

DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN: ESTUDIO Y PROPUESTA (*)

EDORTA COBREROS MENDAZONA

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EXTENDIDA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL CONSISTENTE EN NEGAR QUE UNA REGULACIÓN INDIFERENCIADORA PUEDA INCURRIR EN DISCRIMINACIÓN: 1. *Planteamiento*. 2. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.—II. LA IMPORTANTE SENTENCIA *THLIMMENOS C. GRECIA* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU REPERCUSIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 14 CE: 1. *La STEDH de 6 de abril de 2000*. 2. *Su incidencia para la interpretación del art. 14 CE*.—III. DOS CONSTRUCCIONES TEÓRICAS QUE AYUDAN A ADMITIR LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: 1. *La indiscriminación por indiferenciación como laguna axiológica de inconstitucionalidad*. 2. *El trato igual de lo desigual en la construcción de Alexy*.—IV. PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN EN EL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ART. 14 CE: 1. *Referencia a la evolución expansiva del principio de igualdad*. 2. *Insuficiencia de lo argumentado en contrario*. 3. *La discriminación por indiferenciación debe incluirse en el art. 14 CE*.

(*) Este trabajo, aunque se inserta en el marco del Proyecto de Investigación ref. EHU 0657, ha sido elaborado expresamente para participar en el merecido homenaje colectivo al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EXTENDIDA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL
CONSISTENTE EN NEGAR QUE UNA REGULACIÓN INDIFERENCIADORA
PUEDA INCURRIR EN DISCRIMINACIÓN

1. *Planteamiento*

Si la cuestión de qué se entiende (o debe entenderse) por discriminación es, indiscutiblemente, muy compleja y ha dado lugar a numerosa bibliografía jurídica, la hipótesis de la discriminación por indiferenciación acumula mayores dificultades. El objeto de este trabajo resulta, forzosamente, modesto y se limita a plantear, contra una corriente interpretativa muy autorizada y asentada, por qué se entiende más acertado que tal supuesto sea considerado como una violación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE.

Un repaso a la actividad jurisdiccional de nuestros Tribunales depara, de inmediato, una monolítica postura interpretativa consistente en rechazar la posibilidad de que una regulación que no hubiera tenido en cuenta alguna especificidad resulte discriminatoria y, por tanto, contraria al principio de igualdad. Si bien no hay problemas (cumplidos ciertos requisitos) en aceptar que una regulación pueda ser discriminatoria por establecer una determinada diferencia de régimen, sin embargo no se admite que pueda resultar discriminatorio el no diferenciar ante situaciones distintas. Más claramente aún: no genera duda alguna que tratar desigualmente lo igual supone una discriminación inadmisibles, pero no sucede lo mismo con el trato igual de lo distinto.

Así, si analizamos la más autorizada interpretación del art. 14 CE, veremos que, desde sus comienzos y hasta hoy mismo, el Tribunal Constitucional no admite que la discriminación por indiferenciación —en expresión que ha hecho fortuna y está ya consolidada (1)— pueda ser tachada de contraria al principio de igualdad garantizado en aquel precepto. Lo veremos a continuación con un poco de detenimiento.

2. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Desde el principio el Tribunal Constitucional se mostró reacio a admitir este tipo de discriminación, aunque en sus inicios quizá sin «cerrar» completamente la cuestión. Así, en uno de sus primeros pronunciamientos (1981)

(1) Sin embargo, JIMÉNEZ CAMPO (1983): 94, en nota, prefería la expresión «discriminación por indiscriminación»; y RUIZ MIGUEL (1996): 76, la de «desigualdad por indiferenciación».

dirá: «el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad (...). La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador» (2).

A partir de 1985, sin embargo, formulará ya nítidamente su *postura rotundamente contraria*, en términos que se han mantenido prácticamente inalterados hasta hoy. Así, refiriéndose al principio enunciado en el art. 14 CE (3), el Tribunal Constitucional dirá:

«Implícita, pero inequívocamente, pues, se viene a afirmar [por el Ministerio Fiscal, que era el recurrente en amparo] que este precepto constitucional encierra no ya sólo una prohibición del trato desigual ante situaciones subjetivas análogas, 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 llamar “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 disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolas en su disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 2.º), y por ello, lo que el artículo 14 de la Constitución impide es la distinción infundada o discriminatoria» (4).

Podemos apreciar ya en este pronunciamiento la contundencia en la negación

(2) STC núm. 34/1981, de 10 de noviembre, CI, FJ. 3.

(3) «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».

(4) STC núm. 86/1985, de 10 de julio, RA, FJ. 3, que continúa: «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 orienta a la adjudicación de prestaciones a 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 a la singularización permitida».

tiva a admitir que la discriminación por indiferenciación (5) pudiera tener cobijo en el art. 14 CE. Tal rechazo continúa hasta nuestros días (6), con esta misma dicción (7) o con alguna otra muy parecida (8).

Llama la atención, sin embargo, de la jurisprudencia constitucional en su conjunto la *débil argumentación* explicitada para fundamentar su restrictiva postura. En efecto, son dos —y ya muy antiguas— las resoluciones en las que se puede encontrar algo más que el puro rechazo a la discriminación por indiferenciación. En la primera de ellas, ya mencionada, parece que el Tribunal Constitucional se basa en una interpretación literal estricta (y excluyente) de los términos constitucionales: como el artículo 14 CE sólo se refiere a que los españoles son *iguales*, la *diferenciación* (para los casos «desiguales») no queda incluida en el mismo. No muy explícita, pero ésa parece deducirse que es la razón principal (9).

En otra ocasión el Tribunal Constitucional trajo a colación el principio de

(5) La expresión será asumida por el propio Tribunal Constitucional desde esta Sentencia. En alguna otra ha hablado («con una cierta vocación de paradoja») de la «desigualdad por un exceso de igualdad» (STC núm. 135/1992, de 4 de octubre, RI, FJ. 9).

(6) Así, por ejemplo, en la reciente STC núm. 69/2007, de 16 de abril, RA, FJ. 4, tras señalar que «este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ. 2)», el Tribunal Constitucional añade: «en defecto de dicha regulación [diferenciadora], no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE».

(7) *Vid.* SSTC núm. 19/1988, de 16 de febrero, CI, FJ. 6; 150/1991, de 4 de julio, CI, FJ. 6; 135/1992, de 5 de octubre, RI, FJ. 9; 308/1994, de 21 de noviembre, RA, FJ. 5; 164/1995, de 13 de noviembre, CI, FJ. 7; 137/1998, de 29 de junio, RA, FJ. 2; 36/1999, de 22 de marzo, RA, FJ. 4; y 88/2001, de 2 de abril, RA, FJ. 2.

(8) Como es la recogida en la STC núm. 52/1987, de 7 de mayo, RA, FJ. 3, donde se dice textualmente: «El artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato». A este Sentencia (o a las que la mencionan) se remiten las posteriores SSTC 136/1987, de 22 de julio, RA, FJ. 6; 48/1989, de 21 de febrero, RA, FJ. 5; 308/1994, de 21 de noviembre, RA, FJ. 5; 114/1995, de 6 de julio, RA, FJ. 4; 164/1995, de 13 de noviembre, CI, FJ. 7; 166/1996, de 28 de octubre, RA, FJ. 6; 211/1996, de 17 de diciembre, RA, FJ. 4; 137/1998, de 29 de junio, RA, FJ. 2; 104/2005, de 9 de mayo, RA, FJ. 3; 257/2005, de 24 de octubre, RA, FJ. 4; y 117/2006, de 24 de abril, RA, FJ. 2.

(9) Recuértese el tenor literal de su Sentencia: «La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolas en su disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 2.º), y por ello, lo que el artículo 14 de la Constitución impide es la distinción infundada o discriminatoria» (STC núm. 86/1985, cit., FJ. 3).

la generalidad de la Ley, al señalar que «es claro que corresponde a la Ley apreciar las razones que pueden existir para establecer distintas exigencias en atención a las distintas situaciones de hecho, dándoles o no relevancia jurídica, de forma que cuando no considera suficientemente relevante alguna de estas diversas situaciones, no vulnera el principio de igualdad, pues la diferenciación obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la Ley e imposibilitaría la ordenación de las relaciones jurídicas» (10).

En las restantes ocasiones, el Tribunal Constitucional se ha limitado a rechazar pura y simplemente que la discriminación por indiferenciación quede protegida por el principio de igualdad garantizado en el art. 14 CE, sin aportar más explicaciones ni justificaciones (excepción hecha de las consabidas menciones a su «reiterada jurisprudencia anterior»). Reseñada aquí esta fragilidad argumentativa, volveremos más adelante (apartado IV.2) sobre su valor o entidad.

Ahora bien, aunque ésta es una postura muy compacta y homogénea, también hay que reconocer la existencia de algún matiz cuando se trata de *leyes tributarias*, en las que, al entrar en juego el art. 31 CE, obliga a considerar de manera más compleja el principio de igualdad, al matizarlo este precepto constitucional con el de progresividad, y todo ello en relación con la obligación de «todos» de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (11).

Asimismo, hay que precisar que en algún caso ha dejado expresamente

(10) STC núm. 23/1986, de 14 de febrero, RA, FJ. 2. Alguna relación con este tipo de argumento también tienen otras afirmaciones que ha hecho el Tribunal Constitucional, como cuando ha dicho que las leyes «en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad» [SSTC núm. 73/1996, de 30 de abril, CI, FJ. 5; 289/2000, de 30 de noviembre, RI, FJ. 6; 47/2001, de 15 de febrero, RA (pero de Pleno), FJ. 7; 212/2001, de 29 de octubre, RA, FJ. 5; y 21/2002, de 28 de enero, RA, FJ. 4].

(11) En el caso, ciertamente notable, constituido por la STC núm. 45/1989, de 20 de febrero, CI, FJ. 10, el Tribunal Constitucional lo recondujo a una omisión legislativa que «constituye una discriminación proscrita por los arts. 14 y 31.1 de la Constitución», reiterando que lo dispuesto en la Ley enjuiciada constituía una «regla discriminatoria *ex silentio*». Últimamente, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, en este ámbito, las posibles discriminaciones regulativas (salvo que se tratase de «razones de naturaleza subjetiva») sólo caen bajo el parámetro del art. 31.1 CE y no del art. 14 CE, con la consecuencia inmediata de su no protección en amparo [vid. SSTC núm. 295/2006, de 11 de octubre, CI, FJ. 5 y 91/2007, de 7 de mayo, RA, FJ. 3 (aunque anteriormente ya lo había indicado en tres Autos del Pleno declaratorios de la indamisibilidad de sendas cuestiones de inconstitucionalidad, AATC núm. 381, 382 y 383/2005, de 25 de octubre, FJ. 3)].

abierta la hipótesis de la inconstitucionalidad de la regulación, pero no por lesión del principio de igualdad sino por *arbitrariedad del legislador*; como ha hecho al señalar lo siguiente: «cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de los otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad *ex art. 14 CE*» (12).

Esta firme posición del máximo intérprete de la Constitución —consistente en interpretar que no forma parte del ámbito protegido por el principio constitucional de igualdad el trato desigual a los desiguales, sino que se limita a garantizar el trato igual a los iguales, sin perjuicio de la libertad configuradora del Legislador (cuyo único límite, a estos efectos, sería la regulación arbitraria)— ha sido *asumida en su integridad por la Sala Tercera del Tribunal Supremo* (13).

Es muy probable que, a la hora de construir este aspecto de su interpretación del art. 14 CE, en el Tribunal Constitucional hayan pesado mucho las consecuencias que acarrearía la admisión de este tipo de discriminación; esto es, no tanto el problema de su asunción teórica y de su constatación efectiva, cuanto el de la solución a otorgar. Es posible, así, que en este caso haya podi-

(12) STC núm. 181/2000, de 29 de junio, CI, FJ. 10. Una primera referencia a las relaciones entre discriminación y arbitrariedad (legislativa) la encontramos en la STC núm. 27/1981, de 20 de julio, RI, FJ. 10; otra, mucho más reciente, en la STC núm. 13/2007, de 18 de enero, RI, FJ. 4. En directa relación con lo que aquí se trata, *vid.* el ATC (de Pleno) núm. 118/2006, de 28 de marzo, FJ. 3.

(13) Así se advierte desde la STS de 6 de octubre de 2000, RJ 8605, en la que se remite expresamente a la jurisprudencia constitucional que ya conocemos y donde dice que el art. 14 CE «no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni el hipotético derecho a imponer o a exigir diferencias de trato (...) por ser ajena al ámbito de tal precepto (...) la llamada discriminación por indiferenciación». En igual sentido y sin mayores precisiones ni matizaciones, las posteriores SSTS de 22 de diciembre de 2000, RJ 1699 de 2001; de 12 de enero de 2001, RJ 1635; de 17 de junio de 2003, RJ 7287 y 7288; de 3 de febrero de 2004, RJ 498; de 15 de junio de 2004, RJ 3609; de 13 de marzo de 2006, RJ 1712; y de 22 de mayo de 2006, RJ 3611.

Por su parte, la Audiencia Nacional ha hecho suya la interpretación del Tribunal Supremo: *vid.*, por ejemplo, entre las más recientes, la SAN de 13 de diciembre de 2006 (rec. núm. 127/2004).

También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su Sentencia de 8 de julio de 2005 (rec. núm. 326/2004), asume este planteamiento restrictivo, dejando abierta expresamente la posibilidad teórica de la motivación basada en la interdicción de la arbitrariedad.

do retraerle al Tribunal Constitucional la respuesta a dar ante una Ley discriminatoria, por regular indiferenciada e injustificadamente lo claramente distinto. No conviene, sin embargo, confundir los diversos aspectos de la cuestión —el qué con el cómo resolverlo—, porque ese proceder dificulta la comprensión de los planos jurídicos. Sobre esto diremos algo más adelante, pero conviene advertir desde ahora que —a efectos de intervención del Tribunal Constitucional— no presenta mayor (ni menor) dificultad el caso de una Ley discriminatoria por regular algunos supuestos, pero sin contemplar otros que debía haber incluido, que el de una Ley discriminatoria (según la tesis que aquí se mantiene) porque una regulación no contemple alguna especificidad o excepción que debía haber previsto.

Ahora bien, siendo cierto que esta restrictiva interpretación ha recibido algún premonitorio y señalado respaldo (14) y sólo alguna crítica (15),

(14) Más bien favorable a lo que luego vendría a ser la consolidada postura del Tribunal Constitucional parece mostrarse JIMÉNEZ CAMPO (1983): 93-94, en su temprano trabajo, donde sostenía: «Es cierto que ésta sigue siendo una vía nada lineal y compleja [la del análisis de la pertinencia de la diversificación establecida por el legislador, a la luz de su fundamento normativo] pero, cuando menos, se consigue con ella el que los casos de igualdad ante la Ley queden emplazados en su terreno propio: el del debate jurídico con los fundamentos que puedan reclamar para sí las determinaciones del legislador, y se evitan también, según creo, ciertas posibles derivaciones improcedentes del parámetro antes comentado en orden, sobre todo, a la presunta exigencia de un trato “diferente para las situaciones distintas”. No se va a entrar ahora en esta aparente segunda dimensión de la regla de la igualdad, pero sí debe indicarse que la particularización y segmentación de las situaciones jurídicas a que la misma podría llevar —en contradicción, por lo demás, con la abstracción que es elemento frecuente del lenguaje jurídico— resulta propiciada por un tipo de razonamiento que, como el antes aludido, se proyecta sólo sobre la comparación entre situaciones de hecho». No obstante, este autor añade en nota que estos «casos de “discriminación por indiscriminación” sólo tendrían relevancia jurídica, a partir del artículo 14 de la CE, cuando entre los destinatarios de la norma se incluyan sujetos que no cuenten en absoluto, entre sus condiciones personales, con el elemento o elementos al que lógicamente deben ligarse las consecuencias jurídicas imputadas, a partir de una interpretación teleológica de la norma». Véase, en todo caso lo que se recoge en la nota 18 con respecto a otro trabajo posterior de este destacado conocedor de nuestra justicia constitucional.

(15) Como es el caso de J. SUAY RINCÓN (1991): espec. 890, donde, a modo de conclusión, señala que «la doctrina de la igualdad en la diversidad (discriminación por indiferenciación) ha sido hasta ahora objeto de un rechazo radical por el Tribunal Constitucional, cuantas veces ha pretendido suscitarse ante él un supuesto de estas características. Con independencia de que ese criterio debería prevalecer en la práctica de una forma casi absoluta, quizá convendría no haber adoptado una posición tan maximalista en este punto, pues la realidad, siempre más fértil que cualquier imaginación, puede presentar algún caso cuya resolución justa pasara necesariamente por introducir cierta flexibilización de la doctrina en cuestión».

Más crítico se muestra A. RUIZ MIGUEL (1996): 78, cuando razona que «al excluir el recurso de amparo para este tipo de eventualidades, como hizo expresamente la STC 86/1985, se perdió

también es verdad que deja un cierto regusto a frustración, porque el resultado final es que el trato uniforme de lo diferente no existe como problema jurídico (diluyéndose, a lo más, en una casi inaprensible arbitrariedad legislativa) y el particular afectado se ve muy mermado de vías efectivas de reacción y planteamiento jurisdiccional de su conflicto.

No es de extrañar, entonces, que la cuestión siga preocupando y que algunos buenos conocedores de la jurisprudencia constitucional hayan propuesto algunas vías indirectas de solución. Así, tenemos la formulada por Caamaño, que sin criticar frontalmente la interpretación del Tribunal Constitucional, propugna la exigencia de que la Ley permita una individualización del caso que le permita al Juez constatar la diferencia de un determinado supuesto, con lo que la garantía vendría, en tal construcción, no del art. 14 CE, sino del art. 24.1 CE (16). Por esta vía parece adentrarse también Velasco (17).

La propuesta de Jiménez Campo no estaba orientada al caso que aquí se estudia —puesto que estaba pensada más bien para los supuestos legales de no inclusión y no para una regulación *overinclusive* (que sería nuestro caso)—, pero no habría de descartarse completamente su utilidad (siquiera parcial) si partimos de que algunos supuestos de discriminación expresa por defecto tendrían una estructura muy similar a una regulación discriminatoria por indiferenciación (18).

una ocasión apropiada para, en el terreno de los principios al menos, ir colmando la distancia entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. Además, la línea jurisprudencial así iniciada comporta una desprotección injustificada en comparación con la protección que a través del art. 14 se da frente a situaciones de desigualdad que pueden ser igual o incluso menos graves. Y así, de forma sólo aparentemente paradójica, es la eventual igualdad en importancia y gravedad de las desigualdades, sean producidas por distinciones irrazonables o por indiferenciaciones igualmente irrazonables, la que justifica un mismo trato para ambas figuras».

(16) Puede verse en detalle esta propuesta en F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2000): espec. 259 y sigs., donde podemos leer que «el tratamiento indiferenciado propio de la Ley sólo es constitucionalmente admisible en la medida en que el acceso al proceso permite la diferencia» (pág. 275).

(17) Vid. F. VELASCO CABALLERO (2001): 125 y sigs., donde, tras reconocer que «la inexistencia de un derecho del diferente a ser tratado de forma desigual, o la negación de toda posible comparación relevante (*ex* art. 14 CE) entre dos situaciones jurídico-objetivas (por mucho que detrás de ellas lo que pueda haber, en realidad, sean personas) reclama algún tipo de cobertura constitucional por medio del valor justicia (art. 1.1 CE), de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) o del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)», este autor considera que el Tribunal Constitucional, en su importante STC núm. 181/2000, de 29 de junio, CI (caso *Baremos en accidentes de circulación*), habría ampliado el canon del art. 24.1 CE frente al legislador, que «se ve obligado a elaborar sus normas con textura abierta, de forma tal que el diferente pueda demostrar que no es el caso-tipo en el que piensa la Ley» (págs. 137-138).

(18) Su propuesta consistía en utilizar el argumento analógico por parte del Juez ordinario (y su posterior control por el Tribunal Constitucional) para superar aplicaciones de la Ley que

Más correcto resultará, sin embargo, afrontar de manera directa este problema y concluir con que la discriminación por indiferenciación normativa es un supuesto de violación del art. 14 CE. Su justificación no está exenta de dificultades y requiere algunos matices que intentaremos hacer en los apartados siguientes. Previamente, procede salir de nuestro propio ordenamiento interno y considerar una aportación ineludible a este respecto.

II. LA IMPORTANTE SENTENCIA *THLIMMENOS C. GRECIA* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU REPERCUSIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 14 CE

1. *La STEDH de 6 de abril de 2000*

Analizaremos a continuación la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada por su Gran Sala (aunque de conformidad con el procedimiento previsto con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo núm. 11), de fecha 6 de abril de 2000.

Esta intervención del Tribunal de Estrasburgo trae causa de una demanda presentada por un ciudadano griego, el Sr. Thlimmenos, contra su país, basada (resumidamente relatado) en que esta persona, testigo de Jehová, por sus convicciones religiosas se negó en su momento a llevar el uniforme militar durante una época de movilización general. Por esta razón un Tribunal militar le condenó penalmente, en 1983, a cuatro años de prisión, si bien a los dos años y un día de cumplimiento efectivo fue puesto en libertad condicional. En 1988, el Sr. Thlimmenos se presentó a un examen estatal para ocupar una plaza de auditor contable (profesión liberal en Grecia), quedando en segunda posición de los sesenta candidatos (para dos plazas). Sin embargo, el Director de la Cámara de Auditores Contables de Grecia se negó a designarle para el puesto que le correspondía por haber sido declarado culpable de un delito, ya que según la legislación vigente en aquel país nadie podía ser nombrado auditor contable si no cumplía las condiciones para ejercer la función pública y,

diesen lugar a una discriminación. Así quedó planteado como posibilidad, también, por parte del Tribunal Constitucional, cuando dijo que podría admitirse «por lo general» que la «interpretación o integración por vía analógica puede ser un instrumento idóneo para rectificar un trato discriminatorio —y por ende contrario al art. 14 de la Constitución— que a través de otro tipo de interpretación se produjera» (STC núm. 109/1988, de 8 de junio, RA, FJ. 2). El argumento puede verse en toda su extensión en J. JIMÉNEZ CAMPO (1992): 9 y sigs. Crítico con esta propuesta se mostró P. CRUZ VILLALÓN (1993): espec. 52-54.

entre éstas, se encontraba como causa impeditiva el haber sido declarado culpable de un delito.

De la resolución del Tribunal Europeo nos interesa la alegación de violación del art. 14 CEDH (19), en relación con el art. 9 CEDH (20). Debe recordarse preliminarmente que en el sistema del Convenio Europeo la tacha de tratamiento contrario al principio de igualdad debe hacerse no de manera aislada o independiente sino en relación con alguno de los derechos y libertades ahí garantizados (21). Como recuerda el Tribunal en la propia Sentencia que ahora nos ocupa, aquel precepto «no tiene existencia independiente» respecto de los otros artículos del Convenio y sus protocolos, sin perjuicio de una cierta *autonomía*, en el sentido de que será aplicable cuando los hechos «recaigan bajo el ámbito» de alguno de esos artículos, sin necesidad de su incumplimiento (22). En este sentido, el derecho protegido por el art. 14 CEDH tendrá un carácter *accesorio* respecto de los restantes derechos, pero no interpretado en el sentido de que sólo cuando se produce una violación de algún otro derecho «sustantivo» se podría producir la del art. 14 CEDH, sino en el sentido de que puede producirse la lesión de éste sin violación de otros (de ahí la mencionada «autonomía») (23). Ahora bien, siempre es necesario

(19) «Prohibición de discriminación:

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».

(20) «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la Ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

(21) Con posterioridad, las cosas serán diferentes para los Estados que hayan ratificado el Protocolo núm. 12 (de 4 de noviembre de 2000) —entre los que no está España, como es notorio—, donde ya se contiene un reconocimiento específico o desligado del ejercicio de los restantes derechos o libertades, al establecerse la «interdicción general de la discriminación» en su art. 1.

(22) *S. Thlimmenos*, aptdo. 40, en consolidada interpretación.

(23) Dos ejemplos que recoge la (muy importante, en esta materia) STEDH de 23 de julio de 1968, *Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, resultarán suficientemente clarificados a estos efectos: a) si bien el art. 2 del Protocolo núm. 1 (derecho a la enseñanza) no comprende el derecho a obtener de los poderes públicos la creación de un determinado centro de ense-

que entre en juego el goce o disfrute de alguno de los «otros» derechos o libertades protegidos convencionalmente (de ahí su «no independencia»), no activándose respecto de cualesquiera otras relaciones jurídicas al margen de aquéllos (24).

Volviendo a lo resuelto en *Thlimmenos*, conviene aclarar que el recurrente no impugnaba la condena penal impuesta (y parcialmente cumplida) tiempo atrás, sino la posterior aplicación de la Ley que considera un requisito el no haber sido condenado penalmente para ocupar el puesto de que se trataba. Así, en primer lugar, el Tribunal se plantea si en el caso entra o no en juego el art. 9.1 CEDH, llegando a la conclusión afirmativa; pero, contrariamente a lo opinado por la Comisión (25), considera innecesario comprobar si la condena inicial constituyó, en sí misma, una violación de este precepto (26).

Admitido, entonces, que la tacha de discriminación recae en el ámbito del art. 9.1 CEDH, entra a analizar si se ha producido un trato prohibido por el art. 14 CEDH. A estos efectos, el Tribunal dice que «hasta el momento» ha considerado que se producía trato discriminatorio «cuando los Estados tratan de manera diferente sin justificación objetiva y razonable a las personas que se encuentran en situaciones análogas»; pero, a continuación, añade una apreciación de enorme importancia: «Sin embargo, [el Tribunal] considera que no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14. El derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones sensiblemente [*sensiblement, signifi-*

ñanza, si, no obstante, el Estado lo crea no puede establecer un régimen discriminatorio en el acceso al mismo; b) si bien del art. 6 del CEDH no se deduce la obligación de que los Estados establezcan un sistema de apelación jurisdiccional —aunque esto ya sabemos que merece alguna matización para el orden penal, conforme se recoge también en el art. 2 de Protocolo 7—, si un Estado lo establece, no puede privar a algunos de esta posibilidad sin razón legítima y suficiente.

(24) Se insiste en esto para advertir mejor la diferencia entre el art. 14 CEDH y el art. 14 CE.

(25) Recuérdese que estamos en el procedimiento anterior a la entrada en vigor (1 de noviembre de 1998) del Protocolo núm. 11.

(26) En un *modus operandi* no muy usual, por cierto, en este Tribunal, que suele considerar como *subsidiaria* la tacha de discriminación (claramente, a partir de su Sentencia de 9 de octubre de 1979, *caso Airey*, aptdo. 30); de tal manera que, en general, suele analizar en primer lugar si se ha producido o no una lesión del derecho fundamental «sustantivo» y, si así lo aprecia, ya no considera necesario abordar el aspecto de la posible discriminación. Quizás la razón de este proceder se encuentre en la mencionada no impugnación directa ante el Tribunal Europeo de la (muy anterior) condena penal.

cantly, en las respectivas versiones oficiales francesa e inglesa] diferentes» (27).

El siguiente paso que da el Tribunal de Estrasburgo es plantearse si, de acuerdo con su jurisprudencia, el hecho de no haberle tratado al Sr. Thlimmenos de manera diferente a las otras personas condenadas por delito perseguía un objetivo legítimo y, en caso de respuesta afirmativamente a lo anterior, si existía una razonable proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados. Respecto de lo primero —momento privilegiado para otorgar el conocido como «margen de apreciación» de los Estados—, la Sentencia reconoce que «en principio, los Estados tienen un interés legítimo en excluir a determinados delincuentes de la profesión de auditor contable». Sin embargo, a diferencia de las condenas que se pueden imponer por otras infracciones más graves, «una condena derivada de la negativa a llevar uniforme por motivos religiosos o filosóficos no denota ninguna actitud deshonesto o bajeza moral de tal naturaleza que pudiera reducir la capacidad del interesado para ejercer esta profesión. La exclusión del demandante por no cumplir las condiciones requeridas no está, por tanto, justificada. El Tribunal tiene en cuenta el argumento del Gobierno [griego], según el cual las personas que se niegan a servir a su país deben ser, en consecuencia, castigados. Sin embargo, señala igualmente que el demandante ha cumplido pena de prisión por haberse negado a llevar uniforme. En estas condiciones, el Tribunal señala que imponerle otra sanción era desproporcionado. Sostiene que la exclusión del demandante de la profesión de auditor contable no perseguía ningún objetivo legítimo. Por tanto, el Tribunal considera que *el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable*» (28).

Es cierto, y así lo reconoce expresamente la Sentencia, que las autoridades griegas estaban vinculadas por la Ley que establecía tal restricción en el acceso al puesto, pero no es menos cierto, entonces, que la violación del Convenio se produjo con la aprobación de la Ley discriminatoria. En efecto, la Sentencia dirá a continuación: «Ciertamente, en virtud de la Ley, las autoridades no tuvieron otra elección que negarse a nombrar al demandante auditor contable. Sin embargo, contrariamente a lo que afirmó el representante del Gobierno en la vista, esta obligación no permite al Estado demandado declinar cualquier responsabilidad de acuerdo con el Convenio. El Tribunal no ha excluido la posibilidad de constatar que un texto legislativo

(27) Apto. 44.

(28) Apto. 47, la cursiva está añadida.

podiera suponer una violación directa del Convenio (ver, entre otras, Sentencia Chassagnau y otros contra Francia, núms. 25088/1994, 28331/1995 y 28443/1995, CEDH 1999-III). En este caso, señala que es el Estado quien, *al aprobar la legislación correspondiente sin introducir las excepciones apropiadas a la regla* que excluya de la profesión de auditor contable a las personas acusadas de un delito, ha vulnerado el derecho del demandante que prohíbe la discriminación en el goce de su derecho establecido en el artículo 9 del Convenio» (29).

Tras todo esto, el Tribunal concluye, de modo categórico, que se ha producido una violación del art. 14, en relación con el art. 9, ambos del Convenio Europeo. Así pues, se trata, de manera nítida, de un supuesto de *discriminación por indiferenciación en la Ley*.

De esta interpretación y aplicación del Convenio efectuada por el Tribunal de Estrasburgo en la *S. Thlimmenos* (30) destaca en primer lugar, obviamente, la ampliación del concepto de discriminación para incluir el trato desfavorable (en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio de Roma) causado por una Ley que no prevé una excepción o trato diferenciado para determinado supuesto. Para decirlo con nuestra terminología, el Tribunal de Estrasburgo ha admitido (y reconocido en el caso) la existencia de discriminación por indiferenciación legal como contenido del principio de igualdad protegido por el Convenio.

Respecto del alcance a otorgar a este pronunciamiento, hay también algunos elementos que merecen ser resaltados. Así, debemos recordar que es una Sentencia de la Gran Sala y, además, decidida por unanimidad en todos sus aspectos. Asimismo, el Tribunal es perfectamente consciente de que está innovando su interpretación del art. 14 CEDH, por lo que este punto de inflexión en la evolución interpretativa le resulta todo menos algo inadvertido (31).

En cuanto a la influencia o consolidación de esta interpretación en la posterior jurisprudencia del Tribunal Europeo —y frente a algunas opiniones

(29) Apto. 48, la cursiva está añadida.

(30) Que, entre nosotros y desde la perspectiva que aquí interesa, no ha merecido mucha atención. Salvo error, esta Sentencia sólo ha sido destacada por E. CARMONA CUENCA (2004): 10, y (2005): 680-681 y 694; por R. SANTAMARÍA ARENAS (2004): 532; y por F. REY MARTÍNEZ (2007): 281.

(31) Recuérdese que la propia Sentencia recoge lo que hasta ese momento se había considerado trato discriminatorio (el «hasta ahora», que hemos visto más atrás) y señala que ésa «no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14» del Convenio, para integrar en el tal concepto la indiferenciación legal de personas en situaciones sensiblemente diferentes (apto. 44).

reticentes manifestadas entre nosotros (32)—, al menos se puede decir con rotundidad que no ha caído en el olvido, sino que el Tribunal la tiene bien presente de manera expresa (33). Cosa distinta es que su aplicación efectiva a

(32) Así, la de E. CARMONA CUENCA (2004): 11, y también (2005): 687 y 694, donde afirma que esta interpretación no ha tenido, hasta ahora, continuidad en la jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y la de F. REY MARTÍNEZ (2007): 281, que va más allá y considera que la interpretación que nos ocupa «no parece estar consolidada en el Tribunal (...)». Más allá de él [del *as. Thlimmenos*], no le aventuro un gran futuro».

(33) Para mayor precisión, y con referencia exclusiva a los pronunciamientos que tratan lo relacionado con el principio de igualdad (y no con otros aspectos), dejaremos aquí constancia de lo siguiente:

— Cinco sentencias de 18 de enero de 2001, *c. Chapman* (aptdo. 129), *c. Jane Smith* (aptdo. 138), *c. Coster* (aptdo. 141), *c. Lee* (aptdo. 129) y *c. Beard*, (aptdo. 131), todas ellas relativas a expulsión de caravanas de gitanos en el Reino Unido, se remiten expresamente a la construcción *Thlimmenos*, aunque luego no constaten violación de art. 14 CEDH.

— La Sentencia de 10 de julio de 2001, *c. Price*, relativa a encarcelamiento de persona con discapacidad física en el Reino Unido, aprecia lesión del art. 3 CEDH, por trato degradante (única causa alegada por la recurrente). El voto particular coincidente de la Magistrada Greve añade que, además, según la doctrina *Thlimmenos*, se habría producido una violación del art. 14 CEDH, al haber tratado de la misma manera que a otras a una persona con necesidades especiales.

— En la Sentencia de 26 de febrero de 2002, *c. Fretté*, relativa a la denegación de adopción a una persona por su orientación homosexual en Francia, el Tribunal reitera la doctrina *Thlimmenos* (aptdo. 39), si bien no aprecia en el caso violación del art. 14 CEDH. En el voto particular parcialmente coincidente del Magistrado Costa, al que se adhieren los Magistrados Jungwiert y Traja, podemos leer lo siguiente (que conviene reproducir en su integridad): «Queda por último un argumento del demandante, basado en la Sentencia de nuestro Tribunal de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos* contra Grecia, que por otro lado la presente sentencia no retoma en la parte que expone el razonamiento del Tribunal. Aunque reconozco que *Thlimmenos* amplía la aplicabilidad del artículo 14, no encuentro la analogía decisiva ya que en dicho asunto se trataba de una exclusión basada en el hecho de haber cometido un crimen, y de no haber tenido en cuenta el hecho de que lo imputado al recurrente era consecuencia exclusiva del ejercicio de su libertad de religión. Aquí el demandante no fue objeto —¡afortunadamente!— de ninguna sanción penal debido a su vida privada. Y el rechazo que obtuvo pudo haberlo obtenido realmente —y sucede todos los días— otro solicitante de consentimiento, soltero como él o una pareja, sin que sus hábitos sexuales constituyeran el motivo del rechazo, si en opinión del Departamento no ofrecen las garantías suficientes en cuanto a las condiciones de acogida de un niño en los planos familiar, educativo y psicológico (de todos modos, aunque el Tribunal, del que yo formaba parte, hubiera sido unánime en *Thlimmenos*, yo me pregunto si no fue demasiado lejos y observo que esta sentencia fue dictada antes de que el Protocolo núm. 12 —elemento capital, en mi opinión— hubiese sido firmado)». *Id.*, sin embargo, un poco más abajo, el voto particular de este mismo Magistrado en la Sentencia *D.H. y otros*.

— En la Sentencia de 29 de abril de 2002, *c. Pretty*, en un asunto relativo a auxilio al suicidio en el Reino Unido, el Tribunal trae a colación, expresamente, la construcción *Thlimmenos* (aptdo. 88), pero para resolver que «sin embargo, incluso aplicando el principio que se desprende de la Sentencia *Thlimmenos* a la situación de la demandante en este caso, existe en opinión

otros casos concretos, en forma de declaración de la existencia de una vulneración del art. 14 CEDH, no se haya producido.

Y tampoco podemos olvidar, al tratar esta cuestión en concreto, que el mencionado art. 14 CEDH no es una disposición sencilla, que su interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo ha sido también complicada y, finalmente, que esta norma no ha resultado, precisamente, una de aquéllas en las que se haya manifestado más y mejor el «genio expansivo» del Convenio Europeo en manos de su Tribunal; más bien al contrario, su complementarie-

del Tribunal una justificación objetiva y razonable para la no distinción jurídica entre las personas físicamente capaces de suicidarse y las que no lo son» (aptdo. 89).

— En la Sentencia de 24 de septiembre de 2002, *c. Posti y Rahko*, en un asunto relativo a medidas restrictivas a la pesca en Finlandia, el Tribunal también recuerda su Sentencia *Thlimmenos* (aptdos. 82 y 83), pero no aprecia violación del art. 14 CEDH.

— En la Sentencia de 6 de julio de 2005, *c. Natchova y otros*, en un asunto sobre muerte a manos de la autoridad por motivos racistas en Bulgaria, el Tribunal también recuerda su doctrina *Thlimmenos* y aprecia lesión del art. 14 CEDH (aunque éste no es un caso de discriminación por indiferenciación *en la Ley*).

— De la (discutible y discutida) Sentencia de 7 de febrero de 2006, *c. D.H. y otros*, en un asunto de escolarización de niños gitanos en centros para discapacitados mentales en la República Checa, podemos mencionar la opinión concordante del Magistrado Costa que, esta vez (recuérdese su opinión adjunta a la *S. Fretté*), es él quien trae a colación la doctrina *Thlimmenos* y, frente a la negativa de la Sentencia a apreciar una lesión del art. 14 CEDH, afirma lo siguiente: «En la situación de los demandantes, el cumplimiento del artículo 14 del Convenio exigía la adopción de medidas para reducir las diferencias, pero “el trato diferente” que el Estado Checo ha reservado a los demandantes agravó, en mi opinión, las diferencias entre éstos y los demás alumnos que asistían a las escuelas normales (...). No me corresponde a mí decir qué tipo de medidas positivas reclamaba la situación de los demandantes, pero es seguro que inscribirlos en unas escuelas concebidas y destinadas a los niños con deficiencias mentales no parece ser la medida apropiada para resolver las dificultades de estos niños (...). Por último, la expresión “todos diferentes, todos iguales” debería continuar siendo el principio rector de la lucha sin fin contra la discriminación en cumplimiento del artículo 14 del Convenio en su totalidad, ya que esta disposición hace referencia tanto a la discriminación negativa como, al igual que en el presente caso, a la discriminación positiva».

— También la Sentencia de 12 de abril de 2006, *c. Stec y otros*, en un asunto de régimen de prestaciones por incapacidad laboral en el Reino Unido, recuerda la doctrina *Thlimmenos* (aptdo. 51), aunque no constata lesión del art. 14 CEDH.

— La Sentencia de 29 de junio de 2006, *c. Zeman*, en un asunto relativo al régimen de pensiones de viudedad en Austria, reitera lo mismo (aptdo. 32).

— Finalmente, por ahora, tenemos la Sentencia de 10 de abril de 2007, *c. Evans*, en un asunto sobre consentimiento para la conservación y utilización de embriones en el Reino Unido, en la que encontramos una opinión disidente conjunta de los Magistrados Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielman y Ziemel, en la que se reclama la doctrina *Thlimmenos* para haber resuelto de una manera diferente a como lo hizo la opinión mayoritaria y, en consecuencia, haber declarado la existencia de violación del art. 14 CEDH (asimismo en relación con el art. 8 CEDH).

dad y subsidiariedad y, sobre todo, el margen de apreciación que otorga a los Estados para que establezcan sus regulaciones la han hecho de consideración, en general, bastante restrictiva por parte del Tribunal.

En todo caso, es claro que la doctrina *Thlimmenos* no ha sido repudiada (ni siquiera implícitamente), que se recuerda de manera expresa en diversas ocasiones —como hemos tenido ocasión de comprobar— y que puede volver a mostrar sus virtualidades en cualquier nuevo supuesto que se presente ante la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo.

2. Su incidencia para la interpretación del art. 14 CE

Conocida la *S. Thlimmenos*, de inmediato tenemos que volver la vista a la «metanorma» contenida en el art. 10.2 CE y analizar su alcance a nuestros efectos. Este precepto constitucional dispone, como es sabido, que «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».

A este respecto, nadie pone en duda la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del Convenio de Roma y sus protocolos posteriores. Ahora bien, también aquí hay que huir de cualquier simplificación y analizar la cuestión de manera cuidadosa.

En primer lugar, hay que señalar que el derecho protegido en el art. 14 CE es un derecho fundamental, lo que es ampliamente admitido (incluida la jurisprudencia constitucional), y, por lo tanto, no hay duda alguna de su afectación por el art. 10.2 CE.

A continuación, siguiendo el acertado análisis de Saiz Arnáiz (34), se debe dejar bien sentado que acudir a los textos internacionales (y, derivadamente, a su jurisprudencia) no es algo potestativo para los poderes públicos españoles, sino que tiene carácter imperativo.

El siguiente paso es dilucidar el sentido a otorgar a la expresión del precepto constitucional (relativa a la interpretación) «de conformidad con». Cabe aquí una doble posibilidad interpretativa, puesto que podemos plantearnos si la obligación impuesta por el art. 10.2 CE lo es en un sentido *fuerte* (o estricto), o bien en un sentido *débil* (o laxo). Esto es —aplicándolo ya al caso que aquí interesa—, si se requiere una plena y absoluta coherencia o deduci-

(34) (1999): 205 y sigs.

bilidad entre lo dicho por el Tribunal Constitucional y lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o bien cabe una intelección distinta, en el sentido de que para ser «conforme con» basta con la no contradicción o mera compatibilidad entre ambas interpretaciones. En mi opinión (35), resulta más acertada esta segunda posición; de tal suerte que será suficiente una interpretación no contradictoria con lo dicho por el Tribunal de Estrasburgo para respetar lo dispuesto por el art. 10.2 CE (36).

Ahora bien, lo que la realidad nos muestra es que el Tribunal Constitucional no ha hecho la menor referencia a la doctrina *Thlimmenos* (37); ni, obviamente, ha explicitado razón alguna por la que considera mejor su interpretación restrictiva de la discriminación que la más amplia efectuada por el Tribunal de Estrasburgo.

Alguna consideración merece también el ámbito de aplicación respectivo del art. 14 CE y del art. 14 CEDH. Como ha quedado indicado, aquel precepto constitucional es de mayor aplicación e incondicionalidad que este precepto convencional, cuyo ámbito se restringe al del disfrute de *los otros* derechos y libertades. Siendo diferente su ámbito cabe interpretar que, a efectos del art. 10.2 CE, la jurisprudencia estrasburguesa relevante o de inexcusable consideración por parte del Tribunal Constitucional es sólo la que se refiere al principio de igualdad en relación con los otros derechos fundamentales. Pero a este respecto debe advertirse, asimismo, que el art. 14 CEDH entra en juego también cuando se trata, por ejemplo, del art. 1 del Protocolo 1 (que, como se sabe, es el que garantiza el derecho de propiedad), que además ha sido interpretado expansivamente (este último precepto, se entiende) por el propio Tribunal Europeo. Con lo que, por esta vía, la interpretación del art. 14 CEDH —aunque la ciñamos al ámbito indicado— no quedará circunscrita al conjunto de los derechos protegibles por nuestro recurso de amparo, sino que se deberá proyectar sobre todos los derechos del Título Primero de la Constitución que puedan quedar comprendidos en

(35) Coincidiendo, así, con la manifestada hace tiempo por A. SAIZ ARNAIZ (1999): 221-225.

(36) Es más, con carácter excepcional podría plantearse la posibilidad de una interpretación distinta (e incluso incompatible) por parte de nuestros tribunales; pero, eso sí, con una motivación explícita de por qué no se sigue la jurisprudencia europea. Esta interesante cuestión nos desviaría ahora en exceso, por lo que valga aquí la remisión a la propuesta y razonamientos expresados por V. FERRERES COMELLA (2006): 235 a 241.

(37) Aunque, recientemente, no haya tenido empacho en referirse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al art. 14 CEDH, en un asunto de discriminación indirecta por razón de nacimiento (*vid.* STC núm. 154/2006, de 22 de mayo, RA, FJ. 4).

el ámbito del Convenio Europeo y de los Protocolos firmados por España (38).

En definitiva, ahora ya con mayor fundamento, podemos afirmar que la interpretación restrictiva del principio de igualdad realizada por el Tribunal Constitucional español casa mal con el resultado interpretativo al que le obliga el art. 10.2 CE (al menos, a partir de la *S. Thlimmenos*).

III. DOS CONSTRUCCIONES TEÓRICAS QUE AYUDAN A ADMITIR LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN COMO VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. *La indiscriminación por indiferenciación como laguna axiológica de inconstitucionalidad*

Desde un punto de vista teórico, y aprovechándonos de la elaboración efectuada por Alchourrón y Bulygin —que entre nosotros ha seguido con utilidad Moreso (39)—, podemos desarrollar el siguiente hilo argumental.

Partiendo de la premisa de que la Constitución, como norma suprema, determina y condiciona el desarrollo de las diversas secuencias jurídicas o regulaciones que establece el legislador, hay desarrollos legislativos que no contradicen la Constitución (porque constituyen disposiciones que se mueven dentro del ámbito de lo obligado o de lo permitido por ésta), pero puede haber regulaciones normativas incompatibles con el texto constitucional. Este último caso, a su vez, puede originarse bien porque la «solución» establecida es contraria a algún precepto constitucional, bien —y esto es lo que ahora más interesa— porque el presupuesto al que va anudada una consecuencia jurídica está incorrectamente seleccionado (40).

(38) Como, por otra parte, ya proponía A. SAIZ ARNAIZ (1999): 72 y 73, siguiendo la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA y otros autores más.

(39) La elaboración de C. F. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN —originalmente (1971) en su *Normative Systems*; aquí se utiliza la traducción realizada por los propios autores— la podemos ver en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1993): espec. Cap. VI («El problema de la relevancia y las lagunas axiológicas»), págs. 145 y sigs. La asunción de estas premisas teóricas por parte de J. J. MORESO la podemos ver en su trabajo *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (1997): concretamente, en su Capítulo IV («La primacía de la Constitución»), págs. 165 y sigs.

(40) En palabras de MORESO, «no sólo quedan excluidos aquellos sistemas que contienen normas inconsistentes con determinadas normas constitucionales. También quedan excluidos aquellos sistemas que contienen normas con determinada constelación de casos genéricos,

En efecto, el legislador a la hora de establecer una regulación elige una serie de supuestos en los que se producen unas propiedades que considera *relevantes* a efectos de su determinación genérica, para los que establece una consecuencia jurídica. Pero puede suceder, entonces, que las propiedades, características, circunstancias o condiciones que el legislador haya considerado decisorias o relevantes —que, se insiste, son las que configuran los *casos genéricos* (concepto claramente relativo, añadimos aquí) a los que ha de aplicarse la solución arbitrada— no estén correctamente elegidas; esto es, que el concreto universo de casos establecido por la Ley no resulte constitucionalmente admisible.

Esta inconstitucional elección de las *propiedades relevantes* puede producirse por dos causas contrapuestas. En primer lugar, porque se han establecido como decisivas algunas propiedades que no debían serlo, esto es, se ha establecido alguna o algunas distinciones excesivas, que tienen como consecuencia que el conjunto de casos de aplicabilidad resulta demasiado limitado o «fino». Éste será el caso de una regulación que permite el goce de ciertos derechos o protege determinados intereses a algunos sujetos, quedando (injustificadamente) excluidos de dicha posibilidad otros en similares circunstancias; supuesto típico de activación de la tacha de discriminación.

Pero, en segundo lugar, también puede producirse este efecto por no tomar en consideración el legislador alguna propiedad relevante (en el sentido de que constitucionalmente era obligado tenerla en cuenta), con lo que el caso genérico destinatario de la consecuencia jurídica resulta demasiado amplio o poco fino. Como concluye Moreso, la Constitución «determina no sólo que ciertas soluciones normativas quedan excluidas sino también que determinados universos de casos (con determinada finura) quedan excluidos» (41).

Aquí interesa este último caso mencionado: aquel en el que el legislador no ha recogido una circunstancia o condición que tenía que haber tenido en cuenta y que debería haber originado una solución diferenciada a la más genéricamente establecida para los otros casos.

Conviene precisar que éste sería un supuesto no propiamente de laguna normativa, sino de laguna axiológica (42); es decir, un supuesto en el que, de

quedan excluidas determinadas combinaciones de propiedades» [(1997): 170-171, la cursiva está añadida).

(41) (1997): 176.

(42) En acertada formulación utilizada, entre otros, por los tres teóricos del Derecho citados en la nota 39. Para otras clasificaciones y denominaciones, así como para una mayor profundización en el complejo problema de las lagunas, valga la remisión a F. J. EZQUIAGA GANUZAS (1987): 35 y sigs.

hecho, no se ha tenido en cuenta una propiedad que tendría que haber sido considerada y recogida, por ser ello una exigencia de una norma superior (en nuestro caso, y según la tesis que aquí se defiende, el principio constitucional de igualdad). No se trata de una laguna *normativa*, porque *a*) existe una regulación, y *b*) ésta incluye todos los casos; pero la podemos calificar de laguna *axiológica* porque el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad que consideramos constitucionalmente relevante (43).

El problema se traslada, entonces, a la valoración que se hace de una tal regulación; valoración que consiste en considerarla jurídicamente (constitucionalmente) inadmisibles por no tener en cuenta algún elemento que resultaba relevante. Se trata, sin duda, de un juicio valorativo respecto de la relevancia de alguna propiedad que tendría que haber tenido como resultado una consecuencia jurídica diferenciada de la establecida para los restantes casos. La dificultad será, pues, la identificación de la propiedad constitucionalmente relevante para que la solución legislativa fuese diferenciada; pero, si aquélla existe, la consecuencia ineluctable será la inconstitucionalidad de la regulación que la desconoce, dando un tratamiento general (y no diverso al del resto) a un supuesto específico.

Podemos aportar aquí un ejemplo extraído de nuestra propia *praxis* constitucional que ayudará a comprender mejor y a concretar más lo que se quiere decir. Se trata, además, de un supuesto de discriminación imputada al legislador, si bien no exactamente de discriminación por indiferenciación sino por no inclusión.

La modificación introducida en 1989 en el Código Penal (de 1973, ya derogado) contenía un precepto que incluía la protección penal en caso de impago de alimentos a los hijos habidos en el matrimonio. Planteado un recurso de amparo por la representación legal de un menor nacido de una unión extramatrimonial, al no haber prosperado la acción penal contra el progenitor que incumplió su obligación alimenticia, el Tribunal Constitucional interpretará —en lo que aquí interesa— lo siguiente (44): «el legislador, ejerciendo su

(43) En palabras de ALCHOURRON y BULYGIN: «Este tipo de lagunas [las axiológicas] suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. El uso del término “laguna” no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad, en muchos casos)» [(1993): 158, la cursiva se encuentra en el original].

(44) En su STC núm. 67/1998, de 18 de marzo, RA. Esta Sentencia, pese a tratarse de un recurso de amparo, fue dictada por el Pleno del Tribunal, al separarse en parte de la doctrina

libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribiera el art. 14 de la Constitución» (45). A lo que añade, seguidamente, que «por este motivo puede decirse que, en cierto modo, el objeto de la presente demanda de amparo es fundamentalmente la omisión del legislador ya que *no es la regla expresamente contenida en el art. 487 bis del entonces vigente Código Penal, la que, por sí misma y aisladamente considerada, pueda estimarse contraria al derecho a la igualdad, sino su imperfección, por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido por el legislador fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto*, lesiva del derecho fundamental del hijo de la ahora recurrente en amparo» (46). Aunque se insiste en que no es un supuesto de discriminación por indiferenciación, sino de discriminación por exclusión (implícita), parece clara la reconducción de las autorizadas palabras del Tribunal Constitucional, declarando la inconstitucionalidad, a la categoría de laguna axiológica que acabamos de analizar (47).

Volviendo al objeto más directo de este trabajo, la propuesta que aquí se hace de la discriminación por indiferenciación como violación del principio de igualdad encaja perfectamente en este esquema argumental, puesto que, en definitiva, no sería sino un caso en el que el legislador, por no haber tenido en cuenta una propiedad o especificidad que debería haber considerado en el universo de casos para el que prevé una determinada solución normativa, dispone ésta para excesivos casos, también para supuestos en los que tal solu-

sentada en su anterior STC núm. 74/1997, de 21 de abril, RA. Ambas contienen votos particulares —no muy relevantes para lo que aquí interesa— reflejo, probablemente, de la dificultad y de las peculiaridades que presenta el recurso de amparo cuando la vía agotada previamente por el recurrente ha sido la penal (y más si la Sentencia previa ha sido absolutoria).

(45) FJ. 5, pero que no es sino la confesada reproducción literal de parte del FJ. 4 de la STC 74/1997. Conviene precisar que esta afirmación recogida en el texto no es objeto de discrepancia alguna por ninguno de los Magistrados del Alto Tribunal.

(46) FJ. 5, la cursiva está añadida.

(47) Y no sería una laguna normativa porque, primero, existía una norma (penal) y, segundo, ésta incluía en su ámbito de aplicación una serie de supuestos (el caso de los hijos habidos en matrimonio), quedando claramente excluidos los restantes (los hijos extramatrimoniales) —de manera clara y terminante, por exigencias ineludibles del principio de legalidad penal—, con lo que no quedaba supuesto alguno sin «clasificar» y, por lo tanto, no habría laguna legal alguna (a colmar por los tribunales con el recurso a la analogía o a los principios generales del Derecho).

ción normativa tenía que haber sido distinta al haber algún elemento que destacaba y hacía necesaria su regulación diferenciada.

Si acaso la especificidad de la discriminación por indiferenciación estribará en que es muy posible que en muchos supuestos la excesiva generalización no se perciba con la sola formulación del texto legal (con la mera redacción de sus disposiciones), sino que sea al hilo de su aplicación a algún determinado supuesto de hecho cuando se ponga de manifiesto lo inadecuado (por excesivo) del universo de casos considerado por el legislador. Recuérdese, a este respecto, el asunto al que se refería la *S. Thlimmenos*.

Admitida la posibilidad de que una laguna (axiológica) pueda constituir un vicio de inconstitucionalidad, el problema estribará en constatar la existencia de un elemento constitucionalmente relevante como para no admitir un trato igual a los restantes de los de su clase. Y ya se adelanta que no se puede establecer un listado de tales elementos relevantes, sino que —aunque sea más costoso e inseguro— habrá que estar abiertos a la posibilidad de que el trato indiferenciado resulte constitucionalmente insoportable (48).

De manera conclusiva se puede decir ahora que lo pretendido con esta referencia teórica ha sido poner de manifiesto, por un lado, que dentro de las categorías de inconstitucionalidad cabe perfectamente aquella consistente en la no inclusión legal de alguna previsión. Y, por otro lado, que la discriminación por indiferenciación es (estructuralmente y a efectos de su enjuiciamiento) muy similar a la discriminación por no inclusión; esto es, los problemas que plantea una regulación que no ha extendido sus efectos beneficiosos a todos los sujetos a los que debía haber incluido (para respetar el principio de igualdad), son los mismos que los de aquella que no hubiera tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto (también para respetar el principio de igualdad) —normalmente con la finalidad de excepcionar de alguna limitación o restricción de derechos o intereses establecida en tal regulación—, con lo que la inclusión de la discriminación por indiferenciación en el ámbito de lo protegido por el principio de igualdad no resulta en absoluto algo forzado o ajeno al mismo, sino plenamente coherente.

(48) Dentro de todo lo valorativo (y, por lo tanto, mucho más discutible) que ello sea. Pero no olvidemos que igual sucede cuando se establece una distinción excesiva o inadecuada (discriminación *strictissimo sensu*) por la causa que fuere (recuérdese que el art. 14 CE no contiene un número cerrado de ellas).

2. *El trato igual de lo desigual en la construcción de Alexy*

La elaboración que acabamos de analizar se ve complementada y reforzada con el esfuerzo teórico que sobre el principio de igualdad ha efectuado Alexy (49).

Afronta este autor el «derecho general de igualdad» recogido en el art. 3.1 LF (50), indicando en primer lugar que ahora ya está plenamente admitido (incluida la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe) que tal precepto comprende la igualdad *en* la Ley, es decir, abarca la vinculación del legislador a las exigencias del principio de igualdad. En efecto, la mera igualdad *ante* la Ley — o mandato de igualdad en la aplicación del Derecho— lo que vendría a exigir es que «toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo él, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas» (51).

La igualdad ante la Ley refuerza el sometimiento a la legalidad de sus aplicadores (52) y, entre nosotros —como es sabido—, esta vinculación de los órganos judiciales al art. 14 CE ha servido al Tribunal Constitucional para censurar determinado tipo de cambio de jurisprudencia (53).

Pero si prescindimos de este (limitado) contenido (54), la mera igualdad ante la Ley, sin implicar a su autor, supondría que el legislador, en sus regula-

(49) Originalmente (1986) en su *Theorie der Grundrechte*. Aquí se utiliza la traducción de Garzón Valdés, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (1993): espec. Capítulo VIII («El derecho general de igualdad»), págs. 381 y sigs.

(50) El calificativo lo utiliza el autor alemán para distinguirlo de los demás supuestos de preceptos constitucionales que se refieren a la igualdad, pero para ámbitos particularizados (los «derechos especiales de igualdad»). El art. 3.1 LF dice textualmente: «Todos los seres humanos son iguales ante la Ley».

(51) R. ALEXY (1993): 382 (las cursivas en el original).

(52) Impuesta en la cúspide de nuestro ordenamiento por el art. 117.1 CE y por el art. 103.1 CE, respectivamente, para los órganos judiciales y para los órganos administrativos.

(53) Aunque de limitada manera, puesto que, en definitiva, lo que se ha venido a considerar inconstitucional es el cambio injustificado, inconsciente o inmotivado de la manera de resolver, no el cambio en sí (esto es, la aplicación desigual de la misma Ley, que se permite con ciertas condiciones). Más aún, el caso límite del cambio de jurisprudencia con respecto a la misma persona —supuesto en el que el Tribunal Constitucional interpreta que no puede utilizarse como parámetro el art. 14 CE, por faltar la alteridad necesaria para completar los tres elementos en los que basar el juicio relacional de igualdad— ha puesto de manifiesto que la construcción relativa al derecho subjetivo a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley vendría a identificarse, en último término, con la tutela judicial efectiva *sub specie* derecho a una resolución judicial no infundada ni irracional o arbitraria.

(54) No obstante, *vid.* lo señalado en la nota 70.

ciones podría establecer todas las discriminaciones que quisiera, con tal de que tales normas discriminadoras se aplicaran a todos los casos previstos. Esta última observación hace girar el enfoque del principio de igualdad hacia su comprensión como una norma que incluye también la igualdad en la formulación del Derecho o igualdad en la Ley, vinculando, por tanto, asimismo a legislador.

Ahora bien, seguir por esta vía implica plantearse el siguiente interrogante: ¿en qué consiste que todos sean tratados igual por el legislador? Resulta claro, por un lado, que no puede significar que todos deban ser tratados ni considerados sin ninguna diferencia, porque es una evidencia indiscutible que no se puede hacer (regular algo ya es acotar y establecer distinciones) y nadie lo ha pretendido nunca; pero, por otro lado, tampoco puede ser una cláusula que permita cualquier distinción entre sujetos o cualquier diferencia de trato, porque iría contra la posibilidad misma de otorgarle algún mínimo significado o contenido. Así, la respuesta se busca atendiendo a la formulación más clásica (55), consistente en que «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales».

Algo hemos avanzado si aceptamos esta reformulación del principio (también jurídico) de la igualdad como mandato que comprende ambos elementos, pero inmediatamente tenemos que enfrentarnos con el contenido de esta doble proposición.

Siguiendo a Alexy nuevamente, podemos indicar que una primera manera de entenderlo es en su aspecto *formal*, o limitado meramente al postulado de una práctica de decisión universalista. Para el legislador esto significa que las normas que dicte tengan que tener la forma de normas universales condicionadas: que para todos los supuestos en los que concurran determinadas circunstancias o condiciones se produzca el mismo efecto o consecuencia jurídica. Este planteamiento no es que resulte incorrecto o contradictorio con el principio de tratamiento igual, pero resulta radicalmente insuficiente si no se concreta de qué condiciones hablamos o a qué consecuencias nos referimos. Dicho con un ejemplo muy expresivo, «bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”» (56).

La única manera de avanzar, entonces, es interpretando la proposición también en su sentido *material* o referido a su contenido y no sólo a la fórmula lógica del mandato. Continuar por esta senda exige enfrentarse con nuevos

(55) Sobre la que un poco más adelante diremos algo (*infra* IV.1).

(56) R. ALEXY (1993): 386.

retos puesto que es evidente que nunca dos personas o dos situaciones o dos relaciones son iguales en todos sus aspectos. Y si no se trata de una (imposible) identidad habremos de convenir en que lo igual y lo desigual se refiere (o nos remite) a determinadas propiedades. Y, así, los juicios de igualdad con respecto a *determinadas propiedades* son juicios sobre relaciones triádicas [X es (des)igual a Y con respecto a las propiedades $P_1, P_2 \dots P_N$] y son juicios sobre igualdades (o desigualdades) *parciales*, esto es, referidas a algunas propiedades fácticas y no a todas (del par de comparación).

Este último planteamiento nos obliga a reconocer, inescusablemente, que los juicios sobre la igualdad o la desigualdad, al referirse a aspectos parciales, se reconducen a juicios valorativos sobre determinadas propiedades que se consideran relevantes (y no a otras porque se estiman irrelevantes). Este imprescindible criterio de relevancia se basa —forzoso (y mejor) es reconocerlo— en un juicio valorativo.

Pero esta igualdad «valorativa» —conviene advertirlo con Alexy— no se contiene en la fórmula «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual», sino que, precisamente, se presupone para poder aplicarla (57); esto es, está fuera de ella. Sobre esto conviene insistir para evitar equívocos: el principio de igualdad —tanto en su acepción doble o clásica (que defiende Alexy y que aquí también propugnamos), como en la más restrictiva de sólo su primera parte (que es la defendida por el Tribunal Constitucional español y de la que aquí discrepamos)— da la fórmula para encauzar el juicio, pero sus componentes (qué debe ser igual; qué debe ser desigual) hay que aportarlas desde fuera y en cada caso.

A partir de la primera parte de la proposición —del mandato de tratamiento igual (para los iguales)— podemos decir simplificadaamente que para que sea compatible con un tratamiento diferenciado, tiene que haber una razón suficiente para tal diferenciación. Razón suficiente que, dando cuenta de las desigualdades existentes, justifica el tratamiento desigual. Si no hay tal razón suficiente —esto es, si no se justifica la relevancia de ciertas propiedades que diversifican los sujetos o las relaciones objeto de la regulación por el legislador— la diferencia de trato jurídico será contraria al mandato de igualdad. «Que para la admisibilidad de las diferencias —dice Alexy— tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que, cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento» (58).

Así, esta versión débil de la primera parte de la máxima general de igual-

(57) Vid. R. ALEXY (1993): 388.

(58) R. ALEXY (1993): 395.

dad asumiría el siguiente enunciado: «si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual» (59). Dicho con terminología más próxima: una diferenciación jurídica sin suficiente razón constituye una discriminación inconstitucional.

Para la segunda parte del principio («hay que tratar desigual a lo desigual»), y compartiendo el planteamiento de Alexy, el enunciado sería éste: «si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual». Repárese en que no se trata de una fórmula simétrica a la anterior —ya que la razón suficiente lo ha de ser para *permitir*, en el primer caso, y para *ordenar*, en el segundo—, sino mucho más restrictiva. Simétrica resultaría la formulación siguiente: si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual; pero no es ésta la propuesta por Alexy (60).

Así, pues, el principio de igualdad ordena *prima facie* un tratamiento igual; permite, justificándolo, un tratamiento diferente; y ordena, también justificándolo, un tratamiento diferenciado. La cuestión se desplaza entonces, de nuevo, a la justificación o la argumentación de las razones por las que determinadas propiedades o aspectos o circunstancias específicos pueden *permitir* en unos casos e incluso *obligar* en otros a un régimen de consecuencias jurídicas diversas.

La máxima de trato igual a los iguales y diferenciado a los distintos —que es la traducción del principio de igualdad que aquí asumimos— lo que no hace es dar respuesta a la cuestión nuclear de qué o cuál es «razón suficiente» para permitir u obligar (y esto último es lo que aquí más interesa) la diferenciación, como ya hemos dejado dicho. Ello depende de otros criterios, de los que no hay que ocultar, además, que son criterios eminentemente valorativos. Pero decir esto no significa abocarnos al reino de la absoluta subjetividad o de la pura arbitrariedad, sino que deben ser razones (valorativas) constitucionalmente válidas y justificadas, con lo que su admisibilidad dependerá del nivel y calidad de la argumentación exhibida. Pero esto y no otra cosa es lo propio, en fin, de la argumentación en sede constitucional.

Razón suficiente para la permisión (de la diferenciación) sería entonces —añadimos aquí, para precisar un poco más— aquella que el legislador ha considerado oportuno o conveniente contemplar y que cabe dentro de los márgenes de lo que la Constitución tolera. *Razón suficiente para ordenar* (la diferenciación) será aquella que el legislador no puede ignorar, porque si así

(59) *Ibidem*.

(60) Para una mejor comprensión de esta concreta propuesta interpretativa, *vid.* R. ALEXY (1993): 396-398.

lo hace incurrir en inconstitucionalidad; en nuestro caso, en discriminación por tratar idénticamente lo significativamente diferente, sin justificación.

Para terminar, en la elaboración de Alexy, el tratamiento igual es el que *prima facie* cumple mejor con el principio de igualdad, siendo los tratamientos desiguales los que corren con la carga de la prueba de la razón suficiente (para su admisibilidad o para su obligatoriedad). Concluye, así, nuestro autor: «la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica» (61). De esta última afirmación de Alexy —si se entendiera como un *plus* de presunción de constitucionalidad de la legislación indiferenciadora— es de la que nos permitiríamos discrepar aquí, aunque la razón se explicitará en el apartado siguiente.

Con esta referencia a la construcción alexyana que acabamos de ver, lo que se ha querido poner de manifiesto es que la discriminación por indiferenciación encaja perfectamente en un análisis unitario y más completo del principio de igualdad; y así como existe discriminación legislativa contraria al principio de igualdad *por establecer diferencias no permitidas*, también existe discriminación lesiva del mismo principio *por no establecer diferencias ordenadas*.

IV. PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN EN EL ÁMBITO PROTEGIDO POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ART. 14 CE

1. Referencia a la evolución expansiva del principio de igualdad

Incardinaremos ahora la propuesta aquí sostenida en la evolución sufrida por el principio de igualdad.

A) Como es sabido (62), los *orígenes* más reconocibles del concepto de igualdad que hoy manejamos se remontan a Platón y, especialmente, a Aristóteles, como componente imprescindible (e inclusive el más significativo) de la justicia; más en concreto, como *regla de justicia* (63) para la distribución de bienes u honores y también de castigos. Y aunque la formulación no aparece literalmente así, es a partir de tales aportaciones cuando se acuña la fórmula «canónica» que hoy conocemos y manejamos: «La igualdad exige tratar igual

(61) (1993): 405.

(62) Valga aquí con la remisión al trabajo de F. RUBIO LLORENTE (1981): espec. 17-19.

(63) Vid. N. BOBBIO (1993): espec. 64-67.

a los iguales y desigual a los desiguales» (64). Según el criterio de la igualdad (como elemento de la justicia, se insiste), a la hora de relacionar a las personas con las cosas, los dos aspectos van inescindiblemente unidos.

B) La inclusión del principio de igualdad como *precepto jurídico del más alto rango* se produce ya en los orígenes mismos del constitucionalismo (65). En efecto, en opinión común expresada por Ruiz Miguel, la igualdad ante la Ley es «resultado y parte esencial de la ideología liberal desarrollada por la Ilustración» (66). Recuérdese la rotunda afirmación contenida en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: la Ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga (67). Pero, como es también conocido, la igualdad venía orientada —por contraposición al orden anterior existente (y dirigido a su abolición derechamente)— a la eliminación de privilegios y estatutos jurídicos diferenciados, al sometimiento de todos por igual a la (misma) Ley, a la universalización del ámbito de aplicación de la Ley, sin sujetos, grupos o estratos inmunes o ajenos a la misma (68).

La incorporación revolucionaria de la igualdad jurídica venía referida al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley; pero no a su contenido. Y no se formulaban reservas en cuanto a un posible contenido contrario a la igualdad porque concebida, bajo la impronta rousseauniana, como norma elaborada por el Parlamento y dotada de abstracción y generalidad, la Ley (69)

(64) La expresión original más aproximada es la siguiente: «Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece justa, y lo es, en efecto, pero no para todos sino para los desiguales» [ARISTÓTELES (1985): Libro II, 1280a].

(65) Para esta evolución, además del trabajo de RUBIO LORENTE (1981): espec. 24 y sigs., *vid.* J. JIMÉNEZ CAMPO (1983): espec. 74 a 76 y 88; y L. M.^a DÍEZ-PICAZO (2003): espec. 171-173. Para una profundización mayor, *vid.* M. A. MARTÍN VIDA (2004): *in totum*.

(66) (1996): 41.

(67) El contenido completo de este artículo es el siguiente: «La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege, como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos». Sobre este capital precepto, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1994): 108 y sigs.

(68) Incidentalmente podemos indicar que este aspecto o contenido del principio de igualdad, aunque en la actualidad pueda considerarse «superado», tal juicio sólo puede entenderse manteniendo que *también* forma parte de nuestro actual concepto jurídico del principio de igualdad; o, dicho de otra manera, que tal prístino contenido se ha visto enriquecido con más elementos pero sin eliminar ni desaparecer aquél, por más que hoy se dé por sobrentendido.

(69) Destaca, con acierto, que el principio de igualdad lo era ante la Ley y no ante cualquier otra norma jurídica L. M.^a DÍEZ-PICAZO (2003): 172.

«no podía» ser arbitraria y, por lo tanto, no resultaba sospechoso su contenido.

De ahí que, como tantas veces se ha dicho, tal sentido del principio de igualdad ante la Ley se venga a equiparar con el principio de legalidad y sólo estuviera dirigida a los jueces, que son sus aplicadores (70); y no tanto al legislador, que, con respetar los mencionados caracteres estructurales (formulación general, abstracta y no coyuntural), ya cumpliría con su cometido, aunque amparase (e inclusive se apoyase en) cualquier diferencia existente en la sociedad.

C) Pero aunque aún luzca en diversas Constituciones la formulación original del principio jurídico de la igualdad, como igualdad de todos ante la Ley (71), se ha producido una evidente mutación de su sentido (el gran «cambio de significado» del que tanto se ha hablado en Alemania) hasta comprender también el propio contenido regulativo de la misma o *igualdad en la Ley*. Hoy ya no sólo resulta inadmisibles la aplicación desigual de la Ley, sino que también resulta constitucionalmente inasumible la Ley que establezca la regulación de una materia en contra del principio de igualdad. Ahora bien, para dar este nuevo paso tuvo que desvanecerse, por un lado, el concepto mismo de Ley (en su ideario heredado de los revolucionarios franceses) y, por otro lado, construirse el control de constitucionalidad de la Ley para afrontar el reto de contrastar su contenido con el principio de igualdad recogido a nivel constitucional.

Así, entre nosotros, hoy está indiscutidamente admitida la vinculación del legislador al principio de igualdad del art. 14 CE y, en consecuencia, la inconstitucionalidad de una Ley discriminatoria. Cuestiones distintas son, por un lado, las dificultades que presenta el principio de igualdad como parámetro de validez de la Ley y, por otro lado, los problemas que plantea su remedio una vez tal dato constatado. Pero nadie duda —el Tribunal Constitucional lo viene haciendo sin contestación alguna— que, a través de los cauces establecidos, pueda apreciarse la inconstitucionalidad de una Ley por ser contraria al principio de igualdad.

(70) Algún autor, sin embargo, ha considerado que tendría también un contenido propio, en el sentido de que este mandato de igualdad dirigido a los jueces se concretaría en la prohibición de tomar en consideración otras diferencias que las ya consideradas relevantes por el legislador y, en definitiva, se traduciría en la prohibición de distinguir donde el legislador no ha distinguido. «Una norma de igualdad dirigida a los órganos de aplicación funciona como prohibición de adoptar ciertos caminos interpretativos» [R. GUASTINI (1999): 196].

(71) Recuérdese lo dicho un poco más atrás sobre el Texto Constitucional Alemán, o la primera parte del art. 14 CE.

D) Refiriéndonos a esta evolución, también conviene mencionar la posterior inclusión explícita —tanto en las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial como en los grandes Textos Internacionales—, junto a la cláusula general de trato igual (y sin sustituirla o desplazarla), de *prohibiciones específicas de discriminación* (72). Para estos casos, la legitimidad de la diferenciación se torna más exigente (73), de tal manera que si en los restantes debe justificarse la *finalidad* y la *proporcionalidad* de la diferenciación, con las causas de discriminación nominadamente proscritas tal diferenciación produce mayor recelo y el juicio de constitucionalidad se hace más severo. Así actúa también el Tribunal Constitucional, aunque en propiedad el parámetro de constitucionalidad no sea cualitativamente distinto, como en la interpretación del Tribunal Supremo Norteamericano, sino cuantitativo o de intensidad.

Además, y resueltamente desde el comienzo de nuestra jurisprudencia constitucional (74), cuando se trata de las causas de discriminación mencionadas en el art. 14 CE, ha tenido el efecto añadido de producir una especie de inversión de la carga de la prueba o, mejor, de la carga de la argumentación; si bien esto haya de matizarse un tanto en el caso del enjuiciamiento de la leyes, pues ahí también juega el contrapeso de la presunción de constitucionalidad de los productos normativos elaborados en sede parlamentaria y del necesario respeto a la posición constitucional del legislador por parte del Tribunal Constitucional.

E) Otro contenido añadido al principio de igualdad en las Constituciones de nuestro entorno es aquel que, sin limitarse al trato igual (en la regulación y en la aplicación), establece que los poderes públicos promuevan que la *igualdad sea real y efectiva* en la sociedad. En nuestro ordenamiento es el art. 9.2 CE el que incluye lo que suele denominarse la «igualdad material» y que

(72) Así, por citar un caso especialmente relevante y además reciente, podemos mencionar la Carta de Niza, en cuyo art. 20 se recoge la formulación clásica del principio («Todas las personas son iguales ante la Ley») y, separadamente, en el siguiente artículo se recogen las discriminaciones prohibidas en el ámbito de la Unión Europea. *Vid.* R. ALONSO GARCÍA y D. SARMIENTO (2006): 203 y sigs.

(73) La construcción de un *escrutinio* más estricto ante clasificaciones o criterios (en definitiva, diferenciaciones) *sensibles* o, sobre todo, *sospechosas* se debe, como es sabido, al Tribunal Supremo norteamericano, para dos tipos de condiciones históricamente fuente de discriminaciones, como son el sexo y, más aún, la raza; pero que no aparecen mencionadas en la Decimocuarta Enmienda, donde no hay ningún tipo de circunstancia expresamente recogida, habiendo sido el propio Tribunal Supremo el que las ha identificado como especialmente peligrosas para la igualdad de trato [*vid.* D. GIMÉNEZ GLUCK (1999): 39; y M.^a A. MARTÍN VIDA (2003): espec.153-166].

(74) *Vid.* STC núm. 81/1982, de 21 de diciembre, RA, FJ. 2.

—rápidamente formulado— se relaciona con la igualdad garantizada en el art. 14 CE en que, para la consecución de aquélla (de la igualdad material), está constitucionalmente justificada una diferenciación favorable de trato normativo, precisamente para intentar equiparar a las personas o a los grupos que, de hecho, están en peores condiciones en nuestra sociedad (75). Dicho de una manera más gráfica: el objetivo de la igualdad efectiva puede justificar un trato desigual por parte del legislador (76).

Ahora bien, lo que el Tribunal Constitucional ha afirmado a este respecto —probablemente con acierto en cuanto a la decisión (pues posiblemente sería un caso claro de imposición de una determinada «política» o solución legislativa), quizás no tanto en cuanto a la formulación con la que lo expresa— es que del art. 9.2 CE «no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos» (77). Más recientemente también ha dicho a este propósito: «Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (78).

F) En un paso más, nuestro Tribunal Constitucional también ha admitido (y utilizado decididamente) el concepto de *discriminación indirecta* —con orígenes más remotos en el Derecho antidiscriminatorio norteamericano y con la mayor cercanía de su plena formulación en el Derecho comunitario y su aplicación reiterada por el Tribunal de Luxemburgo (79)—; sobre todo en el caso de la discriminación por razón de sexo (80), aunque no sólo para esta

(75) Así, claramente ya en la STC núm. 98/1985, de 10 de julio, RPI, FJ. 9, donde se interpreta que el art. 9.2 CE «puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material».

(76) *Vid.*, por todos, D. GIMÉNEZ GLUCK (1999): 45-54.

(77) STC núm. 98/1985, cit., FJ. 9.

(78) Pero añadiendo seguidamente, en línea con su conocida postura: «Ahora bien, *en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE*» (STC núm. 69/2007, de 16 de abril, RA, FJ. 4, la cursiva está añadida).

(79) Para la mejor comprensión de la discriminación «indirecta» en el más amplio ámbito del Derecho antidiscriminatorio, valga aquí con la remisión a dos trabajos de M. A. BARRÈRE UNZUETA (1997): espec. 23 y sigs.; y (2001): espec. 150 y sigs.

(80) *Vid.*, por ejemplo, la STC núm. 3/2007, de 15 de enero, RA, FF.JJ. 2 y 3.

clase de discriminación (81). Esta nueva categoría de discriminación, con la correlativa ampliación del contenido del principio de igualdad, como es sabido, parte no de una diferenciación normativa sino de una disposición formulada en su textualidad de una manera (aparentemente) neutra, pero con un impacto (negativo) claramente superior en un grupo o conjunto de sujetos. Lo que, salvo que esté justificado objetivamente (en cuanto a su finalidad y a la proporcionalidad; en el test ya conocido), también constituye un supuesto de discriminación inadmisibles *ex art. 14 CE*.

Como en seguida se advierte, éste es un supuesto que no deja de tener destacadas similitudes con el caso de la discriminación por indiferenciación, por lo que resulta paradójico que se admita la violación del art. 14 CE por una Ley en cuya formulación no se establecen diferencias de régimen que pudieran denotar la existencia de una regulación discriminatoria (sino que es por sus consecuencias o aplicaciones por donde se detecta el trato desfavorable a un grupo de sujetos) y, sin embargo, para rechazar la discriminación por indiferenciación se argumente que no se le puede exigir diferenciación normativa al legislador *ex art. 14 CE*.

G) Vemos, pues, con los escuetos trazos aquí efectuados, que el principio de igualdad ha sufrido una *evolución positiva*, con incremento de contenidos y matices, y sin renunciar a su sentido originario, sino completándolo y perfeccionándolo (82); atentos, sobre todo sus aplicadores constitucionales, a la sociedad en la que debe desarrollar sus virtualidades, que también va evolucionando y requiriendo nuevas soluciones.

2. Insuficiencia de lo argumentado en contrario

Más atrás hemos visto que una de las características de la monolítica jurisprudencia del Tribunal Constitucional, negadora de la discriminación por indiferenciación como ámbito protegido por el art. 14 CE, era su escaso bagaje argumentativo sustentador de tal restrictiva interpretación, pero que, no obstante, podían detectarse un par de razones (disparas entre sí), explicitadas sin mucho pormenor ni desarrollo en sendas sentencias de hace ya más de veinte años. Se trata de la interpretación literal estricta de los términos del art. 14 CE, en un caso; y de las exigencias de la generalidad de la Ley, en el otro.

(81) *Vid.* la STC núm. 154/2006, de 22 de mayo, RA, FFJJ. 6 y 7.

(82) La evolución «acumulativa», de la que ha hablado D. GIMÉNEZ GLUCK (1999): 24.

A) En cuanto a la primera (83), dicho de una manera más técnica, el Tribunal Constitucional parece utilizar (84) el argumento interpretativo *a contrario* para obtener el resultado de un contenido restrictivo del principio de igualdad del art. 14 CE (85): dado que este precepto sólo dice que los españoles son *iguales* ante la Ley, la diferencia normativa no está incluida en su ámbito.

Ciertamente no parece un argumento muy sólido, tratándose de un precepto constitucional de tipo principal y, por tanto, dotado de una notable dosis de vaguedad. Pero es que, además, la rápidamente referenciada evolución de la interpretación del principio jurídico de igualdad ha puesto de manifiesto, justamente, la dirección contraria o ampliadora de los contenidos de la igualdad protegida por los textos de mayor rango, con lo que no parece muy adecuada una interpretación del precepto constitucional en sentido restrictivo, máxime cuando del propio tenor literal del precepto no resulta en absoluto claro que hubiera habido siquiera intención de restringir el concepto clásico de igualdad, ni de otorgarle un contenido así limitado.

Además, ya hemos señalado cómo —con evidente acierto— el propio Tribunal Constitucional no ha hecho este tipo de argumentación restrictiva en un aspecto en el que la textualidad del precepto era mucho más clara, como es el caso de su interpretación de la igualdad *ante* la Ley, donde justamente ha considerado que había de entenderse incluida también la igualdad *en* la Ley.

Supone, en fin, mutilar radicalmente el contenido clásico del principio de igualdad (como parte de la justicia), formulado ya por Aristóteles —como hemos señalado—, y de alguna manera contrariar también la intuición más generalizada y aceptada de aquélla, consistente no sólo en el trato igual para los iguales, sino también en la exigencia de trato diferente para los distintos.

Contenido doble o complejo admitido no sólo doctrinalmente (como es el caso paradigmático de Alexy, que ya hemos visto), sino también jurisprudencialmente —aun sin negar resistencias de otros muchos Tribunales, que es

(83) Lo recordamos nuevamente: «La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolas en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 2.^o), y por ello, lo que el artículo 14 de la Constitución impide es la distinción infundada o discriminatoria» (STC núm. 86/1985, cit., FJ. 3).

(84) La cautela en la formulación es necesaria ante el escaso desarrollo argumentativo y la no excesiva claridad de su fundamentación, con la finalidad de no caer en el error de hacer decir al Alto Tribunal lo que éste no ha dicho (y, quizá, no había querido decir).

(85) Para un mayor desarrollo de este argumento interpretativo, *vid.* F. J. EZQUIAGA GANUZAS (1987): 165 y 22.

necesario reconocer—, como es el caso ya analizado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la Sentencia *Thlimmenos* o el del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia no se ha considerado con detenimiento en este trabajo por no haberse encontrado sentencias relevantes de aplicación de la específica cuestión aquí abordada, pero que viene reiterando inveteradamente que «el principio de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado» (86).

B) El segundo argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional era el de las exigencias derivadas de la imprescindible generalidad de la Ley: «la diferenciación obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la Ley e imposibilitaría la ordenación de las relaciones jurídicas» (87). O como en un sentido bastante similar argumentó con posterioridad: «la generalidad de la norma, y por ello su distanciaci3n en relaci3n a casos particulares concretos, es una garant3a de la seguridad jur3dica y de la igualdad. Por ello, el juicio de igualdad debe hacerse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinc3n, y no casos particulares individualizados. La norma debe utilizar criterios objetivos generales, cuya razonabilidad y proporcionalidad ha de apreciarse en relaci3n con los casos ordinarios y m3s frecuentes» (88).

Aunque el propio Tribunal Constitucional haya tenido que aclarar que «la mera vocaci3n de generalidad de una norma no sana los posibles vicios de inconstitucionalidad en los que haya incurrido. Y es que, efectivamente, una cosa es que, conforme a nuestra doctrina, no pueda declararse la inconstitucionalidad de una norma por la circunstancia de que incurra en la vulneraci3n

(86) Sentencia de 3 de mayo de 2007, *as. Advocaten voor Wereld*, C-303/05, aptdo. 56, la cursiva est3 a~adida. En id3ntico sentido, entre otras muchas, S. de 19 de abril de 2007, *as. Espa~a c. Consejo de la Uni3n Europea*, C-134/04, aptdo. 28; S. de 26 de octubre de 2006, *as. Koninklijke*, C-248/04, aptdo. 72; S. de 22 de junio de 2006, *as. B3lgica y Forum c. Comisi3n*, C-182 y 217/03, aptdo. 170; S. de 30 de marzo de 2006, *as. Espa~a c. Consejo de la Uni3n Europea*, C- 87 y 100/03, aptdo. 48; S. de 9 de septiembre de 2004, *as. Espa~a y Finlandia c. Parlamento y Consejo*, C-184 y 223/02, aptdo. 64; S. de 14 de febrero de 1995, *as. Schumacker*, C-279/93, aptdo. 30; y S. de 28 de junio de 1990, *as. Hoche*, C-174/89, aptdo. 25.

(87) Que hemos visto que dec3a la STC n3m. 23/1986, de 14 de febrero, RA, FJ. 2.

(88) STC num. 70/1991, de 8 de abril, RA, FJ. 7. Esto lo reprodujo el Tribunal Constitucional en su STC n3m. 308/1994, de 21 de noviembre, RA, FJ. 5, para fundamentar que «el juicio de razonabilidad sobre el criterio de diferenciaci3n adoptado por la norma y el fin perseguido por aqu3lla ha de hacerse tomando en consideraci3n el caso normal, esto es, el que se da en la generalidad de los casos del supuesto normativo, y no las posibles excepciones a la regla».

del derecho a la igualdad “en supuestos puntuales” (SSTC 47/2001, de 15 de febrero, FJ. 7; 212/2001, de 29 de octubre, FJ. 5; 21/2002, de 28 de enero, FJ. 4; y 255/2004, de 23 de diciembre, FJ. 4), y otra muy distinta es que deba declararse la conformidad con la Constitución de una norma tributaria que establece, en la generalidad de los casos, una discriminación contraria al principio de igualdad del art. 31.1 CE por el solo hecho de que “tenga vocación de generalidad y aplicación uniforme” (89).

A este respecto, en primer lugar, se debe dejar claro que no hay inconveniente en compartir que, en principio, sea el legislador el que deba decidir qué aspectos son relevantes para establecer una regulación diferenciada y en qué debe consistir tal diferenciación. Pero el problema que aquí se trata es el que surge cuando el legislador no prevé, precisamente, diferencia alguna para casos relevantemente distintos.

A continuación hay que precisar que no se está propugnando el establecimiento de diferencias para todo lo diverso (sea lo que fuere), sino sólo para aquellos casos en los que no diferenciar tenga por consecuencia discriminar. Dicho muy resumidamente, es cierto que en sus orígenes el requisito de la generalidad de la Ley —que viene de muy antiguo, pero que (en lo que ahora interesa y como es harto conocido) tiene su momento clave en la obra de Rousseau— estaba al servicio de la igualdad (en cuanto a sus destinatarios); pero los presupuestos de los que partía tal concepción han cambiado radicalmente, siendo la intervención del legislador cuantitativa y cualitativamente distinta, puesto que hoy se le exige al Estado no sólo la promulgación de grandes regulaciones que permitan a la sociedad funcionar y desarrollarse —recuérdese el diferente esquema de relaciones Estado/Sociedad del que se partía en el momento en que se concibió este requisito de la generalidad como sustancial a la Ley—, sino diversidad de intervenciones puntuales, particulares y coyunturales (que en muchas ocasiones, por el requisito técnico de la reserva de ley, requieren inexcusablemente la intervención del legislador, precisamente).

A este respecto hay unanimidad entre la mejor doctrina en considerar inexistente (por obsoleto) el requisito de la generalidad para cualquier Ley. Así lo han expresado hace ya tiempo, por ejemplo, García Pelayo, García de Enterría, De Otto, Rubio, Jiménez Campo o Santamaría (90).

(89) STC núm. 295/2006, de 11 de octubre, CI, FJ. 7.

(90) En efecto, un rápido vistazo a sus obras nos depara lo siguiente. Para GARCÍA PELAYO, «cuando el Estado ha de utilizar la legislación, no sólo para crear un orden general para la acción, sino también como instrumento de acción, entonces las leyes no pueden tener siempre carácter general y abstracto, sino frecuentemente específico y concreto, de acuerdo con la singularidad y,

En este sentido, aunque en algunos ámbitos las leyes particulares pueden presentar problemas específicos para su admisibilidad —como es, destacadamente, el de las regulaciones de los derechos fundamentales (sobre todo los de

a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir» [M. GARCÍA PELAYO (1991): 1632].

Al tratar del contenido de la Ley, García de Enterría afirma que «puede ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser también un mandato singular o excepcional. El dogma de la generalidad de la Ley podrá expresar una directiva política, podrá venir impuesto normalmente por el principio de igualdad, pero carece de consistencia como requisito técnico. De hecho son usuales y, por supuesto, valen como Ley, que es lo que importa, preceptos singulares y específicos para supuestos únicos o para sujetos también concretos» [E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006): 124].

De Otto efectuó rotundas afirmaciones al respecto, como cuando dijo que «la exigencia de generalidad de la Ley como medio de garantizar la igualdad sólo tiene sentido allí donde el principio de igualdad opera como un mandato dirigido sólo a los órganos que aplican la ley pero no al legislador. El concepto de ley que ve en ésta una norma general intenta suplir esa ausencia de un mandato que obligue la legislador a respetar la igualdad. Quizá sea aquí donde resulte más manifiesto que con el concepto material de ley se quiere suplir la ausencia de Constitución como norma suprema: como no es posible decir que la Constitución impone un límite al poder legislativo, la existencia del límite de respetar la igualdad se argumenta diciendo que sólo forma parte de la potestad legislativa conferida el dictar leyes generales. Pero la construcción es perfectamente innecesaria allí donde hay un principio constitucional de igualdad, como el del art. 14 de la Constitución Española» [I. DE OTTO (1988): 165-166]. Su argumentación, en contra de que la generalidad de la ley pueda justificarse en el principio de igualdad, puede verse en las págs. 180-181.

El propio Rubio ha afirmado que «esta necesidad de intervenir activamente en la dinámica social hace imposible hoy seguramente legislar siempre en términos de absoluta generalidad, atendiendo exclusivamente a los términos típicos de la relación que se quiere regular, sin tomar en consideración la coyuntura económica, la situación concreta de los hombre vinculados por ella y la naturaleza de la actividad a que da lugar, o de los bienes a los que ésta afecta. Ni las leyes de vigencia temporal limitada, ni las que favorecen un sector concreto de la sociedad, o fomentan unas actividades y obstaculizan otras, pueden ser consideradas en nuestro tiempo como fenómenos aberrantes» [F. RUBIO LLORENTE (1993): 37]; precisando un poco más adelante que «la generalidad absoluta puede romperse en atención a situaciones reales y concretas, pero estas situaciones reales han de ser definidas por el legislador en términos abstractos» (pág. 38).

Jiménez Campo ya dejó advertido que «en sí misma, como destacara Kelsen, entre otros, la “generalidad” es rasgo relativo, difícilmente objetivable y de escasa precisión en consecuencia, para constituirse en medida de la constitucionalidad»; añadiendo, un poco más adelante, que «la admisión de la posibilidad de leyes carentes de generalidad tiene no sólo su explicación histórica —(...)— sino su justificación jurídica también» [J. JIMÉNEZ CAMPO (1983): 81-82].

Y para Santamaría la teoría de la generalidad de la Ley «se halla hoy en abierta crisis (...). El dogma de la generalidad de la ley ha tenido que ceder ante la evidencia que supone la proliferación incontenible de leyes singulares, que no pueden concebirse ya como manifestaciones patológicas, sino como la expresión natural del Estado de nuestro tiempo» [J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1987): 408].

libertad)—, hay un reconocimiento generalizado de su permisión constitucional, siempre que respeten el art. 14 CE (y, en algún caso, también las garantías del art. 24 CE).

Pero es que aquí no se postula como solución frente a la discriminación por indiferenciación el recurso a la promulgación de leyes «particulares» (91), sino algo mucho más sencillo (92), porque en la mayoría de las ocasiones valdrá con la introducción de la necesaria especificación, matización o excepción en la regulación de que se trate.

Introducir la complicada cuestión de la generalidad de la Ley, como requisito estructural de la misma, topa con un problema añadido cual es el de su propia indeterminación o, dicho de otra forma, la relatividad intrínseca de la propia generalidad, puesto que regular siempre es, de alguna manera, prever determinadas consecuencias jurídicas a partir de los presupuestos de hecho establecidos o asumidos por la Ley. Sólo una concepción puramente formal de tal requisito (todos están sometidos a todas las Leyes, sean cuales sean y sin referencia alguna a su contenido) puede salvar el concepto, pero por el precio de convertirlo en absolutamente inútil, pues no añade nada a la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (*ex art. 9.1 CE*).

En fin, no hace falta recordar ahora que el «todos» propio de la generalidad de la Ley al servicio de la igualdad partía de una abstracción de los sujetos destinatarios que hoy nos resulta inadmisibles; así, por ejemplo, tal requisito era compatible con una Ley que sólo permitía el sufragio a los *ciudadanos*, a los ciudadanos *varones* y a los ciudadanos varones que fuesen *propietarios* (sufragio censitario).

Todas estas razones hacen que no resulte muy convincente la invocación del requisito de la generalidad de la Ley.

C) Por último, si no hay inconveniente en asumir la extendida interpretación más estricta en los casos de leyes que utilicen criterios clasificatorios o de distinción basados en circunstancias que históricamente han servido para tratar peyorativamente a algunas personas o grupos —que se han solido incluir en los grandes textos, como es el caso del art. 14 CE y de las causas de discriminación nominadamente recogidas— y, a estos efectos, exigirles más para superar el test de la finalidad perseguida y de la proporcionalidad adoptada (a

(91) Ahora no procede analizar ni el concepto ni la terminología para designarlas, por lo que valga con la remisión al trabajo de J. A. MONTILLA MARTOS (1994): 93-124.

(92) La exigencia de dictar una Ley particular para el caso (inexistente hasta ese momento) nos remite a la problemática de la omisión o inactividad del Legislador, que es otra y distinta de la que presenta la discriminación por indiferenciación, como aquí estamos tratando de decir.

la que hemos hecho referencia), no parece tan claro que una Ley que no diferencia, *por este sólo hecho*, tenga un *plus* de presunción de constitucionalidad con respecto a otras que sí diferencien entre personas o circunstancias objetivas. Esta sería la ligera discrepancia con Alexy —anunciada más atrás—, si tal fuera su propuesta: admitida la presunción de constitucionalidad de las leyes, como mecanismo operativo y destinado a funcionar mientras no se produzca una intervención en contrario por parte del Tribunal Constitucional, desde el momento en el que, bien por recurso directo, bien por cuestión de inconstitucionalidad, se plantee la duda de su adecuación a la Constitución, es inevitable el debate y la necesidad de explicitar las razones que justifican la constitucionalidad de la Ley cuestionada (93).

A nuestros efectos, así como una Ley que diferencia, por mucho que haya que justificar su regulación, tiene presunción de constitucionalidad y, si se plantea su inconstitucionalidad, debe justificarse, primero por quien impugna, las razones (al menos, en forma de sólidos indicios) por las que tal diferencia constituye una discriminación inadmisibles, y, luego (de contrario), justificarse la finalidad y la proporcionalidad de la medida, para defender su constitucionalidad (94), lo mismo debería suceder cuando queda cuestionada una Ley no diferenciadora pero contra la que se argumente el resultado peyorativo producido en unos sujetos que se encuentran en situación relevantemente distinta del resto de los casos regulados. En ambos casos lo decisivo debiera ser lo fundamentado (o no) de la inconstitucionalidad alegada.

3. *La discriminación por indiferenciación debe incluirse en el contenido del art. 14 CE*

Llegados a este punto, se puede y se debe avanzar más en el sentido de admitir que puede haber un trato discriminatorio, desfavorecedor a la hora del ejercicio de algún derecho, porque una regulación no haya tenido en cuenta alguno o algunos elementos que tenía que haber contemplado para establecer un régimen diferenciado en tales casos. Esta propuesta tiene valor general pero resulta aún más clara si se trata del ejercicio de un derecho fundamental, y no sólo por el condicionante de nuestro art. 10.2 CE (en relación con la jurisprudencia).

(93) Prescindimos ahora del difícil problema de quién y, sobre todo, cómo «defiende» la constitucionalidad de una Ley, porque nos apartaría mucho del objeto de este trabajo, aunque no es una cuestión baladí.

(94) Cosa distinta, se insiste, será luego el mayor o menor rigor que el Tribunal Constitucional aplique, sobre estos aspectos, en su enjuiciamiento final.

dencia de Estrasburgo, en los términos ya vistos), sino sobre todo por la misma razón por la que el establecimiento de diferenciaciones que implican limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental es siempre «sospechosa», tiene que superar un test o escrutinio más estricto para su admisibilidad (95) y debe, finalmente, ser interpretada restrictivamente. Si esto es así para la diferenciación expresa, la misma *ratio* debe existir cuando la indiferenciación produce idénticos efectos.

No se oculta que si la utilización del parámetro de la igualdad (*sub specie* diferenciación discriminatoria) resulta un instrumento complicado para el control constitucional de la Ley, la discriminación por indiferenciación lo es más; pero no por ello debe rechazarse de plano, sobre todo con el argumento de que «resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE (...), al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (96). El principio de igualdad, por el contrario, debe amparar la exigencia de un trato diferente o (si se prefiere más suavemente) al menos la exclusión de un trato indiferenciado en aquellos casos en los que tal indiferenciación resulte injustificada (97).

Se insiste, una vez establecida una regulación legal (98), si ésta incluye más casos de los debidos (que no guardan la debida relación de identidad o semejanza), con el efecto de restringir o limitar el ejercicio o disfrute de derechos, el principio de igualdad también debe posibilitar su corrección porque —al contrario de lo que afirma el Tribunal Constitucional— nada impide, sino que al contrario apoya, que el trato diferente a los distintos forme parte de su contenido.

La reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional refuerza la propuesta que aquí se hace, al recogerse ahora, de un modo expreso, que el recurso de amparo constitucional protege las violaciones de los derechos

(95) Vid. F. RUBIO LLORENTE (1991): 31, en nota.

(96) Como se dice rotunda y recientemente en la STC núm. 69/2007, de 16 de abril, RA, FJ. 4.

(97) A favor de esta interpretación podría ser significativa una afirmación de pasada —aunque bien es verdad que sin ulterior desarrollo— efectuada por De Otto cuando, al hablar de la generalidad de la Ley (aspecto sobre el que ya nos hemos detenido en el apartado anterior), afirmaba: «Cuando existe tal precepto [se refiere al art. 14 CE] es inútil examinar si una ley es o no general, porque la cuestión es únicamente la de si lesiona o no el principio de igualdad, lo que, por cierto, puede hacerse también con leyes generales» [(1988): 166, la cursiva está añadida].

(98) No se trataría, por tanto, de un supuesto de ausencia u omisión completa de legislación al respecto, ante lo que alguien pretendiese, *ex* art. 14 CE, que se regulase una materia que le afecta.

fundamentales originadas también por *omisiones* de los poderes públicos (99).

Si antaño la Ley se proponía como condición para la libertad (100), hoy que nos encontramos en una sociedad plural, en cuyo ordenamiento los derechos fundamentales son un elemento capital y constituyen, como con indudable expresividad y acierto ha sabido formular Ferrajoli, la «Ley del más débil»¹⁰¹, también el derecho fundamental a la igualdad —con todas sus dificultades interpretativo-aplicativas (que nadie puede negar)— puede exigir tener en cuenta en la Ley algunos elementos a la hora de regular, para no uniformizar los sujetos destinatarios o sus circunstancias cuando existan diferencias que deban tenerse en cuenta. Si en la práctica sucediera (y así se detectara) que la aplicación de una Ley indiferenciadora trata perjudicialmente a un grupo de sujetos, sin justificación razonable, no sólo debiera esta abierta la posibilidad del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por arbitrariedad *ex art. 9.3 CE* sino también por lesión del derecho a la igualdad *ex art. 14 CE* y, en su caso, la posibilidad del recurso de amparo contra tal acto de aplicación. Esto es especialmente importante porque, para lo que aquí interesa, puede no haber arbitrariedad, pero sí discriminación.

Ahora bien, constatado entonces un inadmisibles tratamiento indiferenciado, la solución no es en absoluto fácil (102). Y si no es posible una sentencia interpretativa («manipulativa»), lo más probable es que tampoco proceda la reparación con la anulación (mejor, declaración de nulidad por inconstitucionalidad) de la norma de que se trate, sino que, sobre todo para respetar el papel que le corresponde al intérprete supremo de la Constitución con respecto al legislador, lo más conveniente sea utilizar la técnica prospectiva en el fallo —declaración de inconstitucionalidad sin nulidad—, para que sea el legislador preci-

(99) Art. 41.1 LOTC, reformado por LO 6/2007, de 24 de mayo.

(100) *Vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1994): *in totum*.

(101) *Vid.* su libro *Derechos y garantías. (La ley del más débil)* (1999) donde se contiene también una muy interesante construcción del principio de igualdad (págs. 73-96), que ya había avanzado en su monumental *Derecho y razón* (1998) 905-920.

(102) El interesante trabajo de M. GONZÁLEZ BEILFUSS (2000) puede resultar de utilidad, aunque expresamente advierte (pág. 25) de que sólo se ocupa de las discriminaciones por trato diferenciado y no del supuesto que aquí interesa. Con similar limitación de objetivos nos encontramos también en los trabajos que tratan la cuestión más amplia de las omisiones legislativas, como son los de M. A. AHUMADA RUIZ (1991): 169 y sigs.; M. GÓMEZ PUENTE (1997) y I. VILLAVERDE MENÉNDEZ (1997).

En todo caso, recuérdese que, como ya se ha indicado, estructuralmente pueden ser muy similares *a)* algunos supuestos de *discriminación por no inclusión* de algunos casos en el ámbito de lo (favorablemente) regulado, y *b)* los supuestos de *indiscriminación por indiferenciación*, que lo es por no inclusión de alguna previsión específica (para excepcionar o salvar de una regulación perjudicial, normalmente).

samente (que es al que le corresponde, en todo caso) el que establezca una nueva regulación respetuosa con el principio de igualdad (en el sentido amplio aquí propugnado), pero sin los demoledores efectos anudados a su declaración de nulidad (103).

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA Ruiz, M.A. (1991): «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *REDC*, 8.
- ALCHOURRÓN, C. F., y BULYGUIN, E. (1993): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2.ª reimpresión.
- ALEXY, R. (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid.
- ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D. (2006): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Explicaciones, concordancias, jurisprudencia)*, Thomson, Madrid.
- ARISTÓTELES (1985): *Política*, Espasa, Madrid.
- BARRÈRE UNZUETA, M. A. (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid.
- (2001): «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *RVAP*, 60.
- BOBBIO, N. (1993): *Igualdad y libertad*, Paidós-UAB, Barcelona.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2000): «Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial», *REDC*, 60.
- CARMONA CUENCA, E. (2004): «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Foro Constitucional Iberoamericano*, 8.
- (2005): «La prohibición de discriminación (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)», en la obra colectiva coordinada por J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI: *La Europa de los derechos. (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*, CEPC, Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1993): «El principio de igualdad y otros conceptos afines», en la obra colectiva *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación El Monte, Sevilla.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati.

(103) Sentencias prospectivas que, como es conocido, no están expresamente previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero que éste ha venido utilizando desde la conocida (y aquí ya mencionada) STC núm. 45/1989. Al respecto, valga ahora la remisión a los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989): 6 y sigs; J. JIMÉNEZ CAMPO (1997) espec. 45-66; y A. J. GÓMEZ MONTORO (2001): 578-608.

- FERRAJOLI, L. (1998): *Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 3.^a edic.
- (1999): *Derechos y garantías. (La ley del más débil)*, Trotta, Madrid.
- FERRERES COMELLA, V. (2006): «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en la obra colectiva, dirigida por A. SAIZ ARNÁIZ y M. ZELAIA GARAGARZA: *Integración Europea y Poder Judicial*, Ivap, Oñati.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1989): «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *REDA*, 61.
- (1994): *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2006): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, vol. I, 13.^a edic.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991): «Las transformaciones del Estado contemporáneo», en sus *Obras Completas*, CEC, Madrid, vol. II.
- GÓMEZ MONTORO, A. J. (2001): Comentario al art. 39 LOTC, en la obra colectiva, coordinada por J. L. REQUEJO PAGÉS: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC y BOE, Madrid.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ PUENTE, M. (1997): *La inactividad el legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid.
- GUASTINI, R. (1999): *Distinguiendo. (Estudios de teoría y metateoría del Derecho)*, Gedisa, Barcelona.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1983): «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, 9.
- (1992): «Analogía *secundum constitutionem*», *RCEC*, 13.
- (1997): «Qué hacer con la Ley inconstitucional», en la obra colectiva *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, TC y CEC, Madrid.
- MARTÍN VIDA, M.^a A. (2003): «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense», *REDC*, 68.
- (2004): *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, Granada.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (1994): *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid.
- MORESO, J. J. (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid.
- DE OTTO, I. (1988): *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, Ariel, Barcelona, 2.^a edic.

- REY MARTÍNEZ, F. (2007): «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDC*, 79.
- RUBIO LLORENTE, F. (1991): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *REDC*, 31.
- (1993): «El principio de legalidad», *REDC*, 39, 1993.
- RUIZ MIGUEL, A. (1986): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, 13.
- SAIZ ARNÁIZ, A. (1999): *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid.
- SANTAMARÍA ARENAS, R. (2004): comentario al art. 14 CEDH, en la obra colectiva dirigida por I. Lasagabaster Herrarte, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Comentario sistemático)*, Civitas y Gobierno Vasco, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1987): *Apuntes de Derecho Administrativo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 5.^a edic.
- SUAY RINCÓN, J. (1991): «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en la obra colectiva, coordinada por S. MARTÍN-RETORTILLO: *Estudios sobre la Constitución Española. (Homenaje al Profesor García de Enterría)*, Civitas, Madrid, tomo II.
- VELASCO CABALLERO, F. (2001): «Crónica de jurisprudencia en procesos sobre inconstitucionalidad de leyes en aspectos no competenciales», en la obra colectiva *La libertad ideológica. (Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, CEPC, Madrid.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1997): *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid.

RESUMEN

La discriminación por indiferenciación no ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español como una forma de violación del principio de igualdad garantizado en el artículo 14 CE. En este trabajo se analiza la jurisprudencia constitucional al respecto, así como la *Sentencia Thlimmenos* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que sí se aprecia lesión del principio de igualdad protegido por el art. 14 CEDH. Tras exponer la evolución expansiva del principio de igualdad y la exponer la insuficiencia de los argumentos manifestados en contrario, la propuesta final es la de incluir este tipo específico de discriminación normativa en el ámbito del principio jurídico de igualdad.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, principio de igualdad.

ABSTRACT

The discrimination by non distinctiveness as an infringement of the principle of equality set forth in article 14 CE has not been recognized by the Spanish Constitutional Court yet. This work analyzes the Constitutional Court case law regarding that principle and also the European Court of Human Rights *Thlimmenos* judgment where it was acknowledged an infringement of the principle of equality as guaranteed under article 14 of the European Convention. After explaining the expansive evolution of the principle of equality and the inadequacy of the arguments against that sort of discrimination, the final proposal is to include that specific type of legal discrimination within the sphere of action of the legal principle of equality.

KEY WORDS: Discrimination, principle of equality.