no petrificación del sentir jurisprudencial, premisas que le autorizan a efectuar el hallazgo de otra regla directiva (contando, por supuesto, con que sea razonable) de entre las que posibilita, *in genere*, la norma a aplicar (siempre por supuesto que tal norma permita más de una interpretación razonable, cosa que no siempre sucede, tal como indicaremos con ulterioridad al aludir a las disposiciones de interpretación única).

Estos son, en suma, los intereses en conflicto, y el TC, haciendo gala de grandes dosis de sincretismo decisonal, resuelve el nudo gordiano trenzado en torno a los mismos a base de una más o menos equilibrada mixtura de factores a tener en cuenta, y siempre partiendo del máximo respeto hacia las decisiones judiciales, engendrando todo ello una metodología para la solución de esta inextricable problemática, que aunque no se presenta como absolutamente satisfactoria, sí que es por lo menos la mejor de las posibles y a cuyo escuadriñamiento vamos a destinar las páginas siguientes.

B) *Presupuestos operativos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

a) *Subjetivos*

Por lo que se refiere a la titularización del derecho abstracto a la igualdad en la aplicación de la ley nos remitimos a toda una serie de consideraciones que quedaron precedentemente expuestas acerca de la misma cuanto ésta atinaba a la variante de en la ley, reflexiones relativas a la imputación de tal derecho y que en síntesis hacían referencia a que su atribución efectiva tenía lugar, tanto en favor de las personas físicas como de las jurídicas (aunque con matices respecto de estas últimas), pero sólo en la medida en que unas y otras se adornaren debidamente de la calidad de españoles, quedando fuera del margen de actuación del artículo 14 CE los extranjeros, circunstancia no impeditiva de que en determinados supuestos estos últimos pudieran reivindicar para sí la operatividad de un derecho a la igualdad (en su eventual parangón con los españoles o con otros extranjeros) de perfiles idénticos, similares o incluso superiores (según los casos) al resignado por el artículo 14, derecho autónomo no alojado, pues, en este precepto y a cuyas concretas fuentes de incubación (nacionales y extranjeras) y régimen haremos mérito en la porción correspondiente de estos comentarios.

Por lo tocante a quién se halla obligado al respeto del derecho en cuestión, ya hemos aludido con anterioridad a este aspecto, señalando como debidos tributarios de su exigencia a los órganos judiciales y administrativos en la medida en que se viere en la tesitura de infringir su propio precedente aplicativo, quedando, por tanto, excluidos de la posibilidad de verse emplazados en la pertinente instancia de tutela y resguardo constitucional aquellos que se aparten de precedentes adventicios, exclusión que es fruto de una corriente decisonal del TC perfectamente consolidada en la actualidad, tendencia resolutoria que fía la defensa en estas áreas del derecho abstracto a la igualdad, tanto en el juego de los recursos ordinarios como en el especial de revisión al que se refiere el artículo 102 de la Ley Jurisdiccional (recurso, sea dicho en un inciso, cuya interposición deviene imprescindible en aquellos casos en los que la desigualdad aplicativa denunciada sea residenciabile en amparo, todo ello por propia imposición del TC, valiendo como botón de muestra al respecto su Sentencia 204/1990, de 13 de diciembre, en la que puede leerse al efecto que "Hay, pues, una contradicción evidente entre la Sentencia desestimatoria que aquí se recurre, dictada en el procedimiento 971/1987, y la que estimando la demanda y declarando la nulidad de los actos recurridos, pronunció la misma Sala en el procedimiento 915/1987. Y aunque esta contradicción no se impugna en el recurso de amparo como infracción del artículo 14 de la Constitución por desigualdad en la aplicación de la ley, que es lo usual y más consecuente con esta clase de infracciones, sino que se denuncia como no prestación de la tutela judicial efectiva que **garantiza** el art. 24.1 CE, no por ello, podía la parte actora prescindir del recurso extraordinario de revisión previsto expresamente para tales supuestos en el artículo 102 de la LJCA. Pudo la recurrente a través de dicho recurso y respetando la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional —a la que se hallaba obligado por el artículo 44.1.a) de la LOTC— plantear el problema de contradicción que invoca en este recurso (y lo hace no sólo con base en la Sentencia de 9 de febrero de 1988, dictado en el otro procedimiento seguido a su instancia, sino también en las Sentencias de la misma Sala, anteriores a la recurrida, de 14 de enero de 1988 y 3 de febrero siguiente), para que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tuvieran la oportunidad de pronunciarse respecto a la contradicción producida y a través de ella, sobre si se daba o no la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución que es la infracción sustancialmente denunciada en este recurso. Al no hacerlo así se ha incumplido de manera manifiesta el requisito que impone el art. 44.1.a) de la LOTC que, por lo razonado en el fundamento 1 y conforme solicitan el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, ha de conducir a la desestimación de la demanda de amparo"), constituyendo piezas maestras del mosaico jurisdiccional constituyente de esta partitura

jurisprudencial diversas Sentencias del TC de directo impacto en esta problemática, de entre las que sobresale por su locuacidad considerativa sobre la materia, la 183/1985, de 20 de diembre, en la que puede leerse, por lo que nos acucia especialmente, que "Sobre lo anterior hemos de reiterar también ahora que la discriminación constitucionalmente impedida sólo podrá entenderse verificada cuando las resoluciones que quieran traerse a la comparación procedan del mismo órgano jurisdiccional. Si, por el contrario, nos hallamos ante diferentes órganos juzgadores, las discrepancias entre sus decisiones sobre supuestos jurídicamente iguales deparará, ciertamente, una distinta aplicación de la ley a causa de interpretaciones también diversas, pero sin que dicha distinción en la concreción de las reglas de Derechos pueda referirse a una u otra de las resoluciones contrastadas, cada una de las cuales es, respecto de las demás, diferente, más no discriminatoria. Este Tribunal juzga sólo de los actos del poder (art. 41.2 de su Ley Orgánica) y no de sus resultados, de tal modo que cuando aquellos no sean en sí mismos contrarios a la Constitución no podrá decirse otra cosa que el hecho de que su consideración conjunta se advierta una diferente aplicación de las normas, supuesto éste que habrá de alcanzar remedio con los recursos que el legislador cree para procurar, en garantía también del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3), una básica uniformidad en la interpretación de la ley por Jueces y Tribunales".

Tal es el *corpus* jurisdiccional de donde resulta la exclusión aludida, y cuya *ratio* reposa más bien en consideraciones pragmáticas —incluso políticas— que en una depurada *masse de granit* dogmática, ya que la diferencia que establece en su argumentación el TC entre aplicación distinta de la norma y aplicación discriminatoria tiene mucho de sutil e incluso de espiciosa, estribando su esencia, a mi juicio, en la idea de que así como un órgano judicial concreto puede indiciar en aplicaciones discriminatorias tal eventualidad no puede acontecer en relación al Poder Judicial considerado en su globalidad, ya que, y eso es la idea-guía sobre la materia antes apuntada, si bien un órgano individualizado puede, en obsequio a su connatural e irreductible independencia, incurrir en potenciales comportamientos discriminatorios en la aplicación de las leyes, tal posibilidad no cabe cuando lo que se halla en trance de observación es la totalidad del Poder Judicial, institución que posibilita en su seno el acceso a un dispositivo *ad hoc* tendente a la corrección jurisdiccional de cualquier tipo de eventuales desigualdades en la aplicación de la ley cometida por cualquiera de sus órganos, dispositivo integrado en el propio discurso y método judicial y del que forman parte los recursos articulados en nuestras leyes de procedimiento, pivotando en suma sobre este tándem —**independencia** y posibilidad de acceso al recurso **correspondiente**— la fundamentación de

la exclusión dicha, justificación que resulta clara en un considerable número de STC valiendo por todas —por su contundencia clarificadora al efecto— la 120/1987, de 10 de julio, resolución que basamentando su epítome especulativa en lo anteriormente proveído sobre el particular por otras anteriores (especialmente, y atinamos así a la jurisprudencia más reciente, por la 84/1987, de 29 de mayo, en la que ya se menciona el artículo 117 CE como fundamentador de la exclusión a la que nos venimos refiriendo) sienta sobre el extremo objeto de debate que "No es admisible sostener la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley cuando se pretende que esa lesión se da en una resolución judicial que resuelve de modo distinto o diferente de otros Tribunales, ya que aquel principio ha de conciliarse con el de independencia de los órganos judiciales y que la institución que realiza el principio de igualdad, a través de la uniformidad en la aplicación del Derecho, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango".

Concluyo este punto poniendo de relieve que el TC, potenciando hasta el máximo la virtualidad de la exclusión a la que venimos aludiendo constantemente, mantiene la tesis de que la expresión "órganos judiciales diferentes" debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo dentro de la misma a las distintas salas o secciones que integran un mismo órgano, valiendo por todos el componente alegacional que al efecto se contiene en su Sentencia 200/1990, de 10 de diciembre, en la que al respecto puede leerse que "Ni el principio de igualdad, ni en su configuración como derecho subjetivo, permite asegurar un tratamiento idéntico, uniforme o unificado por los diversos órganos judiciales, incluso las salas o secciones que formen parte de un mismo órgano, en especial cuando existe un reparto de materias entre las mismas; ni la CE impone una convergencia interpretativa entre esos órganos o salas, ni corresponde al TC la labor de resolver y unificar esas posibles divergencias en la interpretación de las leyes, materia exclusiva de los Jueces y Tribunales; TC tan sólo ha de proteger al ciudadano frente a las desigualdades de trato en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial cuando puedan calificarse de arbitrarias, irrazonables o que obedecen a un propósito discriminatorio".

El condicionante sustancial para que pueda enjuiciarse constitucionalmente la hipotética ilegitimidad de la mutación (en todo o en parte) del propio precedente al que nos estamos refiriendo, es que éste existe en realidad, existencia, por tanto, que se convierte en un *prius* de toda la operatoria de tipo homologador que resulte desplegable en sede del proceso que al efecto pueda activarse por parte del justiciable eventualmente perjudicado, presupuesto de comparecencia insorteable que en el orden de cosas sujetas a investigación se materializa en la imprescindible aportación por parte del *meritado* justiciable de lo que en la terminología forense al

uso se ha dado en calificar como de "término de referencia adecuado" o "término de comparación", nociones alusivas al indicado precedente propio (del juzgador de que se trate) a la postre no respetado en la resolución discutida por el español que crea ver leso su consiguiente derecho a la igualdad en la aplicación (judicial) de la ley, referente sin cuya presencia *ad casum* resulta imposible el planteamiento de tal cuestión.

Partiendo de la esencialidad de tal término comparativo, tengo que puntualizar que sus huellas de identidad más indelebles han ido trazándose de forma paulatina por parte del quehacer decisorio del TC, órgano que correlativamente al resaltamiento de la necesidad de tal aportación (el del indicado precedente ulteriormente modificado) y a la reafirmación de que el mismo debe provenir precisamente del mismo órgano judicial y no de otro (tema ya explorado en estas mismas páginas) ha ido conformando lo que podríamos considerar como de teoría general sobre la pluricitada aportación (que corre a cargo del justiciable oportunamente postulador, en el juicio constitucional correspondiente), teoría que acredita, a nivel de Sentencia del TC, su punto máximo de acarreo y firmeza resolutive global en la S 48/1987, de 22 de abril, en la que al efecto puede leerse que "Es presupuesto inexcusable para el examen que este Tribunal pueda realizar cuando ante él se deduzca una queja como la presente el que por el recurrente se ofrezca un término de referencia adecuado, consistente en la identificación de decisiones anteriores del mismo órgano judicial que hayan resuelto de manera diversa en supuestos no diferentes a aquél en el cual recayó la resolución impugnada y reputada discriminatoria. Importa también advertir que las resoluciones que así quieran compararse con la recurrida han de ser expresivas de una línea jurisprudencial cierta, de forma que no bastará al efecto con invocar cualquier pronunciamiento, aunque se encuentre alejado en el tiempo, debiendo citarse decisiones que manifiesten una doctrina consolidada sobre el modo de interpretar y de aplicar reglas jurídicas".

Sumamente clarificador es el texto transcrito, que tanto en su propia mismidad decisonal, como en su potencial acompasamiento con otros anteriores, impone el seguimiento de una *praxis* ciertamente rigurosa en este orden de cuestiones, requiriendo, tal como hemos dejado ya apuntado, que el justiciable que se considere lesionado en su derecho abstracto a la igualdad por la decisión judicial que le afecte no sólo aporte, en cuanto inexcusable elemento paragonal, un precedente del mismo órgano judicial que resuelva en sentido inverso al discutido en un supuesto fáctico idéntico o sustancialmente equivalente al suyo, sino que también demanda que tal aportación se acomode a determinadas pautas, tales como que el término de referencia puesto en la balanza procesal de la *litis* en cuestión no sea una sola resolución previa, sino varias integrantes de una "línea jurispru-

dencial cierta", certeza que debe conjugarse con la concurrencia *ad casum* de otros calificativos, y que son los alusivos a la generalidad, firmeza, consolidación y continuidad de *talpraxis* jurisdiccional, batería de exigencias que implican el que no sea suficiente para el éxito de la pretensión deducida por el justiciable que se considere perjudicado en su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley la mera invocación de antecedentes jurisdiccionales que aún procediendo del mismo órgano judicial de quien dimanó la resolución debatida no reúna el florilegio de solicitudes identificadoras a las que acabamos de hacer mérito, por ser supuestos absolutamente abstractos o carentes del paradigma de la certeza o consolidación ya referenciado o por constituir casos aislados desprovistos de la necesaria unicidad y solidez, constituyendo esta suerte de innovaciones desafortunadas la principal fuente de fracasos jurisdiccionales al respecto.

Por otra parte, el precedente judicial, que devenga puesto en comparación con la resolución tildada de discriminatoria, tiene que acreditar una absoluta virtualidad actual no pudiendo resultar el mismo desfasado por la sobreveniencia de nuevos acontecimientos normativos, ya que en tal caso su potencial beligerancia a los efectos que estamos viendo quedaría totalmente precarizada, conclusión cuya evidencia resulta clara de la STC 119/1987, de 10 de julio, en la que puede leerse sobre el particular que "El artículo 14 de la Constitución ampara la igualdad ante la ley, pero ello no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico. La desigualdad de trato, entre diversas situaciones *derivadas* únicamente de un cambio normativo y producido tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la ley (STC 70/1983, de 26 de julio)".

b) *Funcionales*

Llegados a este punto, es decir, denunciada una concreta aplicación judicial de la ley como directamente atentatoria al derecho abstracto a la igualdad que para todos los españoles postula el artículo 14 CE (y descartada la posible inaplicación del mismo por acreditar la desigualdad denunciada un tratamiento jurisdiccional diverso, cosa que sucede, por ejemplo, tratándose de la igualdad interprocesal subjetiva cuya eventual lesión integra un supuesto de infracción del artículo 24 CE, *ex* STC, de 22 de julio

de 1988, en la que se dice que "El artículo 14 CE no incluye la igualdad de las partes en el proceso, cuestión que hay que conectar, más bien, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a la defensa de las posiciones respectivas durante el mismo; no es realmente la igualdad la que se ventila, sino la concesión a las partes de iguales posibilidades y oportunidades de actuar en el juicio y de proceder a la defensa de sus intereses respectivos") entramos en la fase netamente funcional del instituto en la que deberá impulsarse la pertinente actividad rituarial tendente a la comprobación de si el objeto procesal a considerar se halla perfectamente conformado a la luz de la Constitución y de su propia interpretación, verificando en primer lugar la presencia en la *litis* del término de comparación al que hemos hecho mérito en las líneas precedentes y que el mismo, una vez contrastada ésta, se arroja de toda la suerte de condicionantes a los que del propio modo hemos aludido. Siendo ello así, se pasará a la fase ulterior que es aquella en la que deberá aquilatarse jurisdiccionalmente si el cambio de criterio es o no razonable, ya que si lo es prevalecerá el derecho del juzgador a su independencia operacional y, en caso contrario, su resolución desparificadora será debidamente anulada en cuanto vulneratoria del derecho a la igualdad del justiciable, dilema que nos obliga a incidir monográficamente en esta cuestión.

aa) *Problemática relativa a la razonabilidad del cambio de criterio denunciado.*—Con esta rotulación nos estamos refiriendo al elemento clave de toda esta problemática, siempre entendiéndola desde el punto de vista del TC, y al respecto tengo que puntualizar que el mismo siempre ha anudado el tema de la igualdad en la aplicación judicial de la ley a que el meritado cambio criterial sobre una determinada aplicación normativa a supuestos idénticos o jurídicamente equivalentes sea o no racional, circunstancia que determina que el *test o topoi* de la razonabilidad en su proyección sobre tal trueque se constituya en el elemento capital a tener en cuenta, valiendo por todas, por su contundencia aseverativa y por el acopio que efectúa de antecedentes, la STC 25/1987, de 26 de febrero, en la que a modo de consideración compendiosa sobre el particular, se dice que "Asimismo, en la Sentencia 49/1982, de 14 de julio, hemos afirmado que la regla general de la igualdad ante la ley enunciada en el artículo 14 de la Constitución contempla, además de la igualdad en la ley o en el tratado por la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, lo que obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando dichos órganos entiendan que deben apartarse de sus resoluciones precedentes tienen que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas ocasiones,

entre otras en las Sentencias 103/1984, de 12 de noviembre; 127/1984, de 26 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 49/1985, de 28 de marzo; 57/1985, de 29 de abril; 140/1985, de 21 de octubre; 166/1985, de 9 de diciembre; 32/1986, de 30 de abril; y 56/1986, de 14 de mayo; en las que el Tribunal ha ido precisando los aspectos que deben tomarse en consideración cuando se enjuicia una queja de desigualdad en la aplicación de la ley, exigiendo, en suma, para que pueda prosperar dicha queja que, además de existir una plena identidad en los supuestos de hecho de que conozca en cada caso un mismo órgano judicial, éste se apartase del criterio precedente de modo arbitrario o sin motivación o fundamentación razonable y suficiente".

Tal es, en definitiva, el estado actual de la cuestión: si la resolución judicial se aparta del precedente de forma razonable, entonces la queja del justiciable no alcanzará el éxito pretendido en sede del proceso constitucional entablado. De adverso, sí. Ahora bien, con ello, y a pesar de su importancia asertiva, no está dicho todo porque quedan por precisar dos cuestiones de máxima trascendencia y que son las referentes a qué significa en realidad apartarse el precedente y a si tal apartamiento debe o no ser objeto de una motivación expresa y *ad hoc*.

Por lo tocante a la primera de las cuestiones aludidas, el juzgador, al separarse de sus criterios anteriores, lo que está haciendo en realidad es interpretar de forma diversa a como lo hizo previamente una misma disposición (o un conjunto de ellas), interpretación plural que en principio resulta factible salvo que se trata de normas de interpretación única, categorías preceptuales antes aludidas y a la que con ulterioridad nos referimos especialmente.

En virtud de esta posibilidad, el juzgador de quien dimana la resolución discutida se aparta del precedente cuando un mismo supuesto (o sustancialmente equivalente) recibe una imputación jurídica diversa a la anteriormente proveída y ello exclusivamente en función de que tal juzgador interpreta la normativa aplicable al mismo de forma diferente a como lo hizo precedentemente, pero no media tal apartamiento cuando partiendo de idéntica interpretación se llega a conclusiones silogísticas disímiles, ya que entonces se trata de un problema de pura irracionalidad decisional y no de igualdad, irracionalidad que alternativamente puede afectar, tanto al precedente en sí (*paliabile pro futuro*, con una resolución diferente a la misma) como al acto veredictivo últimamente dictado (rectificable por la vía del recurso ordinario y, excepcionalmente, en méritos a uno de amparo interpuesto con la finalidad de restablecer el derecho a la tutela efectiva judicial puesto gravemente en entredicho con la adopción de la resolución judicial irrazonable que nos ocupa, pero no mediante la alegación por parte del justiciable del derecho a la igualdad del artículo 14 CE), conclu-

sión a la que llego en aras a la interpretación del propio TC que en su afán de encorsetar la posible entrada en juego del meritado artículo 14 CE siempre conecta su eventual operatividad a un cambio de criterio razonable o irrazonable, trueque que en pura técnica judicial sólo puede acreditar como elemento objetivo racionalizador una eventual interpretación paralogica de las normas, pero no una potencial disimilitud aplicativa de las mismas, aplicación que partiendo de idéntica interpretación sólo puede ser una, sin que el juzgador acredite el más mínimo derecho a imponer un cambio metodológico al respecto, mutación que de producirse sería absolutamente noxológica y encuadrable con exclusividad, por todo lo explicado, en el marco reparador delineado en torno al artículo 24 CE.

El otro de los temas aludidos, de máxima conflictividad al respecto, es el alusivo a la necesidad de que el cambio de criterio se motive o no de forma expresa, tema acerca del cual el TC ha variado ostensiblemente de norte interpretativo, ya que partiendo de una concepción motivacional estricta sobre el particular visibilizada, por ejemplo, en la importante Sentencia (antes dicha) 49/1982, de 14 de julio, en la que se explicaba que "la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en caso sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable".

Así, pues, y en base a este preciso *dictum*, el órgano judicial al variar su precedente no sólo tenía que aludir de forma inequívoca al mismo, sino que con independencia de la fundamentación general que requiere su nueva resolución debía asimismo motivar de forma suficiente el aludido cambio criterial en caso de no hacerlo, su meritada última decisión podía ser oportunamente combatida como vulneratoria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, forma de entender el tema que paulatinamente ha ido decantándose hacia la flexibilización de tal primigenia exigencia motivacional, constituyendo un claro exponente de este escoramiento la STC de 21 de mayo de 1984, en la que empezó a aguararse la aludida obligación motivacional al señalarse que si bien la "manifestación explícita del cambio de criterio constituye el medio más idóneo para asegurar el respeto a los valores constitucionales"... el hecho de que tal motivación no figure de modo expreso en la sentencia no supone necesariamente una vulneración del principio de igualdad establecido en la Constitución. El cambio de criterio y su fundamentación pueden deducirse de la propia

resolución judicial del mismo modo que la reiteración de la nueva fundamentación jurídica por el mismo órgano judicial, en Sentencias posteriores puede poner de manifiesto que el cambio no es fruto de una decisión arbitraria que puede resultar discriminatoria, sino de una opinión consciente, consecuencia de la toma en consideración de nuevos elementos de juicio", discurso producto de la pertinente interpretación operativa proveniente del TC que se ha convertido en moneda corriente en la doctrina de moderna progenie del mismo sobre la materia, adscribiéndose a esta nueva concepción un número ya considerable de Sentencias de entre las que sobresale, por sus pretensiones de globalidad considerativa al efecto, la 49/1985, resolución en la que tras aludir a que no será siempre exigencia constitucional que la resolución judicial enjuiciada formule una fundamentación explícita del cambio criterial objeto de constante alusión, se adujo literalmente que: No parece que sea necesario siquiera en todos los casos que la justificación del cambio de criterio se expresa formalmente, pues lo trascendente para evitar la vulneración del principio de igualdad es la existencia del cambio mismo y no su exteriorización", *praxis* jurisdiccional cuyo *iter* adquiere visos de general beneplácito por parte del TC que continúa insistiendo en su viabilidad y racionalidad en otras Sentencias posteriores, concretamente en la 142, de 23 de octubre y en la 166, de 9 de diciembre, ambas de 1985, resoluciones que impactan de forma directa en esta problemática, señalando la primera de ellas (y tomo las citas del trabajo antes indicado de JOSÉ SUAY RINCÓN) que "No toda ausencia de motivación expresa produce una desigualdad inconstitucional por no razonada o arbitraria, sino tan sólo aquella en la que resulta patente que la diferencia de trato obedece a una deliberada modificación de los criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo", tesis asimismo recibida por la segunda de las Sentencias relacionadas que al efecto pone de relieve que "Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el cambio de criterio en la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial no puede ser arbitrario, sino fundado y motivado. Debe ser también manifiesto, aunque no necesariamente en forma expresa".

Vemos, pues, que la posibilidad de acudir a la motivación implícita ha adquirido carta de naturaleza en la interpretación aportada en este orden de cuestiones por el TC, aunque esta autorización conlleva del propio modo la necesidad de distinguir entre tal tipo de motivación y la pura inadvertencia decisonal al respecto, disyuntiva de la que también se ha ocupado el TC, y continuó así con la recensión jurisprudencial efectuada en su pluricitado trabajo por JOSÉ SUAY RINCÓN, autor que incluye entre muestras jurisdiccionales a traer a colación ahora la ya referenciada Sentencia 166/1985 que en cita literal, que tomo del calendado ensayo, apunta

en cuanto elemento viabilizador de tal tipo motivacional, el que "Puede inferirse con certeza o, al menos con relativa seguridad que el cambio objetivamente perceptible es consciente y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad, como la inadvertencia, quedando bien entendido que, como la naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respecto a ella ese alto grado de certeza evocado", posición decisonal asimismo recogida por la ulterior 48/1987, de 22 de abril, que también en cita literal (que asimismo recojo del meritado trabajo de JOSÉ SUAY RINCÓN) precisa que "Para considerar respetado el principio de igualdad basta, en tales casos, con que la nueva y distinta resolución se haya adoptado reflexivamente por el juzgador, es decir, que por quien aplique el derecho, se tengan en cuenta —para modificarlos en esta hipótesis— sus propios precedentes, de tal forma que la resolución finalmente dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos de modo diverso", tesis que aparece reproducida en la ulterior Sentencia del propio TC 91/1990, de 23 de mayo (y con ello concluyo esta breve recensión jurisprudencial sobre la materia) en la que al respecto se aduce que "Con relación al fondo del asunto, conviene recordar que es doctrina reiterada de este Tribunal que la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación de la ley no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano jurisdiccional quede rígidamente vinculado por sus propios precedentes. Lo que aquellos principios (que se derivan, como se dijo en los artículos 9.2, 14 y 24 CE) exigen es que las diferencias de criterio en la aplicación de la ley no sea fruto de un mero voluntarismo casuístico, sino que resulten de una alteración, justificada y consciente, de la línea jurisprudencial anteriormente seguida. El tratamiento diverso por parte del mismo órgano jurisdiccional de situaciones esencialmente similares vendrá justificado si es resultado de la adopción de nuevos criterios, de eficacia general y de aplicación continuada, en sustitución de los anteriormente mantenidos. Este cambio de criterio podrá manifestarse, bien en forma explícita en la resolución judicial —**expresando** la ruptura con la línea jurisprudencial hasta entonces **seguida**— bien implícitamente, en virtud de los razonamientos que expliquen y justifiquen la decisión, y que muestren los elementos lógicos en que la nueva orientación jurisprudencial se funda".

Tal es, en síntesis, el estado actual de la cuestión, todo ello en base de un discurso jurisdiccional que encaminado a rigidificar en lo posible la eventual aplicación del artículo 14 CE ha venido a introducir una gran complejidad en la concreta operatoria a seguir, dato al que se agregan evidentes dosis de **incertidumbre** toda vez que la distinción a la que hace mérito la doctrina jurisprudencial relacionada en el sentido de diferenciar

las motivaciones implícitas de la simple inadvertencia no está en modo alguno clarificada desde el punto de vista de su concreta aplicación, introduciendo importantes dosis de facticidad a advenir previamente, tema que aparece también conectado con una cuestión de especial relevancia en este orden de cuestiones y que es la referente a la necesidad que ahora se siente, y de la que no existía ni rastro con anterioridad, de que el justiciable que denuncie el tipo de violación del derecho a la igualdad que estamos considerando aporte, además del adecuado término de comparación aludido, algún exponente *ad hoc* de razonabilidad que contribuya a llevar al ánimo del TC la evidencia de lo irrazonable del cambio de criterio operado, hecho, por otra parte, que también complica la posición decisional del TC que se halla abocado a una homologación de tal razonabilidad aún sin contar con la suficiente información al respecto, información a la que contribuye decisivamente la motivación explícita en trance de observación y actualmente desfundamentada, vertiente de funcionalidad sobre el particular de la que se ocupa con especial acierto JOSÉ SUAY RINCÓN en su trabajo antes meritado.

Prosiguiendo con el escrutamiento de esta fértil problemática, tengo que poner de relieve que una vez constatada la existencia de una motivación —**explícita** o **implícita**— determinante del cambio de criterio, su densidad y justeza aseverativa se hurtan, en principio, a cualquier tipo de contraste por parte del TC y ello por propia —y **convencida**— decisión del mismo, siendo a tales efectos sumamente indicativa la STC de 22 de abril de 1987, en la que haciendo reposar su propio sentido decisorio en otra anterior, de fecha 28 de marzo de 1985, se dijo al respecto que "Alegada la vulneración del principio de igualdad ante la ley con base en un cambio de doctrina jurisprudencial, la solidez o debilidad de las razones que motivan el cambio de criterio no puede ser enjuiciada por el TC", tesis mantenida sin fisuras por el Alto Tribunal a lo largo de su consiguiente *praxis* judicatoria y que ha sido criticada por JOSÉ SUAY RINCÓN que en su trabajo indicado, página 878 del libro y tomo que la contiene, sustenta al efecto que "A todo lo anterior (se refiere a la viabilidad de las motivaciones implícitas relacionadas) hay que añadir, además, la insistencia del Tribunal en no entrar a valorar la suficiencia de la motivación del cambio de criterio, lo que obviamente equivale a dar por buena cualquier cosa. Esta doctrina —**inadmisible** en nuestra opinión, porque el mismo cambio puede ser portador de una arbitrariedad en el fondo del asunto que se renuncia *a priori* a controlar— ha ido apareciendo en muchas de las resoluciones a las que ya nos hemos referido. Por citar alguna inédita ahora, valga la STC 30/1987: "Se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato,

sino de determinar tan sólo si existe para la diferente aplicación judicial de la norma ese fundamento".

Sin embargo, y justo es reconocerlo, el TC va asumiendo cada vez con más decisión la necesidad de proceder a la valoración global del juego interpretativo al que se ha atenido al Juez o Tribunal *aquo*, ya que de lo contrario podrían producirse situaciones de ominosa y flagrante irrazonabilidad que no sólo atentaría contra el derecho a la igualdad que estamos analizando, sino también contra el derecho más genérico a la tutela efectiva judicial y todo ello por el simple motivo de que si bien tal interpretación (que presupone la búsqueda y el hallazgo de la regla concreta a aplicar efectivamente al caso controvertido) compete de forma exclusiva y soberana al Juez de Instancia, la misma puede —y debe— ser valorada en el recurso de amparo correspondiente cuando es absurda, irrazonable o arbitraria, siendo de destacar al efecto la instauración de una nueva corriente decisonal en la que el meritado TC irrumpe con fuerza —y cada vez más con intensidad y frecuencia— en la homologación de las condiciones en las que el calendado Tribunal ordinario ha llevado a cabo su derecho (obligación) a la interpretación (y búsqueda de la norma a aplicar), tema en el que ha incidido con insuperable —y anticipador— acierto JAVIER SERRA CALLEJO, el primero, en su número 2.364, de 21 de noviembre de 1989, con el título "La arbitrariedad en la aplicación judicial de la ley. El valor del precedente" y el segundo, en el número 2.408, de 24 de enero de 1990, bajo el rótulo de "El control por el Tribunal Constitucional de la 'irrazonabilidad' de las resoluciones judiciales", diciéndose en el último de ellos, en lo que nos interesa, que "La interpretación de las normas admite un haz extenso de posibilidades y, por supuesto, al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar la elección que —dentro de tales límites— hayan efectuado los órganos judiciales, so pena de convertir el recurso de amparo en una segunda casación. Ahora bien, cuando el razonamiento del Tribunal ordinario, aunque aparezca explícito, es claramente ilógico e insostenible, cuando se traspasa la barrera de la "razonabilidad", existe, en mi opinión, un comportamiento arbitrario que atenta contra el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución", atentado, puntualizo yo, que se extiende, en virtud de la doctrina del TC, al derecho de igualdad en la aplicación de la Ley de Conformidad con la beligerancia que al mismo atribuye el propio TC y cuyo contraste por parte del TC ha sido vigorosamente reivindicado en dos recientes Sentencias del mismo, ambas de 1989, las 128, de 17 de julio, y la 159, de 6 de octubre, resoluciones comentadas en el último de los trabajos dichos y en las que se pone en evidencia la certeza de la tesis que sostiene el meritado autor, de quien recojo, como compendio de la argumentación procedente del TC al efecto, la siguiente cita (resultante de la última de las resoluciones indicadas) texto contenido en

el segundo de sus trabajos sobre la materia en el que se lee literalmente que "La Sentencia parte de la doctrina tradicional del Tribunal acerca de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva '**mediante** la obtención de una respuesta judicial motivada sobre el fondo de la cuestión litigiosa' y la improcedencia de revisar en el ámbito del recurso de amparo 'el acierto técnico de la decisión o su conformidad a las pretensiones de la parte'. Pero advierte inmediatamente que '**la** anterior premisa, cierta en términos generales, se complementa (...) con la necesidad de que los pronunciamientos judiciales se encuentren razonados en derecho y no sean, por tanto, arbitrarios o infundados. Ello permite que este Tribunal pueda, y aún deba, examinar aquella motivación **de** las resoluciones judiciales a fin de verificar no sólo su mera existencia, sino también su carencia de arbitrariedad o su irrazonabilidad'. En definitiva, '**no** es suficiente, pues con la consignación en el pronunciamiento judicial de unos razonamientos tildados de '**jurídicos**', si su lectura o examen ponen de manifiesto posteriormente que éstos son contradictorios, irrazonables o carecen de un sentido lógico' (FJ 6.º)".

Tal es, compendiosamente, el discurso jurisdiccional que se va imponiendo y que determina en sede de lo que estamos explicando que cuando la resolución irrazonable debidamente enjuiciada por el TC diverja de otros precedentes del propio órgano judicial aplicador, el justiciable pueda postular en amparo no sólo en base al artículo 14 CE, sino también en méritos del artículo 24 del propio texto constitucional. Por el contrario, cuando el juzgador ordinario de que se trate no acredite en su historiografía jurisdiccional otras resoluciones contradictorias con la denunciada por ilógica y/o irracional, entonces el aludido justiciable sólo podrá hacer uso de su facultad de denunciar la hipotética violación de su derecho a la tutela efectiva judicial, pudiendo en tal caso fundar la denuncia no sólo en la propia estolidez o absurdidad decisional del texto denunciado, sino también en la existencia de otras resoluciones contradictorias con el mismo precedente de distintos órganos judiciales.

Ni que decir tiene que con el atenuamiento a *esta praxis* enjuiciadora, el TC va arropándose de competencias cada vez más engrosadas, pero ello no es sino una consecuencia de su posicionamiento en el cosmos constitucional, arropamiento que se traduce en el hecho de que también cada vez con más vigor el aludido Tribunal va asumiendo el papel —que de vez en cuando el mismo rechaza con énfasis puramente **semiótico**— de un auténtico Tribunal de super casación-apelación situado en la cúspide del entramado jurisdiccional, metodología de geometría variable de ya general vigencia siendo así que tanto en el área de la adverbación probatoria de los hechos, como en la netamente subsuntiva, y ahora también en la interpretativa y motivacional, el TC, en defensa del derecho a la tutela efectiva

judicial (en sus diversas alternativas civiles y penales) se constituye en el último baluarte del que puede hacer uso el justiciable perjudicado, fortín cuya robustez y polivalencia ha ganado una buena porción de quilates en la última jurisprudencia proveniente del meritorio Tribunal, engrosamiento de gramaje tuitivo que se observa con facilidad si tenemos en cuenta que en lo tocante a la aludida tarea interpretativa del Tribunal de Instancia, la labor de homologación que éste puede desplegar al efecto abarca incluso a la tarea selectiva de la normativa directamente aplicable al caso debatido, aspecto que se constituyó en una de las facetas a analizar en la STC 90/1990, de 23 de mayo, en la que, entre otras cosas, se denunció la errónea actuación del Tribunal Ordinario en cuanto a la concreta identificación de la preceptiva a tener en cuenta para la solución jurídica del caso materia de la *litis*, denuncia que si bien no prosperó *ad casum* en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto discutido, si que permitió al TC hacer especial hincapié en una serie de consideraciones de largo alcance al respecto al atraer para sí la competencia en orden a la verificación y sopesamiento de las condiciones de tal elección, asunción de habilidades al efecto, hasta entonces titularizadas en exclusiva por la jurisdicción ordinaria, que deviene perfectamente materializada en el Fundamento jurídico 4.º ("Rechazada la anterior objeción ha de analizarse ahora si la Sentencia impugnada ha infringido el art. 24.1 de la Constitución al aplicar el Real Decreto 2705/1981 y no el Real Decreto 2705/1981"). Para lo cual ha de partirse de la doctrina de este Tribunal pertinente al caso. Doctrina que se sustenta en la afirmación de que el problema de "cual sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que no corresponde resolver a este Tribunal" (STC 211/1988, Fundamento jurídico 2.º, entre otros), en tanto que "la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 de la Constitución (STC 178/1988, Fundamento jurídico 2.º, igualmente entre otras). Es pues, facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido y cuál o cuáles son las normas derogadas. Determinación que podrá constituir vulneración de la legalidad ordinaria, pero no lesión de la Constitución. El control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (STC 23/1987, Fundamento jurídico 3.º) o ha sido fruto de un error patente; si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), por ejemplo, no aplicando directamente una ley

postconstitucional por entenderla incompatible con la Norma fundamental sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, Fundamento jurídico 1.º); o en fin, si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto de la tutela efectiva judicial e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo (STC 50/1984, Fundamento jurídico 3.º; ATC 254/1982)” de dicha Sentencia, resolución suficientemente expresiva en cuanto que de la misma resulta una auténtica —y ciertamente **densificada**— batería de supuestos en los que tal selección puede ser controlada por la vía del recurso de amparo, supuestos en los que —y ello es el común denominador de todos— se produce una manifiesta erroneidad en el hallazgo de la norma o un grave perjuicio como consecuencia de tal hallazgo preceptivo desnortado, erroneidad ostensible o causación de perjuicio grave que se constituye en el elemento clave y moderador a tener en cuenta en este orden de realidades porque lo que también resulta evidente es que una generalización de las posibilidades anulatorias de las Sentencias de Instancia que la Constitución pone en manos del TC provocaría una verdadera revolución jurisdiccional, siendo éste el único motivo por el que tal órgano hace uso de sus amplísimos y soberanos poderes al respecto sólo cuando se encuentre frente a supuestos materializadores de *leading cases*, o si se quiere, frente a hipótesis en las que la incongruencia decisoria, irrazonabilidad normativo-aplicativa o la magnitud de los eventuales defectos probatorios revistan caracteres de verdadero escándalo por su esencialidad, hurtándose a tales alternativas anulatorias la denuncia constitucional de aquellas resoluciones de instancia cuyas potenciales tasas de irracionalidad e incongruencia o cuyas deficiencias probatorias no se adornen del calificativo de superlativas, tesis que es la que aparece clara por lo tocante a la mencionada congruencia e hilación de dichas resoluciones en la reciente Sentencia del TC 1/1991, de 14 de enero, en la que se media sobre el particular que “El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o respecto de ella puedan formularse reparos, pues no corresponde al TC, que no es una tercera instancia y órgano revisor que tenga que efectuar el control de mera legalidad, rectificar errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas en la interpretación y aplicación de normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el artículo 117.3 CE salvo que al hacerlo violen alguna garantía constitucional.

Vemos, pues, la importancia que acredita la aplicación del test de razonabilidad al respecto, siendo de destacar ahora que el justiciable infl-

gido por un trato discriminatorio producto de una decisión motivada explícita o implícitamente por el Juez o Tribunal Ordinario, puede plantear el pertinente recurso de amparo delimitando alternativamente su objeto procesal bien a base de invocar la consiguiente infracción de su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley o bien aduciendo la conculcación en su perjuicio del derecho a la tutela efectiva judicial, dilema de factible protagonismo de cuya virtualidad se ocupó por vez primera su Sentencia 204/1990, de 23 de mayo, en la que en directa atinencia al tema suscitado y a la imprescindibilidad de agotar la vía judicial al respecto se sostuvo que:

"La recurrente estima que tal disparidad de criterios (la denunciada en el recurso de amparo en cuestión) resulta arbitraria y causa inseguridad jurídica vulnerando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. El Ministerio Fiscal manifiesta al respecto que el derecho constitucional efectivamente vulnerado sería el que resulta del artículo 14 CE, que impone a los Jueces la igualdad en la aplicación de la ley. Ahora bien, y aún cuando hubiera resultado técnicamente más precisa la invocación del artículo 14 CE como fundamento constitucional de la demanda de amparo, no cabe estimar incorrecta la invocación al respecto del artículo 24 CE. Este Tribunal ha basado repetidamente su censura a la aplicación desigual de la ley por los órganos judiciales en casos esencialmente idénticos, en cuanto supusiera, por injustificada, una actuación contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 de la Constitución (por todas, STC 63/1984, Fundamento jurídico 4.º). Y, ciertamente, una actuación manifiestamente arbitraria por **injustificadamente** desigual de un órgano jurisdiccional implica una denegación de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE. En cuanto a la desigualdad de trato, pues, supone arbitrariedad manifiesta por parte del órgano judicial, cabe aducir, como base del amparo que se solicita, tanto el art. 14 como (así, en este caso) el art. 24 CE, en su dimensión de garantía de la tutela judicial efectiva", discurso de muy profundo calado en cuanto arbitrador de principios rectores decisivos en este orden de magnitudes, tesis que ha sido reiterada en la ulterior Sentencia del propio TC 204/1990, de 13 de diciembre, resolución a la que antes hicimos referencia cuando aludimos a la necesidad de interponer el recurso extraordinario de revisión como medio para entender apurada la vía judicial ordinaria y poder acceder en su caso al postrer patrocinio garantista del TC.

6. ESPECIAL ALUSIÓN AL PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO

A) *Idea general*

De conformidad con lo que antes explicamos, el principio que estamos viendo no constituye una manifestación concreta del derecho abstracto a la igualdad, derecho que se agota en realidad en las dos manifestaciones antes dichas, sino y a lo sumo una especial cualificación de ellas, cuando el elemento diferenciador utilizado para la vulneración del mismo se adorna de una faz especialmente repulsiva por atentar de forma directa contra el derecho a la dignidad del injustamente desigualado.

Ello alegado, lo que se plantea es hasta dónde alcanza la posibilidad de denunciar la discriminación sufrida en su calidad de desigualdad cualificada, alternativa cuya practicidad llevada hasta sus últimas consecuencias sí que puede hacer aflorar una variante especial del derecho objeto de debate en su congruente enfoque jurisdiccional, tema que en relación con nuestro ordenamiento constitucional tiene que examinarse a la luz de la refundición que el principio antidiscriminatorio ha experimentado con el derecho a la igualdad "normal" en cuanto potencialidad debidamente destilada por el artículo 14 CE, refundición que cuenta con el autorizado antecedente del Derecho italiano, pero que no implica *una praxis* a seguir forzosamente siendo perfectamente admisible la regulación en dos preceptos diferentes del calendado derecho a la igualdad "común" y de aquél que en su vertiente negativa conecta con la prohibición material de análisis, prohibición en realidad, cuyo único destinatario es el correspondiente hacedor de normas o aplicador del derecho que bajo ningún concepto puede incidir en **comportamientos** jurisdiccionales o jurisdiccionales discriminatorios, ya que si así hiciere el derecho a la igualdad titularizado por cualquier español resultaría especialmente lesionado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la conmixtión que se ha operado en este orden de cuestiones por la vía del artículo 14 CE, el tratamiento de esta especial —por odiosa— desigualdad ilegítima, eventualmente impuesta por el susodicho hacedor de normas o aplicador del derecho, ha quedado desvaído en gran medida y ello ha sucedido en primer término porque en apelación a una hermeneusis unitaria del artículo 14 CE, el TC ha considerado que cualquier desigualdad irrazonable, sea cual fuere el criterio diferencial utilizado, es constitutiva de un acto discriminatorio, discurso que iniciado a través de la STC, de 10 de noviembre de 1981, ha trascendido sin fisuras a un número considerable de decisiones posteriores (ver las SSTC 99/1983, 1, 87, 93 y 99, todas de 1984; 20, 26 y 72, las tres de 1985, etc.), desvaimiento que también acredita como importante veta productiva la circunstancia de que toda denuncia de desigualdad discrimi-

natoria (por haberse utilizado como elemento diferencial alguno de los criterios de especial ominosidad y repelencia relacionada por el artículo 14 CE *in fine*) ha sido sometido al banco de pruebas común aplicándosele los tests de razonabilidad y proporcionalidad antes expuestos, dato que ha provocado una pérdida de sustancia considerable, a efectos de la logística defensiva a utilizar, de la interdicción discriminativa recogida por el pluricitado artículo 14 CE, efecto peyorativo para la misma a la que no es ajeno el propio redactor del meritado precepto que mixtificó con su comportamiento legisfehaciente el posible vigor resultante de la instrumentación de la prohibición debatida, mixtificación que vino de la mano de añadir a lo que debería haber sido una relación cerrada de criterios desparificadores particularmente repugnantes la fórmula de "cualquier otra condición o circunstancia, personal o social", enunciación que tendió un puente de muy estimables proporciones entre la desigualdad "irrazonable" común y la desigualdad propiamente discriminatoria.

Todavía quedaba la posibilidad de que el calendado allegamiento jurisdiccional entre un tipo de desparificación injusta y otro pudiere desequilibrarse en beneficio del discriminado, cosa que hubiera sucedido a base de potenciar la necesidad de que el legislador justificase en debida forma la razonabilidad de su quehacer normativo cuando utilizase como base de la desigualdad imputación jurídica que impusiese alguno de los criterios tildados como discriminatorios por el artículo 14 CE, provocando así no sólo un mayor control sobre la razonabilidad del mismo, sino también un desplazamiento de la carga de la prueba.

De todos modos, lo cierto es que tampoco esta línea jurisdiccional recibió consagración alguna y el TC se debatió en un océano de incertidumbres acerca de las relaciones que deben mediar entre el principio antidiscriminatorio y el derecho a la igualdad, binomio que lo máximo que provoca son determinadas aseveraciones deificas por parte de dicho Tribunal sin grandes repercusiones prácticas.

Concluyo este punto poniendo de relieve que teniendo este libro como objetivo básico ofrece una visión de conjunto de las categorías que nos sirven de referente indispensable para el tratamiento analítico de la extranjería, efectuar un estudio exhaustivo de los diferentes criterios de exclusión relacionados por el artículo 14 CE resultaría ahora totalmente descontextualizado, debiéndose consultar al efecto los libros que se ocupan monográficamente de esta materia, de entre los que sobresalen por sus dimensiones alegacionales el antes indicado de MIGUEL RODRÍGUEZ PINERO y M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ.

En cualquier caso, al abordar directamente la inserción del extranjero en el seno del derecho a la igualdad ya tendré ocasión de referirme al tema en estricta relación con el mismo, así como a la influencia que la normativa

comunitaria ejerce en esta sede, alusión que acontecerá en la última porción de este trabajo y que siempre partirá de la base de que el meritado extranjero, aún acreditando derecho a ser tratado igualmente y a no ser, consecuentemente, discriminado, no es titular de las potencialidades alojadas bajo la frazada constitucional del artículo 14 CE.

7. EL EXTRANJERO Y EL DERECHO A LA IGUALDAD

A) *Idea general*

Tras el conjunto de observaciones que han antecedido, afrontamos directamente la parte de este ensayo en la que vamos a evidenciar el engarce que media entre la posición jurídica del extranjero ubicado en España y el derecho a la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, enlace que puede entenderse en un sentido amplio y otro estricto, abrazando el primero de ellos cuestiones tan **complejas** como si es factible un trato desigual que favorezca, general o puntualmente, a los extranjeros en relación con los propios nacionales del Estado huésped, tema al que hemos hecho cabal alusión en otros pasajes de esta obra.

A su vez, el sentido estricto que vamos a analizar de inmediato puede examinarse bien en relación con el estudio de la posición jurídica del extranjero, considerada a la luz del derecho a la igualdad en su eventual cotejo con la del español, o bien centrado exclusivamente esta problemática en torno al parangón que cabe establecer entre extranjeros, dualidad de posibilidades cuya especulación acaecerá en el curso de estas reflexiones.

Tras este previo delineamiento expositivo paso ya al estudio concreto de los interrogantes que se plantean al respecto, refiriéndome en primer lugar a la igualdad que quepa exigir (o dispensar) entre españoles y extranjeros y haciendo lo propio en el segundo, pero sólo en la eventual comparación de unos extranjeros con otros, análisis en el que tendrá acusado protagonismo la teoría general que sobre la materia resulta destilada por la STC de 23 de noviembre de 1984, a la que nos hemos referido profusamente en las páginas precedentes.

B) *Igualdad entre españoles y extranjeros*

a) *Idea general*

En méritos a un atendimento de la misma de carácter general y abstracto que afectase a ambas categorías de sujetos, no sería legítimo instrumentar un trato jurídico desequilibrador en cuanto a la tenencia disfrute

o ablación de un derecho o respecto al sometimiento de una obligación por el mero hecho de que el titular de tal derecho o el gravado por tal obligación fuese nacional o extranjero, debiendo existir en todo caso una justificación objetiva y razonable legitimadora de la desnivelación instaurada, siendo del propio modo rechazable una desaparición en el trato recibido en la aplicación (judicial o administrativa) de la ley asentada exclusivamente en la disimilitud personal dicha, aludiendo de esta guisa a las dos manifestaciones clásicas de igualdad en la ley en la aplicación de la ley.

Sobre la base de este entendimiento general del referente que va a constituirse en el catalizador al respecto, voy a distinguir cada una de las manifestaciones dichas, diferenciando en la primera de ellas (la de la igualdad en la ley) según que el derecho pluralmente conferible a los extranjeros y españoles fuese uno de tipología constitucional o, por el contrario, no acreditare tal condición y diferenciando en la hipótesis de igualdad en la aplicación de la ley la hipótesis administrativa y la netamente jurisdiccional.

b) *En la ley*

Esta alternativa del derecho a la igualdad que impide el establecimiento de diferencias preceptuales para supuestos de hechos idénticos en todos sus matices o parejos en lo fundamental, aún divergiendo en lo accesorio, salvo que el criterio diferencial disponga de una causa objetiva y razonable, acredita como fuente ordinamental de primer orden, del propio modo que la otra variante a la que luego nos referiremos, el artículo 14 CE objeto de persistente alusión a lo largo de estas páginas, precepto que viene a autonomizar y dotar de nervio constitucional al derecho abstracto e instrumental a la igualdad (siendo su complemento el artículo 10.1 de la propia CE en cuanto reconocedor del principio de dignidad y todos aquellos preceptos que establecen fórmulas de imputación de alcance globalizado e impersonal, fuente a las que hemos hecho también alusión, así como a su significado, en otros pasajes de este libro), artículo que en base a su propia enunciación subjetivadora, concebida exclusivamente en favor de los españoles, no puede ser de aplicación a los extranjeros, exclusión asentada en toda la serie de consideraciones que hemos expuesto en el capítulo I de este libro cuando enfocamos en concreto —y de forma monográfica— el sistema seguido por el CE en cuanto a la atribución de derechos constitucionales a los extranjeros por la vía de su artículo 13.1, exclusión por otra parte, marchamada por el TC en su carácter de intérprete y custodio supremo de la Constitución que en su pluricitada Senten-

cia de 23 de noviembre de 1984, al conocer de una presunta violación del calendado artículo, sentó literalmente en el apartado primero de su F. J. tercero que "Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a 'los españoles'. Son éstos quienes de conformidad con el texto constitucional, 'son iguales ante la ley' y no existe prescripción ninguna que extienda la igualdad a los extranjeros", premisa cuyo rezo sobre el particular no puede ser más claro, derivándose del mismo en primer término que los extranjeros no pueden prevalerse del *dictum* del artículo 14 CE en ninguna de las variantes de tuición integrantes de su dispositivo jurídico protectoral y en segundo lugar que el derecho a la igualdad que en su caso titularicen por lo tocante a la variante del mismo que estamos debatiendo tiene que acreditar otras fuentes de gestación, fuentes, por otra parte, de búsqueda imprescindible y a las que implícitamente se refiere el propio TC cuando, tras sentar su tajante afirmación de que el artículo 14 no es de aplicación a los extranjeros, afirma también que "La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles esté constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España", razonamiento que centrando adecuadamente el problema reenvía la génesis del eventual derecho a la igualdad de los extranjeros a otras *ratios* constitucionales que unas veces acreditan un soporte muy general y otras un asidero rigurosamente individualizado, materializando el primero de los aludidos reclamos el ya indicado artículo 10.1 de la CE, en su consideración de positivador del principio de la dignidad, criterio que se constituye en fuente primaria de un principio de igualdad de corte muy general y multivalente y aludiendo a las segundas todos aquellos preceptos que anudan el indicado derecho a la igualdad al tema de la configuración subjetiva que quepa ofertar respecto a cada uno de los derechos considerados en su estricta mismidad, todo ello con independencia del propio vigor normativo de la Sentencia pluralizada y del alcance internizado que tienen en nuestro derecho interno los proveimientos que sobre el particular resultan extraíbles de los Instrumentos Internacionales objetivadores de los Derechos Humanos y a los que nos hemos referido con anterioridad en estas mismas páginas.

Dicho ello, vamos a diversificar el estudio de esta cuestión distinguien-

do entre derechos constitucionales y ordinarios en cuanto plural y convergentemente titularizados por españoles y extranjeros, dicotomía de efectiva agencia que es el constituyente del referente fundamental para saber cual es la tasa o dosis de igualdad en la ley que puede requerirse en la regulación de los mismos según que su tenencia y disfrute pertenezca a un nacional o a un no nacional.

aa) *Respecto a los derechos constitucionales.*—De conformidad con lo propuesto por la fórmula atributiva recogida por el artículo 13 CE, interpretada a la luz que sobre su sentido fue arrojada por las SSTC 107/1984 y 115/1987, los derechos pormenorizados en la CE y que se disciernen a los extranjeros son de dos clases: los que por su carácter esencial no permiten ningún tipo de diferenciación regulativa en méritos de la nacionalidad o extranjería de su concreto titular y los que por su carácter menos trascendente admiten tal disimilitud, si bien el potencial de diferenciación introducible al efecto acredita como límite infranqueable el correspondiente *standard* constitucional, siendo evidente que respecto a los derechos primeramente mencionados, no resulta factible introducir la extranjería de su eventual detentador como un elemento que permitiere una legítima regulación separada, teoría a la que alude de forma precisa la Sentencia del TC 107/1984, al sentar, en lo que nos interesa (y tras poner de relieve el carácter de derechos de conformación legal de que se apoderan los conferidos a los extranjeros), que "Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de ellos en relación a los españoles".

Así, pues, en méritos a esta expresa aseveración interpretativa, que acredita valor normativo de conformidad con el régimen que lidera la actuación del TC, los extranjeros acreditan un derecho a la igualdad instrumental, absoluto y abstracto, en relación con los derechos fundamentales de la persona humana, derecho constitucionalizado en favor de los mismos en méritos del pasaje resolutorio que acabamos de transcribir, porción decisoria que sanciona la absolutividad aludida en función de que

bajo ningún pretexto sería legítima la introducción para la pesquisa y hallazgo de una razón seria y objetiva permitiente del trato diferencial eventualmente instrumentado por alguna norma doméstica, derecho general a la igualdad en este orden de cosas que se solapa al que del propio modo resulta de aquellos preceptos constitucionales que al positivizar los derechos absolutos a los que venimos aludiendo hacen uso de las consabidas fórmulas de imputación ya conocidas ("Todas las personas", "Todos", "Nadie", etc.) y cuya hipotética vulneración resulta perfectamente residenciable ante las pertinentes instancias constitucionales de tuición, derecho, pues, de plasmación jurisdiccional y que acredita como tentáculos básicos el pluricitado artículo 10.1 y aquellas normas que desde instancias internacionales se ocupan de la materia (y que nosotros hemos analizado precedentemente).

Ahora bien, dentro del grupo de derechos constitucionales que por la vía del artículo 13.1 de la CE les son otorgados a los extranjeros ubicados en España existen otros distintos de los que acabamos de mencionar, que si bien no disponen de la vitola de ultraesenciales para el pleno desarrollo de la dignidad humana no pueden recibir —en cuanto integrados en el tejido de la CE— una configuración que no respete el techo constitucional, si bien, y teniendo en cuenta su menor vigor óptico, resulta legítimo instrumentar su regulación de forma distinta según que su titular sea un nacional o un extranjero, tesis a la que alude inequívocamente, por lo menos en relación con alguno de sus componentes considerativos, el TC en su Sentencia de 23 de noviembre de 1984, al señalar que "Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento de definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en idéntica relación con el dato relevante", cuestión que en su enlace con el derecho abstracto a la igualdad en la ley que estamos viendo determina el que el mismo no opere en este orden de magnitudes, inoperatividad de rasgos absolutos y en los que la introducción del factor nacional no requiere justificación de ningún tipo, presumiéndose, *iuris et de iure*, que su vigencia acredita una causa objetiva y razonable en cuanto legitimador de la desaparición introducida en la norma, no cabiendo, por tanto, ninguna posibilidad de indagatoria al efecto.

Así, pues, en el contexto de los derechos constitucionales no esenciales (por ejemplo, los de reunión, asociación y manifestación), resulta factible imponer una regulación distanciada de los mismos en razón de la concreta

ciudadanía nacional o extranjera de su titular, a diferencia de lo que sucede con los hiperbásicos, de conformidad con lo que acabamos de evidenciar en las líneas precedentes, aunque focalizando la cuestión desde posicionamientos especulativos amplios, cabría vislumbrar alguna manifestación concreta del principio de igualdad en la ley en este ámbito, y es la de que, aún situándose en distintos niveles de dimensión fructuaria, los derechos insertos en la CE conferidos a los españoles y extranjeros deben medirse por el mismo rasero constitucional sin que la configuración que resulte legítimo aportar a los de estos últimos, aún siendo diferente de la de los primeros, puede descender del umbral constitucional exigido por la CE.

En vista de ello, podemos concluir el análisis de esta temática extrayendo dos conclusiones cardinales: a) En sede de los derechos constitucionales no hiperbásicos los extranjeros no pueden prevalerse de ningún derecho a la igualdad de la ley de concepción similar a la prevista por el artículo 14 CE; b) Sin embargo, si que resultan protegidos por una manifestación amplia de tal premisa igualitaria y que es la que materializa en la idea de que el impulso de la desigualdad admisible en este orden de cosas no puede llegar a desnaturalizar la constitucionalidad del derecho sobre el que se proyecte, tema tratado en relación con los de reunión, manifestación y asociación por la STC 115/1987, objeto de cabal comentario en otros pasajes de este libro.

ab) *Respecto a los derechos no constitucionales.*—Continuando en este mismo orden de magnitudes expositivas, y siempre en relación con el tema crucial que nos ocupa, tengo que poner de relieve que el caudal de capacitación del extranjero oportunamente ubicado en España no se agota con la tenencia por parte del mismo de los derechos constitucionales a los que en su manifestación dual nos hemos referido precedentemente (es decir, los ultraesenciales y los simplemente esenciales), sino que también tal sujeto de derecho deviene asignatario de los que le sean resignados por la legislación ordinaria, atribución de derechos que del propio modo debe ser contrastada desde el punto de vista de la igualdad en la ley, homologación que nos conduce a la tesis de que tampoco en tal supuesto los extranjeros acreditan ningún derecho a la igualdad de concepción globalizadora similar a la propugnada por el artículo 14 CE y ello porque la doctrina del TC, incorporada a la S. de 23 de noviembre de 1984, así lo ha decidido, al imponer una especie de igualdad *ad casum*, por derecho concreto y singular, y no de perfiles universales, doctrina que entre otras cosas, viene a desactivar una eventual interpretación potenciadora de las enunciaciones que sobre la igualdad, en su versión más general, se contienen en los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos, y a las que ya nos hemos referido.

Así, pues, en el caso de los derechos no constitucionales de los extranjeros (sean o no de esta tipología para los españoles) el allegamiento o desallegamiento que pudiere imponerse según que su disfrute compete a los nacionales o a los no nacionales es de estricta instrumentación (*ad casum*) legal, circunstancia que imposibilita el hablar de igualdad en la ley en este orden de cosas, tesis que encuentra su apoyo en el indubitado discurso del TC al respecto proveniente de la Sentencia últimamente explicitada y que sienta *ad literis* que "El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos, y más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio".

Vemos, pues, que tratándose de los derechos de creación legal (no constitucional) o convencional a los que alude la última parte del pasaje decisorio que acabamos de transcribir, único que nos interesa ahora, los extranjeros no pueden argüir ningún principio de igualdad en la ley, sino que será el propio texto legal (ordinario) creador de los mismos (o el trato, en su caso) el que determine qué grado de parificación o desparificación debe mediar en cada caso por lo tocante al disfrute del derecho en cuestión según que su concreto detentador sea extranjero o español, sin que tal legislador (ordinario) deba preocuparse lo más mínimo en motivar de forma objetiva y razonable su decisión separadora entre unos y otros, fundamentación a cuya necesidad en modo alguno alude tal pasaje, que se constituye en la fuente normativa primordial del derecho absoluto a la desigualdad normativa a utilizar en su caso por los titulares de poder legisfahaciente (ordinario) o convencional del Estado.

En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que el único factor diferencial de introducción legítima en este contexto de jurisdicción ordinaria es el de la nacionalidad y ningún otro, con lo que la eventual utilización de otros motivos distintos de diferenciación tales como la raza, sexo, etc., podrían perfectamente encajar en el ámbito de tutela antidiscriminatoria del que puede hacer uso el extranjero discriminado, dispositivo de posibilidades de tuición que le es ofertado no por el artículo 14 CE, que en su globalidad queda **sustraído** de la esfera jurídica del no nacional, sino por todos aquellos que desde concretas logísticas internacionales de tutela de los Derechos Humanos se encargan de establecer en su engranaje operativo estrategias antidiscriminatorias, mecanismos protectorales a los que

con anterioridad nos hemos referido, dispositivos, sin embargo, de eficacia menguada en el ordenamiento interno dada la imposibilidad de que los mismos permitan acceder —en la hipótesis de su infracción— a las instancias jurisdiccionales de naturaleza constitucional.

c) *Igualdad en la ley entre extranjeros*

En este supuesto, y partiendo del hecho anteriormente advertido de que el artículo 14 CE no es de aplicación en ningún caso cuando se trate del hipotético parangón normativo de los extranjeros con los españoles, tampoco lo es, y ello con mayor razón, cuando se trate de eventuales comparaciones entre extranjeros, circunstancia que determina que la potencial igualdad que sea propugnable entre los mismos acredite otras fuentes de legitimación, fuentes que son tanto de orden interno (el principio de dignidad al que se refiere el artículo 10.1 CE) y de orden internacional, aludiendo así a aquellos preceptos que consignados en los Instrumentos Internacionales interestatales oportunamente positivadores de los Derechos Humanos se ocupan de esta cuestión (y a los que con anterioridad nos hemos referido), siendo de destacar acerca de este punto que la fundamental teoría que sobre la materia emerge de la STC de 23 de noviembre de 1984, y a la que hemos aludido con profusión en las páginas anteriores dado su incuestionable valor al respecto, tampoco deviene de aplicación al supuesto que nos ocupa, dado que la misma enroca su meollo epistemológico en el circunscrito contexto del eventual cotejo de los españoles y extranjeros y no cuando éste opera con exclusividad entre estos solos.

Tras este apunte normológico acerca de las fuentes germinadoras del derecho a la igualdad en la ley de los extranjeros ubicados en España, lo que es evidente es que su impacto sobre la normativa que les atina ha sido más bien magro porque si en algo se caracteriza la preceptiva sobre la extranjería es en el acuñamiento de un verdadero caleidoscopio ordinamental en relación con la diversidad de trato de unas categorías de extranjeros y otras, aunque en honor de la verdad el mismo sólo se proyecta sobre los derechos no constitucionales y en concreto —y básicamente— sobre los derechos de ingreso y estancia, facultades **agenciales** de deambulación y aposentamiento territorial objeto de una regulación ordinamental diversificadora a conciencia, ya que un mismo supuesto fáctico —el de la entrada y permanencia en España de un **extranjero**— recibe un caudal de imputación jurídica absolutamente divergente, diferencia generalmente impuesta por lo tocante a la entrada por vía convencional y en lo que respecta a la estancia, por ésta y por la estrictamente doméstica.

En cualquier caso, y aplicando la teoría general sobre la materia pro-

cedente del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (teoría plenamente aquiescida por nuestro TC, tal como hemos dejado ya reseñado precedentemente) la aludida diferencia de trato normativo resulta legítima siempre que se funde en criterios objetivos y razonables, criterios que se materializan en las causas de preferencia que adornan a los extranjeros con potencialidades jurídicas incentivadas, circunstancia que determina la legitimidad del proceder legisfehaciente diferenciador al que acabamos de hacer alusión, aunque es de tener en cuenta que tal legitimidad resultaría bastante más discutible si la pluricitada desequiparación normativa se hiciere valer en sede de los derechos fundamentales.

Continuando con el desbrozamiento de esta temática tengo que puntualizar que dentro de cada categoría preceptiva "preferente" sí que debe actuar con todo rigor las exigencias de trato igualitario que en obsequio a las fuentes del mismo antes referidas impiden cualquier comportamiento normativo discriminador, siendo al efecto **resaltable** el dato de que con ocasión de la publicación del Reglamento de la LOE se ha planteado con toda su crudeza el tema, ya que en principio parece que el hacedor del mismo no ha respetado tal principio en relación con los extranjeros iberoamericanos, ya que al ofrecer sus servicios ejecutivos y de intermediación respecto a la normativa legal conferidora de privilegios en este orden de cosas (consignada en el artículo 18 del texto preceptivo dicho) tal hacedor de jurisdicción reglamentaria ha omitido la meritada categoría de extranjeros, hurtándoles del goce de determinados privilegios efectivamente conferidos a otras (categorías) asimismo relacionadas en dicho precepto, rompiendo así la paridad subjetiva impuesta por el indicado artículo 18 de la LOE e infringiendo no sólo el principio de legalidad, sino también el de igualdad tal como aparece concebido por las fuentes antes evidenciadas, tema que recientemente ha sido objeto del pertinente debate jurisdiccional materializado en la STS de 25 de febrero de 1991, resolución en la que con motivo de depurarse la legalidad de una Sentencia de Instancia confirmadora de una denegatoria administrativa de una petición de permiso de trabajo deducida por la empleante de una subdita de la República Dominicana, alegándose por las Autoridades competentes que la situación nacional de empleo no aconsejaba su conferimiento, se decantaron, en lo tocante al punto de las preferencias antes dichas, dos posiciones antinómicas: la prevalenciente —en cuanto **mayoritaria**— y la sustentada por un magistrado discrepante, aduciéndose literalmente en la tesis que prosperó, en lo que nos interesa peculiarmente, que "Alega la apelante que aunque la concesión o no de los permisos de trabajo y residencia forme parte del contenido de la actividad discrecional de la Administración, en un estado de derecho la potestad administrativa, incluso la de este tipo está reglada y sujeta a la supremacía de la ley; pero en el presente caso el uso de la

potestad administrativa se ha ajustado a las previsiones de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, cuyo art. 18 dispone que en la concesión del permiso de trabajo se tendrá en cuenta como circunstancia la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante, y a lo que expresamente dispone el art. 37.4 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, que impone preceptivamente la denegación del permiso cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral, dejando a salvo lo previsto en el art. 38 del propio Reglamento, precepto este que contempla situaciones preferenciales para la concesión del permiso "sin considerar la situación nacional de empleo", pero entre las que no figura la de ser subdito de país iberoamericano. A tal efecto, es preciso puntualizar que el régimen preferencial diseñado en el art. 18.3 de la expresada Ley Orgánica es objeto de desarrollo en el capítulo tercero de su Reglamento, tanto en el art. 38 a propósito de la concesión del permiso de trabajo B, en favor de los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos relacionados en su apartado 1, en lo que así interesa, que son los únicos en los que no puede tomarse en consideración la situación nacional de empleo, como en el art. 39, en cuyo apartado 2 se contempla, entre otros, a los nacionales de países iberoamericanos para reducir a dos años el plazo ordinario exigido en el apartado 2.a) de este mismo artículo para la obtención del permiso de trabajo C. Esta regulación reglamentaria, que viene a desarrollar el art. 18.3 de la Ley Orgánica 7/85 a modo de complemento indispensable para la operatividad del régimen preferencial diseñado en líneas generales en este precepto legal, encuentra apoyo en la habilitación otorgada al Gobierno en la disposición final primera de dicha Ley, en relación con lo que se dispone al efecto en el art. 19.3 de la misma, para determinar reglamentariamente el alcance de las preferencias que deben otorgarse según lo establecido en el referido art. 18, de todo lo cual resulta que el legislador se ha limitado a definir los supuestos preferenciales para la obtención y, en su caso, renovación de los permisos de trabajo apoderando ampliamente al Gobierno, como exige la naturaleza de esta materia, para precisar su alcance en cada uno de aquéllos y en esta misma línea se inserta la habilitación conferida en el art. 42 del Reglamento, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar —no para sustituir *in totum*— el alcance de las preferencias reguladas en los artículos anteriores en función de la variación de la situación nacional de empleo y del trato de reciprocidad que reciban los españoles, tesis que fue la que prosperó, pero que fue rebatida por el aludido magistrado discrepante en cuyo "Voto Particular" se dice literalmente: "Comparto los fundamentos de derecho de la Sentencia excepto el tercero, por cuanto que dentro de la exigencia de una actividad reglada, estimo que, dada la condición de

iberoamericana de la recurrente, no se ha respetado la norma de preferencia para la concesión del permiso de trabajo, que se establece en el artículo 18.3.fde la Ley 7/85, y que el sumario rechazo de esa preferencia en la sentencia de primera instancia, al ser reproducida la alegación de la misma en la apelación, reclamaba una profundización en el análisis de la misma, que debiera conducir al éxito de la demanda. La Sentencia da por bueno que en este supuesto el desarrollo reglamentario de la Ley, que impone su artículo 19.3, el artículo 38 del Reglamento no haya recogido entre los supuestos excluidos de la consideración de la situación nacional de empleo el de la condición de iberoamericano, aceptando la perfecta legalidad del Reglamento, al tratar de modo diferenciado, y menos ventajoso que los demás supuestos de preferencia, el de los iberoamericanos, para el que acepta que la simple ventaja establecida en su artículo 39 en relación con el permiso C es bastante para dar contenido al art. 18.3.fde la Ley. Es precisamente en este particular en el que surge mi discrepancia, en el sentido de que el desarrollo reglamentario de la Ley, al referirse a la situación de los iberoamericanos y omitirlos en el art. 38, es contrario a la Ley, y lesivo de la situación de aquéllos a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el artículo 18.3 de la ley, si no se supera la omisión en una superación integradora.

Segundo.—Analizando la regulación de la ley se comprueba que en ella existe una total equiparación entre los distintos supuestos acreedores de preferencia del artículo 18.3, lo que supone una restricción de partida para el ulterior Reglamento, que no podrá establecer diferenciaciones entre ellos, so pena de discriminación vedada. No se trata de que antes de la ley exista una exigencia de equiparación de supuestos, sino de que, establecida en ella esa equiparación, en una opción que bien podía haber sido de otro signo, no cabe después que el Reglamento la desconozca. Si tal ocurre puede resultar lesionado no ya el principio de legalidad —art. 9.3 CE—, sino el mismo principio de igualdad (art. 14), como en supuestos, ajenos a esta materia, pero de problemática similar en el aspecto formal de la relación **Ley-Reglamento**, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional —STC 209/1987 y 78/1990 y 4/1991—. El Reglamento podrá dar a la preferencia un contenido u otro, y eso es lo que confía el art. 19.3 de la ley, lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la ley situaba al mismo nivel que los demás. El complemento de la ley en cuanto al alcance de las preferencias que ella establece en el art. 18.3, se encuentra en el artículo 39 del Reglamento, por lo que, aunque en éste no se mencione el supuesto de preferencia del art. 18.3.fde aquélla, en una integración interpretativa de ambos preceptos debe atribuirse al supuesto silenciado en el Reglamento, y previsto en la

ley, el mismo contenido de preferencia que aquél regula para los supuestos que sí prevé. En definitiva el único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso, y esa ventaja que el Reglamento podía reconocer o no, no puede atribuirse a la generalidad de los supuestos del art. 18.3 de la ley, y negarse al del apartado f. Tercero.—En realidad en este contenido objetivo de la preferencia, no existe novedad alguna, sino que en este punto el régimen reglamentario actual es continuación del precedente. En efecto en éste, constituido por el D. 1870/1968, se establecía en su artículo 9 un derecho preferente de los españoles para ocupar el puesto de trabajo ofrecido al extranjero, disponiéndose al efecto en el artículo 28 la publicidad de la solicitud del extranjero; sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 11, se excluían de los dispuesto en el artículo 9 una serie de supuestos, en los que "se otorgará... el Permiso de Trabajo, sin considerar la situación nacional de empleo", entre los que se encontraban prácticamente los que se recogen en el artículo 38 del nuevo Reglamento. En aquel elenco de supuestos que se mencionaba el del actual art. 18.3.f de la Ley 7/85; pero ello no tiene una fácil explicación, que se expresa en el preámbulo de la Ley 118/69, de 30 de diciembre: la equiparación con los trabajadores españoles de los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos establecida en los Convenios de Cooperación Social suscritos con la mayoría de los países de aquella Comunidad, que cristaliza con carácter de generalidad en esta ley. No se establecía la preferencia que ahora nos ocupa, por la sencilla razón de que la misma reza con el otorgamiento del permiso de trabajo, y no tiene sentido respecto del que no necesita del permiso. La situación de los extranjeros a que se refiere el actual art. 18.3.f de la Ley 7/85, era a partir de la Ley 118/69, más ventajosa que la de los titulares de la preferencia del art. 11 del D. 1870/1968, y no menos. Esa era la situación inmediatamente precedente al régimen hoy vigente. Llegados a él, dada al derogación de la Ley 118/69 (disposición derogatoria de la Ley 7/85), la condición de los iberoamericanos..., etc., se convierte en criterio de preferencia, equiparándola a las demás. En tal sentido es harto expresivo el preámbulo de la ley: "Si una ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la nacionalidad, sí lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española. Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales. Dentro de esta línea merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses,

filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración". Preocupación de la ley por un tratamiento preferencial por los **iberoamericanos...**, etc., alineamiento de la preferencia de éstos con las demás determinantes de preferencia, y conexión de las preferencias con el tema de la adquisición de la nacionalidad son, pues, elementos interpretativos de la más sólida importancia, para ponderar en el marco **ordinamental** constituido por la ley y el Reglamento, si el sentido que aquellas atribuye a la preferencia que nos ocupa, se respeta en éste o no. Desde otro punto de vista, y para medir la significación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la condición que examinamos, es pertinente tener en cuenta también el régimen de nacionalidad en el que aquélla se privilegia de modo especial, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil. No parece que si ese es el tratamiento que se dispensa a esa condición en las normas de rango de ley, en el desarrollo reglamentario de la de extranjería pueda negarse a los que la ostentan la ventaja que sí se reconoce a las personas incluidas en otros supuestos de preferencia de la ley. La norma definidora del contenido objetivo de las preferencias es el artículo 38 del Reglamento, en el que, como antes indicamos existe una continuidad respecto al pasado. No es admisible que si la ley no contiene dato alguno **evidenciador** de un propósito de degradación de la condición de **iberoamericanos...**, etc., respecto de los demás supuestos de preferencia (y que no lo tiene es claro, cuando en el preámbulo de la misma se destaca "la preocupación de la ley por tratamiento preferencial en favor de los **iberoamericanos...**"), un supuesto, que en nuestro ordenamiento jurídico, desde otras **perspectivas** más exigentes, cual la de la nacionalidad, es claramente diferencial respecto a la situación de otros extranjeros, acabe a la postre equiparándose al de éstos, pues tal ocurre si a los **iberoamericanos...**, etc., se les supedita, lo mismo que a los extranjeros de otro origen, a la situación nacional de empleo. El dato sistemático de que en el Reglamento aprobado por el R.D. 1119/86 sólo se habla de preferencias en el art. 38, es fundamental en este caso, para ponderar si la omisión en él de los **iberoamericanos...** etc., se acomodó o no a lo dispuesto en los arts. 18.3 y 19.3 de la ley. Definida la preferencia en el Reglamento, la falta de atribución de la misma a los sujetos incluidos en el art. 18.3.fde la ley, en la medida en que supone una restricción subjetiva del régimen preferencial de la ley, debe ser trascendida, prescindiendo de esa restricción, y aplicando al supuesto legal omitido el régimen reglamentario de la preferencia, establecido para los demás supuestos expresados en él. **Cuarto.**—No parece aceptable la idea de que al establecerse en el art. 39.2 del Reglamento, regulador de los permisos de trabajo C, una ventaja respecto a los **iberoamericanos...** etc.,

con ello quede cumplida la remisión del art. 19.3 de la ley, al determinar el alcance de la concreta preferencia del art. 18.3.f. Debe traerse aquí a colación el significado sistemático del art. 38 del Reglamento, al ser en él donde se regulan las preferencias, lo que margina de ese significado sistemático la ventaja del régimen del permiso C. Pero es que, aún aceptando a los meros efectos dialécticos, que formalmente la concreta ventaja, que ahora nos ocupa, baste para dar contenido a la remisión, que hace el art. 19.3 al Reglamento, en el sentido de la posibilidad de un tratamiento plural, y no unitario de las preferencias, a la hora de trazar supuestos diferenciados, debe examinarse desde una perspectiva constitucional, si es razonable ese tratamiento reglamentario. Para ello sería preciso que la concreta ventaja atribuida a los **iberoamericanos...**, etc., en el art. 39 para la obtención del permiso C tenga un contenido real y una utilidad normativa. Al respecto debe observarse que en el análisis conjunto de los distintos tipos de permisos de trabajo, el permiso C constituye un estado final, al que sólo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio, porque no se pueden superar las dificultades que cercan la consecución del anterior, mal puede sostenerse que en un orden de realidades se esté dando un contenido efectivo a la preferencia del apartado f. del art. 18.3 de la ley. Si la situación nacional de empleo impide a los **iberoamericanos...**, etc., obtener un permiso de trabajo B, mal puede llenar el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener alguna virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C. Sólo sobre la base de inexistencia de modo de obra española podría haber conseguido antes el permiso B, y podían haber trabajado durante el período preciso para obtener el permiso C. Más sobre la base de tal hipotética situación previa, en ella su condición sería igual que la de otros extranjeros, que en esas mismas circunstancias también podrían haber obtenido el permiso B. La utilidad normativa de la preferencia para la obtención del permiso C se desdibuja, además, habida cuenta de que en esas circunstancias de período de residencia en España el **iberoamericano...**, etc., podría conseguir la nacionalidad española por residencia, y ello sin pérdida de la suya de origen, dado lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil, con lo que ni tan siquiera le es de significativa utilidad la ventaja que comentamos. No parece así razonable el tratamiento diferencial que se da en el Reglamento al supuesto de los **iberoamericanos...**, etc., en comparación con los demás supuestos de preferencia legal, con lo que no es lógico sostener que el solo art. 39 del Reglamento pueda ser el adecuado complemento legal de los artículos 18.3 y 19.3 de la ley. Aceptar lo contrario, sería admitir un tratamiento desfavorable y discriminatorio respecto a una hipótesis legal, no concebida en tales términos, remitiéndonos, para condenar tal posibilidad, a la doctrina

contenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas (SSTC 209/87, 78/90 y 4/91). La realidad social del momento, como ámbito de referencia en la interpretación de la ley (art. 3. CC), era en el de la Ley 7/85 de una dramática situación de desempleo, pese a lo cual la ley no dudó en atribuir a los iberoamericanos... etc., una preferencia, enfatizando además en su preámbulo sobre su preocupación por otorgarla. No es razonable sobre esas bases, que el Reglamento pueda devaluar la significación real de esa preferencia, reconocida en la ley, dejándola prácticamente sin contenido. No puede verse, por tanto, en el Reglamento traba alguna para dotar de la efectividad real a la preferencia que el art. 18.3.f reconoce a los iberoamericanos..., etc., lo que se consigue con la interpretación integradora que ya quedó explicada. Ha de concluirse, por tanto, que la apelante, por su condición de iberoamericana, puede obtener el permiso de trabajo, sin atención a la situación nacional de empleo, y al no reconocerlo así la Sentencia apelada, que confirmó las resoluciones administrativas recurridas, se impone su revocación, y la estimación del recurso contencioso-administrativo, por ser las resoluciones denegatorias del permiso contrarias al derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que impone su declaración de nulidad, y el reconocimiento del derecho de la recurrente a la concesión del permiso de trabajo".

C) *En la aplicación de la ley*

a) *En relación con los nacionales*

En cuanto a esta vertiente del derecho de igualdad, la máxima tensión se suscita en relación a una variante del mismo que acredita evidente autonomía, y que es aquella que entre en juego cuando los extranjeros se ven implicados en una contienda jurisdiccional con un español asumiendo las sendas posiciones procesales de demandante o demandado, querellante o querellado, hipótesis en las que se plantea el problema de si la requerida, en términos generales, igualdad interprocesal subjetiva debe respetarse al máximo o si, por el contrario, el dato de la extranjería implica una posición *ad peius* para el jurisdiccionalmente involucrado no nacional, tema que trataremos extensamente cuando abordemos de forma monográfica el estudio del Derecho a la tutela efectiva judicial en su eventual titularización de extranjeros, lugar en el que pasaremos debida y puntual revista a las distintas instituciones que afectan, más o menos privilegiada o discriminatoriamente, al postulante o interesado procesal (Civil o Criminal) extranjero (caución de arraigo en juicio, especialidades en materia de fianzas y embargos preventivos, reciprocidad, privilegios de jurisdicción, etc.).

En lo tocante a la faceta clásica del derecho a la igualdad en la aplicación (judicial o administrativa) de la ley, entiendo que en su calidad de derecho fundamental que acredita todo justiciable (judicial o administrativo) a que el precedente dimanante del mismo órgano que decida no se altere de forma arbitraria o irrazonable, el mismo encaja perfectamente en el marco operacional de exigencia delineado por aquellos preceptos que desde los Instrumentos Internacionales positivadores de los Derechos Humanos (y que ya hemos analizado con anterioridad) se ocupan de esta problemática, queriendo ello decir que los extranjeros titularizan un perfecto derecho a exigir tal igualdad aplicativa, simplemente porque así lo imponen tales textos, exigencia, por otra parte, que queda oportunamente reforzada desde vertientes normativas estrictamente domésticas por la entrada en juego en este orden del pensamiento jurídico del principio de dignidad debidamente sancionado por el artículo 10.1 CE.

b) *En relación con los extranjeros*

Esta hipótesis sólo resulta planteable cuando ambas partes procesales (demandantes o demandados, querellantes o querellados) son extranjeros, supuesto de procedibilidad en el que el principio de igualdad de armas que ha de liderar el *iter* jurisdiccional debe regirse por un depurado régimen paritario, siendo ello una simple consecuencia del dato de que el derecho a la tutela efectiva judicial se revista del carácter de hiperesencial y unitario, resultando por ello de imposible desaparificación para los justiciables, sea cual fuere la concreta nacionalidad de los mismos.

D) *Posición de la jurisprudencia al respecto*

Releyendo las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia se observa claramente que para tales órganos jurisdiccionales la eventual alegación por parte de los justiciables extranjeros de presuntas violaciones del derecho genérico y abstracto a la igualdad patrocinado por el artículo 14 CE ha devenido perfectamente asumible, aceptándose sin tapujos su potencial invocación por parte de los mismos y ello pese a toda la suerte de consideraciones que con anterioridad vertimos tendentes a poner de manifiesto su inaplicabilidad en relación con tales extranjeros, invocación que ha llegado a ser particularmente fructífera en un triple orden de cuestiones. En primer término, en el ámbito de las demandas presentadas contra los acuerdos denegatorios de la colegiación de determinados odontólogos hispanoamericanos provenientes de los correspondientes colegios profesionales españoles. En segundo lugar, en el

contexto de la impugnación judicial de la denegación administrativa de visados especiales y, en último término, en relación con los procedimientos de expulsión.

De todos modos, *esta praxis* jurisdiccional, que posibilita, en última instancia, el uso por parte del extranjero postulante del procedimiento contencioso administrativo de trámites abreviados convenientemente disciplinado por la Ley 62/1978, responde más bien a una evidente y deseada incentivación de la corriente *pro actione* que a estrictas razones de fondo, e implica, dicho sea en un inciso, una innegable desarmonía entre el *modus operandi* seguido por la jurisdicción ordinaria y aquel al que se atiene el Tribunal Constitucional, órgano cuya doctrina esencial sobre el particular aparece materializada en la tesis emergente de su Sentencia de 23 de noviembre de 1984, resolución (antes ya comentada) cuyo discurso jurídico resulta bastante distanciado del conferimiento a los extranjeros del derecho a la igualdad patrocinado por el artículo 14 CE.

Sin embargo, la aludida divergencia criterial no aparece plenamente consolidada, ya que no siempre el TS ha admitido la delimitación del objeto procesal sobre el que incidir en este sector a base de entenderlo conformado mediante invocaciones al pluricitado artículo 14 CE por parte de los justiciables extranjeros postulantes y así en su Sentencia de 27 de noviembre de 1989, frente a un hipotético comportamiento discriminatorio activado por una determinada empresa nacional en relación con un demandante no nacional se sostuvo literalmente, en línea con lo mantenido por el TC, que "Lo segundo, la igualdad entre españoles y extranjeros, no está reconocida en el artículo 14 de la Constitución que tolera, como reconocen las Sentencias de 23 de noviembre de 1984 y de 7 de julio de 1987, que a efectos de trabajo, tal igualdad no sea absoluta, permitiendo la exigencia de un permiso de trabajo por la legislación interna española".

Frente a esta posición puntualizadora y restrictiva, lo cierto y verdad es que el TS ha admitido francamente —y sin grandes preocupaciones dogmáticas— las postulaciones provenientes de extranjeros en las que la *ratio* de la *causa petendi* desenvuelta consista precisamente en la infracción en su contra del artículo 14 CE, constituyendo acabada muestra de ello (y la cita vale por todas) su Sentencia de 13 de noviembre de 1990, resolución en la que el demandante, frente a una concreta denegatoria de su pretensión de colegiación como odontólogo proviniente del colegio profesional respectivo (denegación fundamentada en el hecho de no aportarse por el peticionario los permisos de residencia y trabajo exigidos por la normativa sobre extranjería) dijo entre otras cosas que ahora no nos interesan que "Es abundante la doctrina sentada para casos semejantes al presente por numerosas Sentencias —entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 1988; Sentencias del Tribunal Supremo de

29 de abril de 1986, de 16 de enero de 1987, etc.—, en aplicación de tan reiterada doctrina debemos concluir que la negativa de colegiación a un subdito argentino con Título de Odontólogo expedido por la Universidad de un país y convalidado, vulnera el derecho fundamental de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, puesto que al permitirse el ejercicio profesional a los españoles que ostentan el antiguo título de especialidad de odontólogos, debe reconocerse también a los que tienen nacionalidad argentina, en aplicación de lo establecido en el artículo 13, del mismo texto constitucional, a cuyo tenor los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, en este caso el Convenio Cultural entre España y Argentina, de 23 de marzo de 1971, ratificado en 1973, a cuyo amparo se acordó la convalidación para España del Título de Odontólogo obtenido en la República Argentina, que obliga de acuerdo con el principio de igualdad a admitir su colegiación en las mismas condiciones de igualdad que los españoles con la misma titulación", aseveración jurisdiccional integradora de uno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal *a quo* que resulta corroborada en todas sus partes por los razonamientos de la STS a recensionar ahora que en uno de sus pasajes dice literalmente que "Los odontólogos argentinos en España, cuya titulación haya sido homologada como consecuencia de los acuerdos suscritos con anterioridad por el Estado español, gozan de una sustancial igualdad respecto de los españoles, desconocida por el acto administrativo recurrido, con la consiguiente vulneración del artículo 14 de la Constitución, en relación con el 13, cuya reparación puede impetrarse por el procedimiento especial y sumario regulado en la Ley 62/1978".

En obsequio a esta última reflexión resulta obvio que al TS no le ofrece la más mínima duda el que los extranjeros son titulares plenos del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que se cobija bajo el anchuroso marco redaccional del art. 14 CE, tesis cuya viabilidad y eventual abono hemos intentado desmontar en estas páginas en méritos a todo el bloque de razones que con anterioridad expusimos, sirviendo en cualquier caso la posición del indicado Tribunal, y ello puede ser tal vez la motivación suprema de su actuación jurisdiccional desplegada en este orden de cosas, para privilegiar de forma considerable (tal como apuntamos antes) las posibilidades defensivas del extranjero afectado por una hipotética actuación administrativa arbitraria, ya que de mantener la posición que nosotros hemos sustentado sobre el particular, evidentemente el mismo no podría acudir a la vía jurisdiccional abierta por la Ley 62/1978, cabiéndole únicamente la posibilidad de acceso al recurso contencioso-administrativo ordinario.

No es solamente en el entorno de las pretensiones relacionadas con las

denegatorias de colegación a las que acabamos de hacer mérito donde se hace visible —tal como dijimos **anteriormente**— la convicción del TS de que los extranjeros son titulares indiscutibles del derecho a la igualdad propiciado por el artículo 14 CE. También en otros contextos **factuales** sometidos a su debate el referido Tribunal sostiene idéntico criterio, sucediendo ello concretamente en relación con las peticiones frustradas del visado especial, cuestión que se ha convertido en el *thema decidendi* monografista de su Sentencia de 22 de febrero de 1991, resolución en la que tras confirmarse en todas sus partes la Sentencia apelada respecto al fondo del asunto controvertido se alude específicamente al punto que nos ocupa, sosteniéndose literalmente en la misma que "la parte apelante alega también la infracción del principio general de igualdad de los administrados ante la ley, al haber sido concedida la exención del visado por el delegado del Gobierno en Baleares en resoluciones que aportan a los autos, de 18 de agosto de 1989, a los dos subditos argentinos, una hija de español y el otro su esposo, en aplicación del artículo 5.4 del Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, pero en ambas resoluciones, se motiva tal concesión, una vez practicadas las oportunas averiguaciones y consecuencias de los informes obtenidos.

Como tiene repetidamente declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad prohíbe resolver de forma contradictoria casos iguales siendo por ello condición esencial para su aplicación la aportación de un término de comparación acreditativo de la igualdad sustancial de los casos.

Tal igualdad sustancial de los casos ahora contemplados no está acreditada porque la concesión de la exención de visado a los subditos **argentinos** está basada en las averiguaciones e informes obtenidos no habiendo ninguna constancia ni ha sido alegado que éstos fueran desfavorables o negativos en algún aspecto, mientras que como hemos visto, los antecedentes policiales del apelante revelan aspectos irregulares de su conducta: No existe, pues, igualdad sustancial en los casos opuestos, y no hay, por tanto, infracción alguna al principio de igualdad, lo que reitera la corrección jurídica de los actos administrativos contemplados".

Del supuesto descrito, más allá de la concreta peripecia en trance de judicación, lo que resulta palmario es que el TS admite como absolutamente correcta la tesis de que los extranjeros pueden prevalerse en sus eventuales confrontaciones jurisdiccionales con la Administración nacional del derecho a la igualdad reconocido por el artículo 14 CE, derecho, sin embargo, que en el caso resuelto —y que hemos descrito *ut supra*— no pudo prosperar porque el término de comparación esgrimido por el justiciable no era equivalente al supuesto en trance de resolución, discurso jurisdiccional que enlaza directamente con el ya **referenciado** del propio

TS en relación con las pretensiones deducidas contra las denegatorias de colegiación antes explicitadas.

Prosiguiendo con el detalle de la posición jurisprudencial a la que estamos aludiendo tengo que hacer constar que también en el seno del proceder heterocomponedor oportunamente desplegado por los Tribunales Superiores de Justicia se admite, sin ambages, la plena titularización por parte de los extranjeros ubicados en España del derecho abstracto y genérico a la igualdad debidamente erigido por el artículo 14 CE, constituyendo reputados botones de muestra de esta *praxis* judicial dos recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, una de 12 de diciembre de 1990 y otra de 6 de marzo de 1991, resoluciones cuyos concretos argumentos versaron sobre sendas órdenes de expulsión dirigidas contra nacionales comunitarios, decretos que en méritos de la primera de las sentencias dichas fue anulado y conformado en la segunda, provocando tal metodología decisoria una disparidad de criterios resolutorios que obligó a la Sala actuante a motivar en buena y debida forma la congruencia del cambio impuesto, motivación cuya última *ratio* y presencia hay que enlazar con la beligerancia del artículo 14 CE y cuya simple ocurrencia *ad casum* implica el lógico reconocimiento en favor de los extranjeros del derecho a la igualdad reconocido por tal disposición, tesis admisoria que será objeto de peculiar análisis en relación con la cuestión especialmente debatida cuando aludimos en estas mismas páginas al procedimiento de expulsión.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

Registrador de la Propiedad