

Principio de igualdad y Derecho privado (*)

Por RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: I. El principio de igualdad y el Código civil. II. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con la Ley. III. Los casos resueltos por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con la Ley. IV. Algunas resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en relación con temas de Derecho Civil. V. Igualdad y autonomía privada.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL CODIGO CIVIL

La adecuación de nuestras leyes al principio de igualdad, sobre todo por razón de nacimiento, de sexo o de religión, ha dado lugar a profundos cambios del Código civil, sobre todo por lo que se refiere al Derecho de persona, de familia y de sucesión.

Cambios legislativos similares se han producido en la mayor parte de los territorios con propio Derecho civil, es decir, con Derecho civil foral. Tal es el caso de la Ley 13/1984, de 30 de marzo, de Cataluña (en relación con la Compilación catalana), de la Ley de 21 de mayo de 1985 de Aragón (en relación con la Compilación aragonesa), de la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, de Navarra (en relación con la Compilación navarra), de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, de Galicia (en relación con la Compilación gallega), de la Ley 6/1988, de 18 de marzo, del País Vasco (en relación con la Compilación de Vizcaya y Alava).

Por lo que se refiere al Código civil, los cambios se han introducido básicamente por la Ley 11/1981, de 13 mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria, potestad y régimen económico del matrimonio, y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil

(*) Este es el texto de una conferencia incluida en las XI Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad en la Constitución española (29 de mayo al 2 de junio de 1989), patrocinadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ministerio de Justicia).

y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Complementarias de esas dos leyes en el propósito renovador de las mismas son la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, la Ley 13/1983, de 24 de noviembre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

En aplicación del principio de igualdad, las mencionadas leyes han equiparado al hombre y a la mujer en relación con el matrimonio, tanto en las relaciones personales como en las matrimoniales, y en relación con los hijos:

«El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» (art. 66 Código civil). «Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia» (art. 70 del Código Civil.). «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio» (art. 1.318, párrafo 1.º Código Civil). «Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1.328 Código Civil). «En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges...» (art. 1.375 Código Civil). «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos...» (art. 1.438 Código Civil).

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre» (art. 154, párrafo 1.º Código Civil). «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez,...» (art. 156, párrafos 1.º y 2.º Código Civil).

En aplicación del principio de igualdad han quedado equiparados todos los hijos, habidos fuera o dentro del matrimonio:

«La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código» (art. 108, párrafo 2.º Código Civil.). «Son herederos forzosos: 1.º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes» (art. 807 Código Civil.). «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre» (art. 808, párrafo 1.º Código Civil.). «Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación» (art. 931 Código Civil).

En aplicación del principio de igualdad en relación con el de liber-

tad religiosa (art. 16 C.E.), el régimen matrimonial es unitario, sin perjuicio de quedar abierta la celebración en forma religiosa:

«Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración» (art. 49 Código Civil.). «Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1.º El matrimonio...» (art. 73 Código Civil.). «Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:...» (art. 81 Código Civil.). «El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio» (art. 85 Código Civil.).

No obstante, subsisten todavía algunos supuestos de discriminación en el Código civil.

La redacción del artículo 17 del Código Civil vigente hasta la Ley 51/1982, de reforma del Código en materia de nacionalidad, procedía de la Ley de 15 de julio de 1954 («por la que se reforma el Título I del libro I del Código Civil, denominado “de los españoles y extranjeros”») y concedía un trato discriminatorio a la maternidad frente a la paternidad en la aplicación del «ius sanguinis» a la determinación de la nacionalidad. En efecto, como es sabido, dicho artículo sólo atribuía la nacionalidad española a los hijos de madre española con carácter subsidiario, es decir, cuando los hijos no siguieren la nacionalidad del padre extranjero (1). Una de las finalidades perseguidas con la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, fue precisamente la de superar ese trato discriminatorio para la mujer, contrario al artículo 14 de la Constitución. De ahí que la misma atribuyese la condición de españoles a «Los hijos de padre o madre españoles» (art. 17.1.º del Código Civil).

El tema quedó solucionado en relación con las situaciones que se produjeran a partir de la entrada en vigor de esta Ley 51/1982, pero seguía abierto en relación con las situaciones preexistentes. En definitiva, se trataba de determinar si la nueva regulación debía aplicarse o no a los nacidos de madre española antes de esa entrada en vigor de la nueva Ley.

Pues bien, en contra del criterio de un sector relevante de la doctrina, que ha venido entendiendo que semejante extensión de la nueva Ley viene impuesta por el respeto debido al artículo 14 C.E., la Dirección General de los Registros y del Notario ha defendido y ha

(1) «Son españoles: Primero. Los hijos de padre español. Segundo. Los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre. Tercero... Cuarto...».

venido aplicando la tesis contraria, de acuerdo con su Instrucción sobre nacionalidad de 16 de mayo de 1983:

«Puesto que no existe disposición transitoria en la nueva Ley relacionada con este punto, es preciso entender que esta novedad no puede tener efecto retroactivo, y por lo tanto, que únicamente podrán ser considerados, por ese sólo título, españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982. Para una aplicación retroactiva de la nueva norma no puede invocarse lo establecido por la disposición transitoria primera de las generales del Código Civil, en cuanto se refiere al derecho declarado por primera vez en el Código y a su eficacia desde luego, puesto que la nacionalidad, más que un derecho es un estado civil y, como tal, un complejo de derechos y deberes, y en todo caso esa aplicación inmediata redundaría en perjuicio de otro «derecho adquirido de igual origen», al implicar un desconocimiento o detrimento de la nacionalidad extranjera ostentada por el interesado» (apartado I, párrafo 1.º).

La única vía que dicha Instrucción ofrece a esos hijos de madre española para adquirir la nacionalidad de su madre es la del ejercicio del derecho de opción del artículo 19, esto es, a partir de los catorce años:

«Ahora bien, estos extranjeros hijos de madre española, si son menores de edad, pueden estar sometidos a la patria potestad de su madre española y ello significa, por aplicación de lo hoy dispuesto por los artículos 19 y 20 del Código, que tienen derecho a optar por la nacionalidad española a partir de los catorce años y en las demás condiciones que detallan los artículos antes citados, y será a partir de la opción y no antes, cuando adquieran la nacionalidad española» (apartado I, párrafo 2.º, 2.ª frase).

Como se ha puesto de relieve por la doctrina (2), los argumentos que se dan para defender esa tesis no parecen suficientes para justificar el resultado manifiestamente contradictorio con el principio constitucional de igualdad tanto por razón de sexo como por razón de nacimiento. Las razones que se dan para mantener la tesis de la retroactividad parecen más convincentes:

— «...si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen». La Instrucción alega que la atribución de la nacionalidad española sería contraria al texto transcrito de la disposición transitoria 1.ª (1.ª frase) Código Civil, puesto

(2) Vid., RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Vecindad Civil y Nacionalidad*. Anuario de Derecho Civil, 1983. pp. 1149 y siguientes. Vid., también el Comentario de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al artículo 17 del Código Civil, en *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986.

que redundaría en perjuicio de la nacionalidad actual del interesado. Ahora bien, el alcance de ese perjuicio es muy relativo, puesto que esa atribución de la nacional no determina el principio de la pérdida de la nacionalidad extranjera. Ello dependerá del ordenamiento correspondiente a esa nacionalidad y no del ordenamiento español. Por ello, además, no creo que esa otra nacionalidad o derecho adquirido pueda considerarse «de igual origen», tal y como exige la disposición transitoria 1.^a del Código Civil para que opere la excepción al efecto retroactivo que reconoce a los nuevos derechos. Por otra parte, es indiscutible que semejante excepción no podría operar frente al caso de las apátridas.

— Un refuerzo para la tesis de una aplicación retroactiva de la Ley 51/1982 procede de los criterios adoptados por la Ley 11/1981 a la hora de aplicar la nueva ordenación que introduce de la filiación y la patria potestad a supuestos anteriores (Vid. las disposiciones transitorias 1.^a, 5.^a y 9.^a).

— Frente a quienes alegan que la Constitución no pudo derogar el artículo 17.1 anterior sin sustituirlo por otra norma, so pena de incurrir en un vacío normativo, hay que alegar que esa es una forma de cuestionar la eficacia inmediata y directa de la Constitución. Ya en el momento de dictarse la Instrucción había tenido ocasión de pronunciarse reiteradas veces el Tribunal Constitucional sobre esa eficacia derogatoria inmediata de la Constitución con respecto a toda norma que fuese contraria a ella. Especial relieve tuvo en su momento en materia de filiación, la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre (3), de acuerdo con la cual el artículo 14 C.E. derogó automáticamente el artículo 137 del Código Civil por ser contrario a la igualdad de todos los españoles por razón de la filiación. Esa misma eficacia inmediata y directa de la Constitución debe mantenerse en materia de nacionalidad con respecto al artículo 17 del Código Civil anterior. Al amparo de dicha eficacia resulta por lo menos indudable que son nacionales españoles los nacidos de madre española a partir de la entrada en vigor de la Constitución (4).

— Frente a la afirmación de que la nacionalidad no es un derecho sino un estado civil, hay que objetar que ello contrasta con nuestra Constitución, que la regula dentro del Título I, es decir, como un derecho fundamental, en consonancia con los tratados internacionales (art. 10.1 C.E.).

— Por otra parte, la irretroactividad propugnada por la Instrucción produce resultados contradictorios con el propio artículo 17, último párrafo y con el artículo 112 del Código Civil. De acuerdo con

(3) Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. B.O.E. 15 de enero de 1983.

(4) También la Sentencia 155/1987, de 14 de octubre, es ejemplo significativo de la eficacia inmediata derogatoria de la Constitución en materia de filiación.

los mismos, la determinación legal actual de una filiación materna anterior a la Constitución dará lugar a la atribución de la nacionalidad española a partir de la entrada en vigor de aquélla.

— El Tribunal Constitucional ha mantenido que la eficacia inmediata de la Constitución implica su aplicación a toda situación existente en el momento de su entrada en vigor, aunque la misma traiga causa de circunstancias que se hayan producido con anterioridad (5).

Pero lo que resulta especialmente preocupante es que esa situación de desajuste entre nuestra regulación de la nacionalidad y la Constitución pretende mantenerse, aunque con algún cambio, mediante la Proposición de Ley presentada a finales de 1988 por el Grupo Parlamentario Socialista para la reforma del Código Civil en materia de Nacionalidad (5 bis). Ello es doblemente llamativo si se tiene en cuenta que una de las varias razones que pueden justificar una reforma tan precipitada (por su inmediatez) de la anterior Ley es precisamente la de salvar el problema al que me vengo refiriendo. Así se dice en los Antecedentes de la proposición:

«Un punto especial criticable de la Ley de 1982, común por otra parte a las reformas anteriores, es la ausencia de disposiciones transitorias, totalmente imprescindibles cuando la nueva regulación introduce tantas y tan diversas novedades. Ante el silencio del legislador no hay más remedio, como tesis general, que acudir al principio de irretroactividad de las leyes del artículo 2.3 del Código Civil. Esta conclusión conduce a consecuencias injustas, cuando se trata de aplicar la novedad del artículo 17.1.º del Código Civil, que declara la españolidad de origen de los hijos de madre española: pues, en efecto, como por lo arriba dicho, la novedad no puede tener efecto retroactivo, solamente podrán ser considerados españoles de origen los hijos de madre española nacidos después de la entrada en vigor de la nueva Ley de 1982. Esta solución puede conducir a la inexplicable situación de coexistencia de hijos españoles y extranjeros nacidos de la misma madre española, con estatutos jurídicos distintos determinados por el dato del momento del nacimiento, constituye además una discriminación por razón de sexo, en nada concorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 32 de la Constitución». (Apartado I, párrafo 1.º).

La injusticia denunciada se trata de subsanar con la disposición transitoria segunda de la Proposición de Ley, que «atribuye a tales hijos nacidos de madre española con anterioridad a la entrada en

(5) Así, por ejemplo, en materia de filiación, Vid., la ya citada Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre.

(5 bis) Disueltas las Cortes para la convocatoria de Elecciones Generales, la Proposición ha vuelto a ser presentada por el Grupo Socialista del Congreso (B.O.C. de 15 de diciembre de 1989), con el mismo texto, aunque suprimiendo los Antecedentes que en aquélla precedían a la Exposición de Motivos.

vigor de la Ley de 13 de julio de 1982 un derecho de opción a la nacionalidad española, no sometido a plazo de caducidad. Se considera más justa esta solución —la declaración de voluntad del interesado— que la atribución automática y *ex lege* de la nacionalidad española, que podrá perjudicar al estatuto ostentado conforme a la nacionalidad actual del optante». (Apartado I, párrafo 2.º).

En efecto, de acuerdo con esa disposición transitoria segunda, «Quienes no sean españoles conforme a la legislación anterior, y lo serían por aplicación de los nuevos artículos 17 y 19 del Código Civil, podrán optar por la nacionalidad española, en cualquier tiempo y en las demás condiciones previstas en los artículos 20 y 23».

Hay que tener en cuenta que una novedad importante que pretende introducir la Proposición de Ley con respecto a la regulación actual del derecho de opción es que el representante legal del menor de catorce años pueda ejercerlo por él, superando así la situación provocada por el actual artículo 19 del Código Civil (6), al no poder optar los sujetos en él contemplados menores de edad hasta haber alcanzado esa edad de catorce años:

«La independencia familiar en materia de nacionalidad consagrada en 1975 para el matrimonio ha alcanzado a las relaciones paternofiliales. Pero este principio, en combinación con lo dispuesto en el actual artículo 19 del Código Civil, conduce a consecuencias carentes de explicación: al no ser posible la naturalización colectiva, naturalizado español un extranjero, sus hijos menores de 14 años seguirán siendo extranjeros; tan sólo a partir de los 14 años, esos hijos podrán optar por la nacionalidad española, asistidos por sus representantes legales» (apartado III, párrafo 1.º de los Antecedentes).

Como se dice en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, «esta última posibilidad viene a colmar un vacío de la legislación anterior y remediar una situación injusta, pues no es comprensible que no existan términos hábiles para que una persona, incapaz de emitir por sí una declaración de voluntad, no pueda adquirir la nacionalidad española, que, quizá, es ya la de todos sus familiares. En cualquier caso esta opción en nombre de otro, por suponer un cambio profundo de su estado civil, queda sujeta a autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Fiscal, como ocurre ya en muchos casos de intervenciones semejantes del menor o incapaz» (párrafo 6.º, in fine).

Además, se trata de recortar la eficacia general que actualmente se atribuye en el último párrafo del artículo 17 a la determinación legal de la filiación, limitándola a los menores de edad (7):

(6) Distinta nacionalidad de los titulares de la patria potestad o de la tutela y los sometidos a su potestad menores de catorce años. Distinta nacionalidad de éstos y sus hermanos, mayores de catorce años, que hayan optado por la nacionalidad española.

(7) Artículo 17.2: «La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causas de

«Especial comentario merece el último párrafo de este artículo 17. Su finalidad fundamental radica en evitar los cambios bruscos de nacionalidad como consecuencia de ciertos hechos o determinaciones de filiación sobrevenidas, con posterioridad a la atribución de la nacionalidad extranjera. Se estima que la atribución automática de la nacionalidad española por filiación o por nacimiento en España es una consecuencia perturbadora para el interesado, cuando tales hechos se descubren después de dieciocho años de edad, por afectar entonces a personas cuya vinculación con España es inexistente o muy escasa. Ahora bien, tales circunstancias han de ser tenidas en cuenta, por representar vínculos especiales de conexión con España o con un español, mediante el reconocimiento a los interesados de un derecho de opción a la nacionalidad española» (Antecedentes, último párrafo del apartado dedicado al art. 17).

Este cambio disminuye la contradicción, a la que se ha hecho referencia como argumento a favor de la tesis que definiendo, entre los resultados que produce actualmente la determinación legal de la filiación y la negativa a conceder la nacionalidad española a los nacidos antes de la Ley 51/1982, al dejar limitada dicha contradicción a los supuestos de menor edad. No obstante, el distinto tratamiento subsiste para éstos en las previsiones de la Proposición, con lo que ello tiene de contradictorio.

Pues bien, es probable que con esa nueva regulación se lograra solucionar en la práctica la mayor parte de los supuestos que se plantean actualmente en relación con la nacionalización por filiación materna. Pero ello no es obstáculo para seguir afirmando que la solución no es acorde con la Constitución, puesto que sigue implicando un trato discriminatorio, es decir, un trato diferenciado sin justificar.

En efecto, es indiscutible que conceder un derecho de opción, aunque sea en términos amplios («en cualquier tiempo») y de forma incondicionada, no es el mismo tratamiento que la concesión directa y automática de la nacionalidad española. Ese derecho de opción puede ser, en su caso, más favorecedor (constituye un auténtico privilegio), pero no es eso lo que tiene relevancia en este debate sobre la aplicación del principio de igualdad. Lo que resulta es que, sin justificación suficiente, se da un tratamiento distinto a los nacidos con anterioridad a la Ley 52/1982 de madre española frente a los nacidos después.

En cualquier caso hay siempre una diferencia desfavorable para

adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación».

Artículo 20.1: «Tienen derecho a optar por la nacionalidad española, además de las personas comprendidas en el último párrafo del artículo 17, quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español, así como aquellos cuyo padre o madre hubiese sido originalmente español (y nacido en España)».

los que gozan de ese derecho de opción, y es que no serán considerados como españoles de origen.

Por otra parte, no creo que la nueva regulación pudiese evitar, en su caso, la eficacia inmediata de la Constitución, que opera a partir de su entrada en vigor, tal y como en otros supuestos nos ha venido diciendo en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional.

Pero es que, además, la formulación actual de esa disposición transitoria 2.^a de la Proposición de Ley es desconcertante. Su redacción únicamente puede beneficiar a los que, no siendo españoles de acuerdo con la Ley 51/1982 («legislación anterior»), lo puedan ser de acuerdo con los nuevos artículos 17 y 19 del Código Civil. Pues bien, el artículo 19 de la Proposición no presenta ninguna variante respecto al artículo 18 actual, salvo el abandono de la referencia a la adopción plena, una vez unificada dicha institución por la Ley 21/1987 (8). Luego no hay nadie que, pudiendo ser español al amparo del artículo 19 de la Proposición, no pueda serlo también al amparo del artículo 18 del Código Civil actual.

El resultado es básicamente similar si se compara el artículo 17 de la Proposición con el artículo 17 actual. En efecto, los cambios en dicho artículo se producen principalmente en el apartado 4.º y en el último párrafo, pero no en el párrafo 1.º, que es el relevante a nuestros efectos y que permanece invariable, atribuyendo la nacionalidad española a «Los hijos de padre o madre españoles».

Sólo cabe concluir que los redactores de la disposición transitoria han sufrido una confusión, que únicamente cabría salvar, manteniendo el texto actual de la misma, si se entiende que la referencia a la legislación anterior comprende también la legislación anterior a la Ley 51/1982, es decir, toda la legislación anterior.

Aunque constituye un tema secundario, también conviene señalar que, como ya he dicho, el artículo 19 de la Proposición conserva la regulación del actual artículo 18 y, consecuentemente, la extraña atribución de la nacionalidad española de origen únicamente a los adoptados por quien ya fuese español en el momento de nacimiento de aquéllos. Pues bien, es evidente que semejante trato diferenciado para los demás adoptados es también contrario al artículo 14 C.E. La discriminación no procede del peor trato de los hijos adoptivos (arts. 18 actual y 19 de la Proposición) frente a los hijos naturales (art. 17), sino del de unos hijos adoptivos frente a otros hijos adoptivos. A pesar de que alguna vez se haya pretendido la necesidad constitucional —en base al principio de igualdad— de dar el mismo trato a los hijos naturales y adoptivos, parece indiscutible que ello no viene impuesto por los artículos 14 y 39 C.E., y así ha venido a reconocerlo

(8) Artículo 3.º: «En el texto del Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada "adopción plena" se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley».

tácitamente el Tribunal Constitucional, aunque sobre el respecto no haya realizado ningún pronunciamiento formal directo (9).

Mientras que nuestros legisladores entendieron oportuno modificar la regulación de la nacionalidad para —entre otras cosas— recoger en ella el principio constitucional de igualdad, no ha ocurrido lo mismo con la vecindad civil. De ella se ocupan básicamente los artículos 14 y 15 del Código Civil. Pues bien, yo creo que el artículo 14 del Código Civil es contrario a dicho principio, y que, consecuentemente, debe considerarse derogado. En efecto, somete la vecindad civil de la mujer casada a la del marido y atribuye la vecindad civil del padre a los hijos no emancipados. La vecindad civil de la madre únicamente opera subsidiariamente, en defecto del padre, para determinar la vecindad civil de sus hijos no emancipados.

No obstante, en este caso también algún sector de la doctrina ha venido a defender lo contrario: la no derogación del mencionado precepto por la Constitución. Estas son las consideraciones que yo he expuesto en contra de la mencionada opinión:

«Se ha venido a decir que el artículo 14.4 del Código Civil no es anticonstitucional porque no contiene una discriminación propiamente dicha en contra de la mujer, sino una discriminación formal o apariencia de discriminación. En efecto, la sujeción de la mujer y de los hijos a la vecindad civil del marido y del padre no es sino un recurso técnico de carácter neutro para determinar la Ley aplicable a ciertas relaciones jurídicas, que no prejuzga si dicha Ley será favorable o desfavorable a los intereses de unos y otros; por lo que —se añade— no cabe hablar de discriminación. Se trataría, pues, de un recurso práctico, difícil de sustituir a veces y que, en principio, no perjudica ni favorece a nadie, ni al hombre ni a la mujer. Yo creo que tales argumentos no hacen sino limitar el campo de aplicación del artículo 14 de la Constitución, que no tiene nada que ver con algo tan difícil de determinar como lo que pueda ser ventajoso o perjudicial para las personas. Es cierto que algunas de las desigualdades mantenidas por la Ley antes de la Constitución en relación con los supuestos de hecho de su artículo 14 eran más llamativas y/o menos soportables para la conciencia social, pero ello no puede conducir a reducir el efecto de dicho artículo 14 a los mencionados casos. En definitiva, discriminación equivale —como ya hemos apuntado— a cualquier trato diferenciado, en este caso entre el hombre y la mujer, que carezca de justificación suficiente. Pues bien, parece evidente que tal es el supuesto del artículo 14.4 del Código Civil. El trato diferenciado que reciben en él la mujer y el hombre carece de justificación alguna».

«Un segundo argumento que se maneja para defender la continua-

(9) Un trato desigual de hijos adoptivos e hijos por naturaleza se viene a aceptar tácitamente en la Sentencia 33/1983, de 4 de mayo.

da vigencia del artículo 14.4 del Código Civil es el de inseguridad que se crearía si se admitiese su derogación, como consecuencia de la laguna legal que se produciría. Conviene en este punto recordar principios fundamentales para cuantos nos dedicamos al estudio del Derecho. La existencia de lagunas legales es algo permanente y consustancial al Ordenamiento. La integridad se predica de este último y no de las leyes. Pero precisamente por ello el propio Ordenamiento suministra un sistema de fuentes y un sistema de interpretación y de aplicación, que incluye la integración de las lagunas normativas. Es labor de la doctrina, de los Jueces y Tribunales, y de todos los órganos del Estado, dentro del desempeño de sus funciones, salvar permanentemente las lagunas normativas mediante su aplicación de las diversas técnicas de integración de las mismas. Por ello, aunque existan lagunas normativas, "los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan" (artículo 1.7 Código Civil). Todo lo dicho conduce a concluir que la existencia de una laguna legal no puede constituir un argumento decisivo para rechazar la eficacia inmediata y derogatoria de la Constitución. Ello no quiere decir que no se haya producido, en efecto, un incremento de la inseguridad jurídica y que ello no sea negativo. Pero semejante situación es absolutamente inevitable en un proceso constituyente tal como el que estamos viviendo. La existencia de lagunas, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución, debe servir de estímulo a todos los órganos del Estado y a la doctrina para la superación de las mismas y no de argumento para aplazar el cambio constitucional a su desarrollo legislativo. En definitiva, esgrimir el peligro de la laguna legal para evitar la aplicación directa e inmediata de la Constitución conduce en multitud de casos a reducir el valor de nuestro primer texto legal a norma meramente programática» (10).

Lo mismo cabe decir —por cierto— de todas aquellas normas de Derecho internacional privado que utilizan como punto de conexión para la aplicación de un ordenamiento la nacionalidad o cualquier situación del marido con carácter prioritario frente a la correspondiente situación de la mujer. Es cierto que en todos estos supuestos, al renunciar a semejante sistema, sumamente sencillo, se ha de pasar a sistemas más complejos, pero ello no puede justificar suficientemente la preferencia que en tales casos se conceda a la situación del hombre frente a la de la mujer para decidir el ordenamiento aplicable a una relación jurídica. Tal es el caso del artículo 9.º 2 del Código Civil, cuando remite a la ley nacional del marido para regular las relaciones personales del matrimonio. Tal es el caso también del artículo 9.º 3 del Código Civil, que aplica también el mismo criterio

(10) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Vecindad Civil y Nacionalidad*. ADC. 1983, pp. 1149 y siguientes. Vid., pp. 1152 a 1154.

para regular las relaciones matrimoniales entre cónyuges. El artículo 107 del Código Civil, introducido por la Ley 30/1981, subsana ya ese trato discriminatorio, en relación con la ley aplicable a la separación y al divorcio.

Es cierto que la derogación por la Constitución del artículo 14.4 del Código Civil plantea la difícil integración de la laguna legal que surge en relación con la determinación de la vecindad civil de los hijos no emancipados cuando sus progenitores tengan distinta vecindad civil. Estos son los términos en los que yo he tratado de brindar soluciones para la integración de esa laguna:

En el Congreso de Zaragoza de 1981 la conclusión segunda de la ponencia de vecindad civil proponía de *lege ferenda* lo siguiente:

«Determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de un acuerdo, conviene establecer criterios objetivos».

Pero en la situación actual no resulta fácil admitir la mencionada solución. De hecho no creo que ningún encargado del Registro Civil estuviese dispuesto a inscribir una declaración de voluntad de los progenitores con semejante contenido.

Las únicas soluciones posibles serían las de acudir a la vecindad del domicilio o a la del lugar de nacimiento del menor. Se trata de criterios objetivos que, pensando también en una reforma legislativa de las características correspondientes a la conclusión del Congreso de Zaragoza reproducida, podrían servir, tal y como se dice en la misma, para solucionar los supuestos de desacuerdo.

El recurso a la vecindad del domicilio puede tener un apoyo por analogía, en el artículo 9.º.10 del Código Civil, que prevé como ley personal la del lugar de residencia habitual cuando la nacionalidad sea indeterminada. Por otro lado, dicha vecindad civil coincide con la tendencia de los diversos órganos del Estado a aplicar la ley del territorio, expresamente recogida en algunos de los Estatutos de Autonomía: así, en el catalán (art. 7.º 1), en el gallego (art. 38.1) y en el balear (art. 7.º). Por último, hay que añadir que normalmente esa vecindad civil del domicilio o residencia habitual terminará siendo la común de toda la familia, como consecuencia de la aplicación del artículo 14.3-2.º del Código Civil.

La atribución de la vecindad civil del lugar de nacimiento es práctica en la medida que tiene un punto de apoyo claro en el actual artículo 14.5 del Código Civil; aunque no fuese pensando para este supuesto de hecho, el caso es que resulta perfectamente subsumible en él. Ello es así siempre que, tal y como yo lo he entendido, dicho precepto no sea interpretado como encaminado a facilitar la prueba de vecindad civil, sino como receptáculo del papel residual que al «*ius soli*» le corresponde en la determinación de la vecindad civil cuando el «*ius sanguinis*» no puede operar: por desconocerse la identidad

de los progenitores, porque éstos no sean españoles; y, ahora, finalmente, en el caso que nos ocupa, porque la aplicación del «ius sanguinis» introduce también la duda («En caso de duda») sobre la vecindad civil del hijo, al remitirnos a dos vecindades civiles, la del padre y la de la madre» (11).

La aplicación de estos criterios cuestiona ciertamente el principio de unidad familiar en tema de vecindad civil, incluso entre hermanos. No obstante, semejante objeción no tiene hoy en día carácter decisivo, puesto que el principio de unidad familiar ha quedado ya roto en tema todavía más importante, como es el de la nacionalidad.

No es mala ocasión, a la vista de las dificultades que se plantean, para recordar lo oportuno que sería superarlas, al menos por el momento, mediante una modificación concreta del artículo 14 del Código Civil.

Y así ocurre, en efecto, con la redacción que se pretende dar al artículo 14 del Código Civil en la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, remitida recientemente por el Senado al Congreso (11 bis), que respeta la autonomía de la vecindad civil frente a la vecindad administrativa, la política y la residencia habitual o domicilio, suprimiendo las discriminaciones a las que me he referido del artículo 14.4 del Código Civil. Ello se hace sustituyéndolo con un nuevo sistema caracterizado por la renuncia total a la unidad familiar en materia de vecindad civil y por la facilidad (quizá excesiva en algún caso) de cambiar de vecindad civil, tanto de los cónyuges como de los hijos, cuando aquéllos o los padres de éstos no tienen la misma vecindad:

— «Cualquiera de los cónyuges no separados legalmente o de hecho podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro» (art. 14.4 de la Proposición).

— «Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tenían distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido establecida antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos tenga la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción» (art. 14.3, párrafos 1.º y 2.º de la Proposición).

— Aunque «Los cambios en la patria potestad o en la vecindad de los padres, no afectan a la vecindad civil de los hijos», se concede

(11) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Vecindad Civil y Nacionalidad*. ADC. 1983, pp. 1149 y siguientes. Vid., pp. 1159 a 1160.

(11 bis) Disueltas las Cortes para la convocatoria de Elecciones Generales, la Proposición ha vuelto a ser presentada, esta vez por el Grupo Socialista del Congreso (B.O.C. de 15 de diciembre de 1989), con el mismo texto.

un amplísimo derecho de opción a los hijos por la vecindad de aquellos, asistidos en su caso del representante legal:

«En todo caso el hijo desde que cumpla 14 años hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar por la vecindad de cualquiera de sus padres».

Finalmente, se mantiene, aunque ampliado en cuanto a su tiempo de ejercicio en los mismos términos señalados en el apartado anterior, el derecho de opción a favor de la vecindad civil del lugar de nacimiento.

La mencionada Proposición de Ley elimina también la discriminación de la mujer frente al marido derivada de la preferencia que el Código da —ya lo he apuntado— al ordenamiento nacional del marido (frente al de la mujer) para regular las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio. A tal efecto prevé esta nueva redacción para los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil:

«2. Las relaciones personales entre los cónyuges se registrarán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

«3. Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se registrarán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida la nueva ley nacional.»

Esta Proposición suprime también otros supuestos residuales de discriminación por razón de sexo y de edad:

— La preferencia que el artículo 1.066 da al varón frente a la mujer y al de mayor edad frente al de menor edad para entregar los títulos de fincas adjudicadas a varios herederos en las particiones de herencia. Se sustituye esa preferencia por el sistema de sorteo.

— Se suprime la referencia que el artículo 1.267, párrafo 3.º, contiene al sexo para calificar la intimidación.

— Se sustituye «mujer» por «cónyuge» en el artículo 648, número 2.º, en relación con la revocación de donaciones, y en el artículo 1924, número 2.º, apartado B), en relación con la prohibición de disponer en favor del Notario que autorice el testamento y de sus familiares.

— Se generaliza a todos los hijos (superando la redacción actual referida sólo a las hijas) la incapacidad por indignidad del artículo 756-1.º, con el siguiente nuevo texto: «Los padres que abandonen, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

— Se elimina la desigualdad resultante del artículo 853, cause 3.ª («Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución»), suprimiendo la mencionada causa (11 ter).

(11 ter) En la tramitación parlamentaria de la misma Proposición —Vid., nota anterior— se han añadido otras modificaciones al Código:

Cabe señalar otros dos supuestos en los que —en mi opinión— subsisten discriminaciones contrarias al principio de igualdad, y consecuentemente, el artículo 14 C.E. Se trata de los artículos 184-2.º y 4.º y 837, párrafo 2.º Código Civil.

Por lo que se refiere al artículo 184 del Código Civil, no parecen suficientemente justificadas las preferencias que establece a favor del hijo mayor frente al menor ni a favor del hermano mayor frente al menor para la representación del declarado ausente.

Con mayor razón, ya que afecta también al sexo y al nacimiento, carecen de justificación las preferencias contenidas en el artículo 2.033 Ley Enjuiciamiento Civil a favor de hijos legítimos, varones y de mayor edad para la designación del defensor del desaparecido.

Por lo que se refiere al artículo 837 del Código Civil, el peor trato en la porción de legítima del progenitor que reciben los hijos extramatrimoniales concebidos constante el matrimonio con el viudo con derecho a legítima frente a los hijos extramatrimoniales concebidos antes de ese matrimonio carece de suficiente justificación. Así lo ha señalado algún sector de la doctrina.

Una vez más parece que el reproche a la infidelidad se pretende paliar o compensar con un mejor trato (legitimario) del cónyuge superviviente a costa de un peor trato (legitimario) de determinados hijos extramatrimoniales (adulterinos).

En cambio, creo que la diferencia de trato que se concede a los hijos de uno solo de los cónyuges, según convivan o no en el hogar familiar, está suficientemente justificada, tanto en la enumeración de las causas de separación (art. 82-2.ª del Código Civil), como en la determinación de las cargas de la sociedad de gananciales (art. 1.362-1.ª causa, párrafo 2.º del Código Civil.).

En el caso del artículo 2.033 Ley Enjuiciamiento Civil hay que afirmar lo mismo que he mantenido en relación con el artículo 17 en tema de nacionalidad y con el artículo 14 en tema de vecindad civil. La entrada en vigor de la Constitución supuso la inmediata derogación de tales preceptos en cuanto contenían un trato discriminatoria por razón de sexo y su sustitución (a veces especialmente problemática, como en el caso de la vecindad civil de los hijos de los cónyuges con distinta vecindad) por normas igualitarias. Lo mismo ocurre en todos los demás preceptos civiles de carácter discriminatorio (así, por ejemplo, en los arts. 58, 59 y 62-1.º de la Ley de Arrendamientos

— Se ha añadido la siguiente frase al artículo 9.8: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

— En el artículo 648-1.º se sustituye «la honra» por «el honor».

— Se da la siguiente redacción al artículo 159: «Si los padres viven separados y no decidiesen de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos y las hijas menores de edad. El Juez oírás, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

Urbanos; quizá también en los arts. 4.2 y 76.1 de la misma). En ese sentido, hay que afirmar que la Ley 51/1982 no ha venido sino a articular legalmente, para una mejor ordenación, ese efecto derogatorio de la Constitución (12). Lo mismo cabrá decir en su día de la Proposición de Ley de Reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo a la que me he referido, si la misma se transforma, previa la correspondiente tramitación parlamentaria, en Ley.

Pero el tema varía en el caso de los artículos 184-2.º y 4.º y 837, párrafo 2.º Código Civil. En efecto, se trata de normas que han entrado en vigor con posterioridad a la Constitución (Leyes 30 y 11/1981, respectivamente). Consecuentemente, en su caso no opera la eficacia derogatoria inmediata a la Constitución (arts. 53.2 y disposición derogatoria, apartado 3). Ello implica que, aunque sean contrarias a la misma, estarán vigentes mientras no sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional y, consecuentemente nulas (art. 39 LOTC). Lo mismo cabe afirmar con respecto a toda Ley que se produzca en el futuro. De ahí que haya que temer especialmente la reforma de la nacionalidad si con ella se pretende —entre otras cosas— una interpretación de la Ley 51/1982 contraria al principio de igualdad y a la eficacia directa e inmediata de la Constitución.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON LA LEY

De acuerdo con la doctrina elaborada hasta ahora por el Tribunal Constitucional en relación con la interpretación y aplicación del artículo 14 C.E., «al establecer el principio general de que “los españoles son iguales ante la Ley” establece *un derecho subjetivo* (13) a obtener un trato igual, impone *una obligación a los poderes públicos*, de llevar a cabo este trato igual y, al mismo tiempo, *limita el poder*

(12) Lo mismo ocurre con las Leyes 11/1981 y 30/1981.

(13) «...dualidad de puntos de vista sobre la institución contenida en el artículo 14 de la Constitución, que puede ser considerada como un principio de derecho que modaliza relaciones o situaciones jurídicas y, por consiguiente, con su propio régimen jurídico y que puede ser considerada también como una norma y un límite de la potestad legislativa del Estado, que contiene al mismo tiempo un derecho subjetivo, de carácter fundamental, a la igualdad jurídica». Voto particular del Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo a la Sentencia 7/1983, 14 de febrero. Sala 2.ª. B.O.E. 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas» (14) (15).

«Dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Puede decirse, pues, que el principio de igualdad encierra una *prohibición de discriminación*, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podrá aducirse la quiebra del principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una *igualdad de situaciones* entre los sujetos afectados por la norma, se produce un *tratamiento diferenciado* de los mismos *en razón a una conducta arbitraria o no justificada* de los poderes públicos» (16).

A continuación no abordaré la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación de la Ley. La doctrina elaborada sobre el principio de igualdad y la aplicación de la Ley por los Tribunales (17) es aplicable básicamente a dicha aplicación por la Administración (18). Me limitaré pues a exponer la doctrina del Tribunal sobre el principio de igualdad en relación con la Ley.

Para la igualdad ante la Ley esa «doctrina señala que el artículo 14 sólo se viola si la *desigualdad* que una norma introduce está *desprovista de una justificación objetiva y razonable, en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada*, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los *medios* empleados y la *finalidad* perseguida» (19). El Tribunal Constitucional ha venido así a reproducir conscientemente —así se indica ya en su Sentencia 22/1981, de 2 de julio (20)— la doctrina del Tribunal Europeo de

(14) Sentencia 49/1982, 14 de julio. Sala 2.ª. B.O.E. 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(15) Los subrayados en toda esta parte del presente trabajo son míos.

(16) Sentencia 23/1981, 10 de julio. Sala 1.ª. B.O.E. 20 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(17) Para el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los Tribunales, remito a mi comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio. Sala 1.ª B.O.E. de 8 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente, en el núm. 17 de Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (Sentencia núm. 459 de dichos Cuadernos, pp. 701 y siguientes).

(18) De ahí que «La igualdad en la aplicación de la Ley dentro de la Administración, lo mismo que en el ámbito jurisdiccional, solamente es predicable de las decisiones que tengan su origen en un mismo órgano o entidad». Sentencia 47/1989, 21 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(19) Sentencia 123/1987, de 15 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 23/1984, de 20 de febrero. Sala 1.ª B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant; Sentencia 67/1988, de 18 abril. Sala 1.ª B.O.E. de 5 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; Sentencia 25/1989, de 3 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; STC 76/90, de 26 de abril. Pleno. B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(20) Pleno, B.O.E. de 20 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Can-

Derechos Humanos (21). «De esta suerte, *dos situaciones* consideradas como supuestos de hechos normativos *son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional*» (22). Por lo que, «si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables, y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio (23). La justificación o no justificación del trato desigual debe decidirse *de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*» (24); lo que implica «un fin constitucionalmente aceptable de la regla diferenciadora» (24 bis).

«La igualdad a que el artículo 14 se refiere... *no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva*. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicados unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo fundada de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (25). Es a las situaciones comparadas a las que hay que aplicar —preferentemente— el criterio o los criterios de razonabilidad en la distinción y justificación, siendo claro igualmente que la diferenciación puede venir determinada por la propia situación de hecho o por la jurídica o porque el legislador, normativamente, de modo justificado y razonable, anude a la situación diferenciada, distinto trato, porque la igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante» (26).

La protección de la mujer no es por sí sola razón suficiente para justificar la diferencia de trato con el hombre (27). No obstante, pue-

tón. También en la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral, que cita expresamente las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y de 27 de octubre de 1975.

(21) En relación con el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

(22) Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno, B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(23) Sentencia 90/1989, de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 14 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(24) Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(24 bis) STC 55/90, de 28 de marzo. Pleo, B.O.E. de 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(25) Sentencia 49/1982, 14 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 128/1987, 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(26) Sentencia 29/1987, de 6 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 24 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(27) Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. El magistrado Excmo. Sr. Don Fran-

de serlo cuando pueda dar lugar a una promoción real y efectiva de la misma (28). Lo que se generaliza en estos términos: «el artículo 9.2 de la C.E., que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y para que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, *puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal* consagrada en el artículo 14 de la C.E., *permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material: pero 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*» (29).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (30) aplica la mencionada tesis, al admitir como acorde con el artículo 14 C.E., en base el artículo 9.2. C.E., un trato favorable dado a la mujer trabajadora frente al hombre en relación con una prestación de guardería (31). La misma postura adopta la S.T.C.

cisco Rubio Llorente parece mantener una tesis distinta en su voto particular a la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Vid., la nota (65).

(28) Así se deduce «*a sensu contrario*» de la Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura, que rechaza un trato favorable de la mujer frente al hombre en el trabajo nocturno en clínicas y hospitales, «al basarse en una valoración proteccionista de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva».

(29) Sentencia 98/1985, de 29 de julio. Pleno, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(30) Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(31) Lo que argumenta así: «ahora bien, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador y otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales. Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9 por 100) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92 por 100), según la encuesta de población activa para el tercer trimestre de 1986, dato éste que no puede razonablemente separarse de la incidencia que el cuidado de los hijos supone en la continuación o iniciación de la actividad laboral de la mujer. No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tengan superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La

19/1989, de 31 de enero es un supuesto de mejor trato de la mujer frente al hombre con respecto a la pensión de jubilación. Lo que generaliza a cualquier grupo social que sufra de hecho una situación de inferioridad (32). La Sentencia 166/1988 generaliza también esa tesis de la superación, en su caso, del artículo 14 por el artículo 9.2 de la Constitución, y el deber que el mismo impone a los Poderes Públicos de promover una igualdad real (33).

La referencia constitucional a motivos de discriminación concretos no implica «la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la C.E. En este sentido no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 C.E. y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina» (34). *La edad*

diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres de la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños».

(32) Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matizando que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación».

(33) «Cierto es que la igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, e incluso el artículo 9.2 de la Constitución impone a los Poderes Públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la misma definición del artículo 1 C.E. De ello cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos, que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo.»

(34) Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

es una de las circunstancias contempladas en el artículo 14 C.E., aunque no esté expresamente mencionada, «pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad» (35).

Ahora bien, «la mera alegación de una diferencia de trato que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y la Ley no puede servir como presunta prueba de la discriminación» (36).

El artículo 14 C.E. se aplica también a las personas jurídicas en relación con las personas físicas (37).

La legislación de amnistía, aunque responda en su conjunto a un valor superior de justicia, se halla sometida al principio de igualdad (38). Lo que implica que el *derecho excepcional no está al margen del mencionado principio.*

En general, el Tribunal soluciona los supuestos de discriminación equiparando al discriminado con el sujeto o colectivo mejor tratado y no al revés (39), especialmente cuando se trata de cuestiones relacionadas con el mundo del trabajo (40).

(35) Sentencia 75/1983. Pleno, B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral. Incluso en relación al salario mínimo interprofesional, a pesar de que el artículo 35.1 C.E. mencione únicamente el sexo como factor de discriminación que se rechaza. Sentencia 31/1984, de 7 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. En el mismo sentido de que el Artículo 14 C.E. no contiene un *numerus clausus* de supuestos de discriminación. Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(36) Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(37) Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón: «No obsta a ello que el propio artículo 14 prohíba expresamente toda discriminación por razón de circunstancias que, como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión, son predicables exclusiva o normalmente de las personas físicas. De un lado, la prohibición de tales discriminaciones concretas no agota el contenido del derecho a la igualdad jurídica, en su sentido positivo, y, de otro, el propio precepto constitucional prohíbe también, mediante una cláusula abierta, la discriminación fundada en otras condiciones personales o sociales, que pueden ser igualmente atributos de las personas jurídicas. De hecho, este Tribunal ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el artículo 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las Sentencias 99/1983, de 16 de noviembre; 20 y 26/1985 de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general».

(38) Sentencia 116/1987, de 9 de julio. Pleno, B.O.E., de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(39) Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(40) En un Estado social y democrático de Derecho (arts. 9.2. y 35 C.E.), la igualdad debe producirse por arriba y no por abajo: «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas». Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Exc-

«El principio de igualdad ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionador, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la Ley» (41). «*La supuesta violación del derecho de igualdad ante la Ley no se produce cuando la Ley es infringida o indebidamente aplicada*» (42), *ya que el artículo 14 no garantiza la igualdad en la ilegalidad (43), sino la igualdad en la legalidad», es decir, que la posible no aplicación de una Ley a un tercero, no supone la ilegitimidad de su aplicación a aquéllos que se sitúan en los supuesto de hecho contemplados en la norma de cuestión; independientemente, claro está, de la eventual existencia de una desviación de poder, apreciable por las instancias competentes*» (44).

El artículo 14 C.E. *impide la distinción infundada o discriminación, pero no la falta de distinción entre supuestos desiguales o discriminación por indiferenciación* (45), ya que «El artículo 14 C.E. reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato» (46).

«*No es preciso para considerar respetado el principio de igualdad, que el trato desigual sea el único, ni siquiera el mejor de los instrumentos imaginables, ya que no es función*» del Tribunal Constitucional «formular juicios técnicos ni tampoco de mera oportunidad acerca de los actos y disposiciones del poder público» (47).

mo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. Vid., también la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno B.O.E., de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(41) Sentencia 43/1982, de 6 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(42) Sentencia 5/1985, de 10 de abril. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(43) Sentencia 40/1989, de 16 de febrero. Sala 2.ª B.O.E. de 2 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Latorre Segura (que cita como antecedentes las Sentencias 43/82, 51/85, 62/87 y 127/88).

(44) Sentencia 58/1989, de 16 de marzo. Sala 1.ª B.O.E. de 19 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(45) Sentencia 86/1985, de 10 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. señor Francisco Rubio Llorente; Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Pleno, B.O.E. de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Díez-Picazo; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 48/1989, de 21 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(46) Sentencia 52/1987, de 7 de mayo. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa; Sentencia 136/1987, de 22 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(47) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 107/1986, de 24 de julio. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra; Sentencia

El artículo 14 C.E. no se aplica a los cambios legislativos. La desigualdad de normas que se suceden en el tiempo es inherente o consustancial al sistema de producción normativo. *Lo contrario conduciría al absurdo de impedir cualquier modificación legal*, porque siempre, por cuidadosas y detallistas que fueran las disposiciones transitorias, habría casos iguales que, regulados por unas u otras normas en razón del tiempo de su entrada en vigor o de su aplicación transitoria, conducirían a resultados desiguales, que, por ser consecuencia de política legislativa y no de criterios discriminatorios, no guardan relación alguna con el principio de igualdad del artículo 14 C.E. (48).

«Los mandatos del artículo 14 C.E. no implican forzosamente la uniformidad de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio español, independientemente del municipio, provincia o Comunidad Autónoma en que residen» (49).

La carga de la prueba de justificar el carácter razonable de la diferencia de trato recae sobre quien la mantenga, especialmente cuando ello afecte a los factores específicos mencionados en el artículo 14 C.E. (50), exigencia «que no puede entenderse en el sentido estricto procesal de desplazamiento o inversión del *onus probandi*, por no

148/1986, de 25 de noviembre. Pleno B.O.E. de 10 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil. Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(48) Sentencia 109/1987, de 29 de junio. Sala 2.ª, B.O.E. de 9 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon; Sentencia 119/1987, de 9 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 236/1988, de 12 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(49) Sentencia 90/1989 de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 18 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López García.

(50) Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 241/1988, de 19 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón. Sentencia 144/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. Sentencia 253/1988, de 20 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón; Sentencia 161/1989, de 16 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 241/1988. Sala 2.ª, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

«...debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca, de manera tal que cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrece el mencionado fundamento, con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones». Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

tratarse ciertamente de hechos materiales, sino como imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad» (51). No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha aplicado esta inversión de la carga de la prueba a hechos, señalando la obligación de la empresa, que resuelve una relación laboral al amparo del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, de probar que los hechos que motivan la resolución no tienen nada que ver con discriminación por razón de sexo (52).

«En los supuestos en que se alegue una discriminación, este Tribunal ha mantenido que la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba, si es preciso, mediante la inversión de la reglas que regulan su carga» (53). «No obstante, lo anterior debe coordinarse con que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando se alega la existencia de una discriminación. *Esa actividad probatoria ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación*» (54). Por ello «es indispensable que quien alega la infracción del artículo 14 C.E. aporte un término de comparación válido, demostrando así la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido diferente trato. A falta de ello toda denuncia de discriminación carece de relevancia desde la perspectiva del citado artículo 14» (55).

A veces se maneja como argumento para desechar la existencia de discriminación la *inexistencia de una voluntad o de una finalidad de discriminación* en la norma o acto en cuestión (56).

(51) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno. B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(52) Sentencia 166/1988, 26 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos De la Vega Benayas.

(53) Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre. Sala 2.ª B.O.E. de 22 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra; Sentencia 38/1986. 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura; Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno. B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre. Sala 2.ª B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(54) Sentencia 34/1984, de 9 de marzo. Sala 2.ª B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(55) Sentencia 68/1989, de 19 de abril. Sala 1.ª, B.O.E. de 19 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra.

(56) Sentencia 236/1988, de 12 de diciembre. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra; Sentencia 177/1988, de 10 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Bugué Cantón; Sentencia de 19/1989, de 31 de enero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «Bien se comprende con ello que la diferencia que mantiene dicha regla transitoria (de los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil) no tiene por objeto discriminar al varón frente a la mujer,

También se ha manejado como argumento complementario de otros principales, para aceptar la existencia de un trato desigual por la norma, el hecho de que se trate de *una norma transitoria, residual de una situación anterior en vía de extinción* (57).

III. LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON LA LEY

Al amparo de la doctrina expuesta, el Tribunal constitucional ha entendido que violaban el principio de igualdad:

— El artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos de 1966, puesto que «no parece en absoluto razonable que si un funcionario, que ha sido jubilado por causa de imposibilidad física, se reincorpora más tarde al servicio, tras el oportuno expediente de revisión en el que se acredita que está en condiciones de aptitud para prestarlo, y desempeña las funciones inherentes a su categoría y puesto de trabajo hasta su jubilación forzosa por edad, se haga caso omiso a efectos retributivos del tiempo transcurrido desde su reincorporación al servicio hasta dicha jubilación», «ya que no son situaciones diferentes, mientras coincidan temporalmente, la del funcionario que nunca ha estado separado del servicio y del que ha estado jubilado durante algún tiempo por causa de imposibilidad física, y no aparece justificada en la norma la pretendida desigualdad de trato de una de las dos situaciones iguales entre sí» (58).

— La disposición adicional 5.^a del Estatuto de los Trabajadores (59) si se interpreta como norma que establece la incapacitación

sino únicamente evitar que el personal femenino que comenzó a trabajar con anterioridad quede perjudicado por el nuevo sistema».

(57) Sentencia de 19/1979, de 31 de marzo. Sala 2.^a B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa: «Por tanto, las diferencias de trato que, con carácter transitorio y residual, aún pueden derivarse de las normas sobre jubilación no se deben propiamente a la condición masculina o femenina de los posibles beneficiarios, sino a la decisión de los poderes públicos de mantener transitoriamente, y con aplicación exclusiva a los trabajadores de uno y otro sexo que estuvieran afiliados a la citada Mutualidad, las condiciones de jubilación que dentro de ella esperaban disfrutar».

(58) Sentencia de 6 de abril de 1981. Sala 1.^a, B.O.E. de 14 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(59) «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de 69 años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad (60).

— El estatuto de Personal Sanitario Auxiliar titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 24 de abril de 1973, en la medida en que el mismo concede un trato de favor al personal femenino frente al masculino, al permitir que aquél, a diferencia de éste, cobre como horas extraordinarias todas las del domingo (61).

— El artículo 107 c) del texto refundido de la Reglamentación Nacional de Trabajo de la CTNE, publicada por Orden de 10 de noviembre de 1958 —que conservaba su eficacia al entrar en vigor la C.E. en relación con las trabajadoras de la CTNE que hubieran contraído matrimonio antes de la Ley de 56/1961, según la cual el cambio de estado no altera la relación laboral—, pues es evidente que la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 C.E. (62), y que, por consiguiente, perdió toda su eficacia desde la entrada en vigor de la Constitución, momento a partir del cual la mencionada suspensión de la relación laboral es nula (63).

— El artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, en la medida en que «el derecho de pensión del viudo se condiciona a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se trate de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuviera incapacitada para el trabajo y a cargo de la fallecida» (64).

(60) Por lo que deberá interpretarse como: —«El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa—; La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados; —La posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva».

(61) Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo; Sentencia 98/1983, de 15 de noviembre. Sala 1.ª, B.O.E. de 2 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

(62) «Pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma Empresa que contrajera matrimonio».

(63) Sentencia 7/1983, de 14 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente; Sentencia 8/1983, de 18 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 23 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra; Sentencia 13/1983, de 23 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 23 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 15/1983, de 4 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 12 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; Sentencia 86/1983, de 26 de octubre. Sala 2.ª, B.O.E. de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente; Sentencia 58/1984, de 9 de mayo. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(64) Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Pleno B.O.E. de 14 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. La cuestión se repite en la Sentencia 104/1983, de 23 de noviembre. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

No obstante, existe un voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente, quien justifica la desigualdad en el trato de la Ley en la desigualdad real existente entre el hombre y mujer dentro de la familia (65). También existe otro voto particular de los magistrados Excmos. Sres. Jerónimo Arozamena Sierra y Francisco Pera Verdaguer (66).

— El Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927, en la medida en que establece, sin justificación suficiente, un trato distinto (favorable) para el trabajo nocturno de la mujer frente al hombre en clínicas y sanatorios, «al basarse en una valoración proteccionista de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva» (67).

— El artículo 5.º de la Ley 13 de mayo de 1932 sobre el Servicio Militar de voluntarios en Marruecos (68), en la medida en que, para que dichos voluntarios tengan derecho a pensión de retiro, exige, además de que cuenten por lo menos doce años de servicio, que hayan observado buena conducta, ya que este requisito no guarda relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida en el precepto, «que no es otra que la de asegurar unos deberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral como voluntarios del Ejército destinados en Africa», o —lo que es lo mismo— por falta de adecuación entre la finalidad de la exigencia y las consecuencias que de su incumplimiento deriva (69).

(65) «Los grupos sociales a los que la norma da en este caso distinto tratamiento son, sin embargo, grupos cuya condición es realmente muy distinta, pues es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre ella la parte más importante, cuando no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeña tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres, siendo iguales las circunstancias restantes. Esta desigualdad “real y efectiva” debe ser eliminada por el legislador por la vía y en el momento que juzgue más oportuno para dar cumplimiento al mandato del artículo 9.2. de la Constitución, pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla».

(66) Los cuales basan su discrepancia en la consideración de los artículos 9.2 y 41 C.E., así como en los límites de la eficacia derogatoria de la Constitución y de las funciones del Tribunal, que no debe erigirse en legislador, integrando lagunas legales, ni sustituir a los Poderes públicos que tienen la responsabilidad de la Gobernación.

(67) Sentencia 38/1986, de 21 de marzo. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(68) Sentencia 114/1987, de 6 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

(69) «Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada, de la que podrán derivarse legítimas consecuencias en orden, por ejemplo, a la permanencia de los voluntarios en el servicio activo, no la tiene, en cambio, como requisito necesario del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico

— La Ley 37/1984, en la medida en que no reconoce la situación de retirados, con los derechos correspondientes, sino tan sólo otros inferiores, al personal que hubiere ingresado al servicio de la República en las Fuerzas Armadas después del 18 de julio de 1936, a diferencia del trato dado a los militares profesionales ingresados antes de esa fecha y a los funcionarios civiles en general (70). En cambio, no es

de los interesados carece de toda relevancia en lo que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación, sino también, y de modo muy singular, porque la propia Constitución, en su artículo 25.2, reconoce el derecho de los condenados a pena de prisión a un trabajo remunerado "y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social"».

(70) Sentencia 116/1987, 9 de julio. Pleno. B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa. La Sentencia razona en los siguientes términos: En la Sentencia 63/1983 el Tribunal «declaró inequívocamente que, sin perjuicio de que entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas existan elementos diferenciadores que podrían reclamar módulos distintos en algunos de los efectos reintegradores que son propios de la legislación de amnistía (entre los cuales cabía destacar la no reincorporación al servicio activo de los funcionarios militares), ambas situaciones «se presentan por lo demás como afines y, desde luego, desde la razón a que obedece la amnistía, como iguales, sin que el elemento 'civil' o 'militar' actúe como diferenciador a los fines y el alcance que acabamos de indicar» (fundamento jurídico 3.º). Es esta situación de igualdad entre unos y otros funcionarios, que comporta el derecho a no sufrir discriminaciones o diferencias de trato desprovistas de motivos objetivos y razonables, la que ha sido desconocida y lesionada por la Ley 37/1984. Pues, en efecto, de acuerdo con el criterio de la profesionalidad *stricto sensu*, entendida como la obtención de un nombramiento definitivo o de carácter permanente en la Administración, debidamente escalonado, según las normas a la sazón aplicables para el ingreso en la función pública republicana, la plenitud de efectos reintegradores de la vigente legislación de amnistía alcanza a la totalidad de los funcionarios civiles de la Administración republicana, sin atender para ello a elemento cronológico alguno. Por el contrario, en el ámbito de las Fuerzas Armadas republicanas, el alcance de dicho criterio queda drásticamente limitado en la Ley ahora cuestionada a quienes obtuvieron su empleo profesional con anterioridad a una fecha determinada. Esta limitación es en sí misma una discriminación respecto de los funcionarios civiles de la república y provoca además, dentro del colectivo militar, una injustificada diferencia en el trato dispensado a los militares profesionales que obtuvieron sus empleos efectivos y definitivos después de aquella fecha. Tal desigualdad no guarda relación alguna con los «módulos distintos» a los que hacíamos referencia en nuestra reiterada Sentencia 63/1983, los cuales pueden ciertamente impedir la reincorporación al servicio activo de los funcionarios militares amnistiados, pero no logran justificar la denegación de los efectos sustantivos de la amnistía a una parte de este colectivo funcional, cuyos miembros han sido excluidos, sin ninguna razón, de la condición de militares profesionales retirados y de los demás derechos que el artículo 2 de la Ley cuestionada concede a la otra parte de ese mismo grupo de funcionarios militares, lo que al propio tiempo advierte de la falta de justificación objetiva y razonable de la distinción que la citada Ley ha introducido entre unos militares y otros en atención exclusivamente a la fecha de efectividad o consolidación de sus respectivos nombramientos definitivos».

Existe un voto particular de los Excmos. Sres. Don Francisco Rubio Llorente y Don Luis Díez-Picazo, quienes entienden «que las diferenciaciones entre categorías de personas que el texto legal toma en consideración no carecían de fundamento razonable, de suerte que el legislador era libre de establecer, respecto de cada uno de ellos regímenes jurídicos diferenciados... La Ley tiene por objeto reconocer servicios prestados durante la guerra civil y deriva de ese reconocimiento de servicios el cobro de pensiones o el disfrute de beneficios. En ese sentido creemos que no era ilegítimo establecer una distinción entre los militares profesionales que habían iniciado su ejercicio profesional antes de la guerra civil y los que lo habían iniciado después, pues una inteligencia estricta de la idea de profesionalidad puede permitir esa diferenciación. Por otra parte, no parece que sea constitucionalmente obligado otorgar el mismo trata-

contrario al artículo 14 el diferente trato que esa Ley 37/1984 da a quienes después de 1936 obtuvieron en el bando republicano sus empleos de militares únicamente de carácter provisional (en campaña) y no definitivos (71).

— Algunos Convenios Colectivos de los Auxiliares de Vuelo con Iberia, en la medida en que no admitían para los varones, y sí para los auxiliares de vuelo femeninos mayores de 35 años y menores de 40, un derecho a retiro anticipado, ya que semejante diferencia no parece justificada, ni siquiera por razones de presencia física, como lo prueba la supresión de dicha distinción en Convenios sucesivos (72).

— Una base de una pruebas selectivas para el ingreso en un cuerpo de una Administración Autonómica, al favorecer desproporcionadamente a los opositores que hubiesen prestado ya servicios en dicha Administración frente a los demás (73).

— El artículo 3 del Decreto-Ley de 2 septiembre de 1955, al conceder la pensión de viudedad únicamente a favor de las viudas de los pensionistas del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, negando así la prestación a los viudos (74).

— El artículo 63 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), en cuanto condiciona el derecho del viudo de funcionaria a percibir una pensión a requisitos no exigidos a la viuda del funcionario (75) (76).

miento jurídico a los miembros de las instituciones militares que a los funcionarios de la Administración Civil. Todo ello hacía posible la diferencia de regímenes jurídicos en punto a los beneficios derivados de los servicios reconocidos...»

(71) Vid., la propia Sentencia 116/1987 y la Sentencia 143/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª B.O.E. de 18 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra, que remite a aquélla.

(72) Sentencia 207/1987, de 22 de diciembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(73) En una fase inicial de concurso se consideraban únicamente como méritos los servicios prestados a esa Administración Autonómica, lo que el Tribunal no consideró contrario al artículo 14 C.E. Dicha fase podía puntuar hasta 13,5 puntos de un total de 30 puntos para toda la oposición. Pero lo que el Tribunal consideró contrario al artículo 14 C.E. es que dichos puntos de la fase del concurso pudiesen sumarse a las pruebas de la fase de oposición para conseguir el aprobado en los mismos (5 puntos), siempre que se obtuviere en esas pruebas un mínimo de 2,5 puntos. Sentencia 67/1989, de 18 de abril. Sala 2.ª, B.O.E. de 19 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.

(74) Sentencia 253/1988, de 20 de febrero. Sala 2.ª B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excmo. Sra. Doña Gloria Begué Cantón (con cita, en el último párrafo del Fundamento Jurídico 3.º, de tres sentencias antecedentes sobre la misma cuestión de desigualdad del hombre frente a la mujer en materia de pensiones; Sentencias 103/83, 104/83 y 42/1984). Sentencia 144/1989, de 18 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(75) «Cuando fuere sexagenario o se hallase imposibilitado al ocurrir el fallecimiento de su cónyuge y siempre que careciese de otros ingresos suficientes».

(76) Sentencia 42/1984, de 23 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 25 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. No obstante, la Sentencia 49/1990, de 26 de marzo —Vid. notas (105 bis) (148) y (149), a la que me refiero al final de este apartado y de este trabajo— se pronuncia en un sentido contrario para un caso similar.

— El artículo 7.3 del R.D. 625/1985, en la medida en que excluye del subsidio por desempleo, en contra de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 31/1984, de Protección por Desempleo; a quienes sólo pueden jubilarse en regímenes de la Seguridad Social que no tengan prevista la protección por desempleo (76 bis).

En cambio, el Tribunal Constitucional ha entendido que no violaban el principio de igualdad:

— El artículo 74 del Estatuto General de la Abogacía, aunque exija un mínimo de dos años de antigüedad para acceder a cargos de la Junta de Gobierno y varíe el tiempo de antigüedad exigible en función del número de colegiados adscritos a cada Colegio «siendo norma favorecedora del pluralismo, que es finalidad razonable y atendible» (77).

— El artículo 28.2 b) del Decreto 1.166/1960, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley Especial para el Municipio de Barcelona, aunque exija que los concursantes a la provisión de plaza de Interventor de Fondos para el Ayuntamiento de dicha ciudad no rebasen la edad de 60 años (también lo exige para la provisión de plazas de Secretario General y de Interventor) (78). Lo que se justifica en la razón de que, habida cuenta las características del cargo, es conveniente la continuidad en su ejercicio; para lo que es indispensable que las personas que se incorporen al mismo estén alejadas de la edad de jubilación (79).

(76 bis) Sentencias 209/1987, de 22 de diciembre. Sala 1.ª B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente; 78/1990, de 26 de abril. Sala 1.ª B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra.

(77) Sentencia 123/1987, de 15 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(78) Sentencia 75/1983, de 3 de agosto. Pleno B.O.E. de 18 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(79) No obstante, dicha Sentencia cuenta con un voto particular importante, formulado por cinco magistrados (Excmos. Sres. Doña Gloria Begué Cantón, Don Luis Díez-Picazo, Don Francisco Tomás y Valiente, Don Rafael Gómez-Ferrer y Don Antonio Truyol Serra), que consideran no suficientemente justificada la disposición en cuestión de no reunir la diferencia de trato los requisitos exigibles: «Para que una eventual desigualdad entre los ciudadanos que ocupen situaciones iguales quede excluida del artículo 14 de la Constitución, no basta que la opción elegida por el legislador o la norma dictada presente una justificación razonable. No basta justificar la «ratio» de la norma, porque, si así fuera, la regla de la igualdad entre la Ley del artículo 14 de la Constitución se confundiría por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.

El artículo 14 de la Constitución contiene tres figuras distintas: a) un principio general del derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una *estricta* interpretación restrictiva; b) un derecho subjetivo de los ciudadanos, que les permite recabar de los tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida, y c) una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades.

No se trata, por consiguiente, de justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos, que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado».

— El artículo 3.º del Real Decreto 2.504/1989, aunque exija para la afiliación de los trabajadores autónomos, que necesitan una incorporación colegial o asociativa, al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores, además de la decisión gubernamental, el acuerdo de los organismos corporativos de la profesión; lo que establece obviamente una diferencia del trato de esos trabajadores autónomos con los demás trabajadores autónomos. Esa diferencia de trato, «lejos de ser arbitraria y por ende discriminatoria, tiene en su favor sólidos argumentos jurídicos, como son por una parte los derivados de la naturaleza del sistema de Seguridad Social (80) y por otra el hecho de que la incorporación al régimen de la misma de los distintos grupos de trabajadores ha sido y es necesariamente gradual y constituye una opción política legítima al posponer la incorporación de un determinado grupo o al condicionarla a una previa negociación con el respectivo Colegio profesional» (81).

— El artículo 61 de la Ordenanza de la Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco, aunque el mismo permita el cese libre por parte de la empresa, sin sujeción al régimen general de despidos, del Jefe de Departamento de Máquinas, por entender que su situación es análoga a la de los capitanes, pilotos, patronos con mando de buque y contramaestres de pesca, ya que tal es el régimen general para dichos Jefes del Departamento de Máquinas, en las Ordenanzas laborales en el campo del trabajo en el sector de la navegación y la pesca marítimas, que «es el dato a tener en cuenta para establecer el término de comparación» (82).

— El artículo 74 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1982), aunque exija «para ser elegible a los cargos de la Junta de Gobierno de los Colegios la condición de tener la condición de residente en la demarcación del Colegio» ya que «la finalidad perseguida por el legislador es que los candidatos estén en condiciones de desempeñar el cargo con la atención debida»; para lo cual dicho requisito constituye una medida objetiva y razonable (83).

(80) «Por una parte, se señala que la naturaleza misma de los seguros sociales exige, por la forma de estructuración de este tipo de aseguramiento, su extensión a colectividades amplias; por otra parte, se indica que, como consecuencia de la premisa anterior, es preciso el carácter obligatorio, pues no es posible que el seguro social funcione como los seguros privados mediante una contratación voluntaria de personas particulares».

(81) Sentencia 68/1982, 22 de noviembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 29 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(82) Sentencia 1/1984, de 16 de enero. Sala 2.ª, B.O.E. de 18 febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. No obstante, existe un voto particular del Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente, quien considera que la mera analogía (distinta de la igualdad), sin explicación alguna sobre el contenido de la misma, entre el Jefe del Departamento de Máquinas y los pilotos, patronos con mando de buque y contramaestres de pesca, no justifica el distinto tratamiento.

(83) Sentencia de 23/1984, de 20 de febrero. Sala 1.ª, B.O.E. de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

— El Real Decreto 124/1982, aunque establezca salarios mínimos diferenciados por la edad, puesto que esas diferencias no están basadas sólo en la edad, al no partir de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuya igual valor (84).

— La disposición adicional 5.^a, párrafo 2.º, del Estatuto de los Trabajadores, aunque permita establecer edades de jubilación forzosa en los Convenios Colectivos. En efecto, el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, pero tal consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria, pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional (85).

— El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, dados los criterios de determinación de la mayor representatividad sindical que el mismo establece para conceder un trato preferentemente a los sindicatos más representativos (86).

— El artículo 245, párrafo 2.º, del Código de Justicia Militar, aunque, de acuerdo con él, no cabe la suspensión de pena a los militares, ya que dicho trato diferente se encuentra probablemente justificado por las exigencias de unidad y disciplina del Ejército, que de esta guisa quedan reforzadas (87).

— El artículo 221 del Código de Justicia Militar, aunque aplique oficiales y suboficiales, frente a los no integrados en la institución militar, la pena accesoria de separación del servicio en los supuestos de delito de estafa, puesto que esa diversidad sancionadora tiene su fundamento en la voluntad de proteger la peculiaridad de la naturaleza y funciones del servicio a la Institución militar y se produce dentro de los límites razonables (88).

— La disposición transitoria 7.^a de la Ley orgánica 11/1983, de 25 de mayo de Reforma Universitaria, a pesar del mejor trato que concede a los profesores agregados con respecto a los catedráticos, ya que «no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando se trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régi-

(84) Sentencia 31/1984, de 7 de marzo. Sala 2.^a, B.O.E. de 3 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena.

(85) Sentencia 58/1985, de 30 de abril. Pleno B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral; Sentencia 95/1985, de 29 de julio. Sala 1.^a, B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral.

(86) Sentencia 98/1985, de 29 de julio. Pleno B.O.E. de 14 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(87) Sentencia 180/1985, de 19 de diciembre. Sala 2.^a, B.O.E. de 15 de enero de 1986. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(88) Sentencia 107/1986, de 24 de julio. Sala 2.^a, B.O.E. de 13 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

men jurídico, y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida» (89).

— El artículo 16 de la Ley 50/1984, de Presupuestos para 1.985, aunque dé lugar a diferencias retributivas entre los Facultativos del Consejo General del Poder Judicial, al fijar para los mismos las retribuciones correspondientes a las Carreras o Cuerpos y Categorías a los que pertenezcan, porque «La simple constatación de la diferenciación retributiva entre dos cuerpos de funcionarios no puede servir de fundamento suficiente para un recurso de amparo, ya que el legislador puede tomar en cuenta para asignar a uno u otro coeficiente no sólo la titulación exigida o la heterogeneidad de funciones, sino otros elementos como la responsabilidad, la intensidad de dedicación, la preparación...» (90).

— La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 10 de octubre de 1983, por la que se nombran Profesores Adjuntos a seis opositores con mayor puntuación (las plazas convocadas), aunque declarase la invalidez del acto administrativo de calificación del tercer ejercicio, al aprobar a opositores sin plaza, en contra del precedente administrativo, ya que «el cambio de criterio administrativo carece de relevancia constitucional cuando éste es confirmado por resoluciones de los Tribunales, que son los competentes para realizar la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria»: «el cambio de criterio adoptado por la Administración en la Orden... tuvo por objeto abandonar, por razones objetivas y generales, alejadas de todo propósito discriminatorio, una práctica administrativa cuya ilegalidad se ha visto refrendada por la jurisdicción contenciosa en Sentencias uniformes dotadas de fundamentación razonable y no arbitraria» (91).

— El artículo 520.2.e) LeCr, redactado por la Ley 14/1983, que se refiere únicamente al derecho de los extranjeros detenidos o presos a ser asistidos gratuitamente por un intérprete cuando no comprendan o hablen el castellano, siempre que se interprete en el sentido de que no priva de ese derecho a los españoles que se encuentren en la misma situación, pues lo contrario significaría una flagrante discriminación prohibida por el dicho artículo 14 C.E.: «No cabe objetar que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (art. 3.1. C.E.), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental» (92).

(89) Sentencia 148/1986, de 25 de noviembre. Pleno B.O.E. de 10 de diciembre. Ponente Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil.

(90) Sentencia 29/1987, de 6 de marzo. Sala 2.ª, B.O.E. de 24 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(91) Sentencia 62/1987, de 20 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 5 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil.

(92) Sentencia 74/1987, de 25 de mayo. Pleno B.O.E. de 9 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

— El acuerdo de 26 de noviembre de 1974 de la Comisión del Consejo de Administración del extinguido Instituto Nacional de Previsión, aunque conceda a todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años, una prestación por guardería, mientras que únicamente la concede a los hombres viudos con hijos de esa edad, ya que esa diferencia de trato está justificada, al estar destinada a paliar la discriminación sufrida por la mujer trabajadora frente al hombre; lo que «responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del Texto fundamental» (93).

— El artículo 91 del Código Penal, aunque establezca una responsabilidad personal subsidiaria para los insolventes que no paguen la multa a la que hayan sido condenados, ya que la diferencia de trato en cuestión entre solventes e insolventes resulta justificada (94).

— Los acuerdos del Consejo de Ministros que autorizaron la reprivatización de una serie de entidades pertenecientes a RUMASA, aunque no reconocieran el derecho de reversión a los antiguos propietarios de los mismos, dado que, siendo razonable la existencia de una pluralidad de regímenes jurídicos expropiatorios (95), habida cuenta la finalidad de la expropiación previa, era razonable no reconocer ese derecho a dichos antiguos propietarios (96).

— El artículo 3 del Decreto 234/1969, de 25 de septiembre (por razón de parentesco), al excluir del régimen de afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador, ya que no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes (97).

— El artículo 31 del Estatuto jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aunque no establezca límite alguno a la realización de guardias y servicios de localización y horario complementario que exceda de la jornada normal de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con el horario de los demás colectivos de trabajadores, ya que dentro de cada uno se regula de manera uniforme la materia relativa a la jornada de trabajo y régimen de descansos (98).

(93) Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(94) Sentencia 19/1988, de 16 de febrero. Pleno B.O.E. de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo.

(95) En base a la causa de la expropiación y a la naturaleza del bien objeto de expropiación.

(96) Sentencia 67/1988, de 18 de abril. Sala 1.ª, B.O.E. de 5 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer.

(97) Sentencia 109/1988, de 8 de junio. Sala 1.ª, B.O.E. de 25 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. La sentencia señala —aunque sin pronunciarse por razón de los límites del recurso— la posibilidad de que el mencionado precepto sea contrario a la igualdad por razón de sexo y por razón de religión, al contemplar como excepción a la mencionada regla a los parientes femeninos que presten un servicio doméstico al sacerdote célibe.

(98) Sentencia 170/1988, 29 de septiembre. Sala 2.ª, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon.

— Los sucesivos planes de reconversión en un sector, aunque produzcan diferencias de tratos entre trabajadores cuya situación es la misma, ya que los mismos no pretendían tal discriminación, sino que eran el fruto derivado de la distinta planificación económica existente en cada momento dentro de ese sector (99).

Los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil, aunque conceden un mejor trato en la pensión de jubilación a la mujer frente al hombre, ya que ello no es sino una compensación por el peor trato que en general recibía la mujer en el momento en que esa diferencia se estableció (100), y, además, la misma se mantiene ahora transitoriamente con carácter residual (101).

(99) Sentencia 236/1988. Sala 2.ª Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra: «Las normas citadas en la demanda y reseñadas en el fundamento anterior podrían ser aplicadas, en efecto, a supuestos de hecho sustancialmente iguales, y, sin embargo, establecían un diferente nivel de protección para los trabajadores incluidos en su respectivo campo de aplicación. Pero ello no significa que fueran discriminatorias. Ha de tenerse en cuenta que las disposiciones que aquí se trata de comparar, pese a su sensible paralelismo, nacieron en momentos históricos distintos, en un contexto social y económico diferente, con unos objetivos concretos parcialmente divergentes y, en fin, dentro de una distinta planificación general de la reconversión sectorial y empresarial. De ahí que estuviesen animadas por diferentes concepciones de la política de reconversión, que su ámbito de aplicación no fuese equivalente, que sus reglas y medidas fuesen distintas y, en particular, que sus previsiones de atención a los trabajadores excedentes no ofrecieran el mismo alcance. No son normas, dicho de otra forma, que tuvieran por objeto distinguir entre trabajadores, ni siquiera entre Empresas, sin perjuicio de que en su aplicación concurrente originan ciertas diferencias de trato. No puede decirse, por tanto, que en sí mismas generasen discriminación o fuesen contrarias al artículo 14 de la Constitución, no sólo porque su razón de ser no era trazar diferencias entre colectivos iguales, sino también porque ese precepto constitucional no puede ser obstáculo para la modificación o variación del marco normativo, mucho menos en una materia como la reconversión industrial, tan influida por los cambios del sistema económico y productivo».

(100) «En cualquier caso, y eso es lo que ahora importa destacar, no deja de resultar improcedente e incluso paradójico que se califique de discriminatoria y contraria a los principios de igualdad consagrados en la Constitución una medida que, aunque implicaba efectivamente un mejor trato para el personal femenino, había de aplicarse en un sector de actividad en el que, por aquellas mismas fechas, la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y, en particular, y por el sólo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación (Ordenes de 28 de marzo de 1943, de 29 de abril de 1947 o de 28 de julio de 1966). No debe olvidarse tampoco que las normas que ahora se tildan de discriminatorias para el varón se inscribían en un contexto normativo que se decía comprometido en «liberar» a la mujer casada «del taller y de la fábrica» (declaración II del Fuero del Trabajo) y que en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio (analizadas en numerosas Sentencias de este Tribunal), bien mediante reglas de fomento del empleo de los «padres» o «cabezas de familia» (condición que se predicaba en primer lugar del varón), había colocado al personal femenino en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo (Leyes de 21 de julio de 1960 o de 19 de junio de 1971).

Desde esta perspectiva, que es sin duda la que aquí debemos adoptar, no es apropiada la calificación de discriminatoria que el demandante de amparo hace a la disposición impugnada. De la exposición anterior se desprende con claridad que la diferencia de trato consagrada en los Estatutos de la Mutualidad Laboral del sector textil no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad

— Un pliego de condiciones para el concurso convocado por el Ayuntamiento de Barcelona para las concesiones de uso privativo de bienes de dominio público para kioscos de prensa, aunque excluya del concurso a las personas jurídicas, ya que mediante esas concesiones el Ayuntamiento ha pretendido favorecer la actividad de trabajadores autónomos (102).

— Las Ordenes Ministeriales (Industria y Energía) de 25 de abril de 1983 y 4 de mayo de 1983, aunque establezcan, para las ventas de carbón a centrales térmicas, distintos precios, según que el carbón proceda de explotaciones subterráneas o de explotaciones a cielo abierto, así como, en este último caso, según que el carbón proceda de unas zonas geográficas u otras, ya que ello está en función del interés público (sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección) y responde a razones de política económica (103).

que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. Desde la perspectiva actual puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de los obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos; pero esa objeción no puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de una medida que, lejos de crear discriminación alguna, se limitaba a otorgar determinadas ventajas a un colectivo que, en un análisis global de la situación social y laboral, estaba claramente discriminado».

(101) Vid., nota (57).

(102) Sentencia 23/1989, de 2 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón:

«A esta finalidad primordial de facilitar un medio para el desarrollo de una actividad laboral autónoma se conecta la cláusula por la que se permite licitar tan sólo a las personas físicas, de nacionalidad española, que sean mayores de edad y no excedan de los sesenta y cinco años (art. 12.1).

Pues bien, es evidente que, fundándose en la citada finalidad, no puede afirmarse que la exclusión de una sociedad mercantil, como es la recurrente de amparo, carezca de una justificación, objetiva y razonable. Es objetiva porque la desigualdad de trato que la sociedad demandante denuncia no se basa en su condición subjetiva de persona jurídica, sino que es simple corolario de la finalidad perseguida: facilitar la ocupación laboral en régimen de autonomía. Y es razonable por constituir dicha finalidad un objetivo lícito dentro de la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 de la Constitución, sin que, por otra parte, el modo en que en el presente caso se manifiesta dicha política, es decir, la concesión de uso privativo de bienes de dominio público para la explotación de kioscos de prensa, resulte desproporcionado en relación con el fin perseguido».

(103) Sentencia 25/1989, de 3 de febrero. Sala 2.ª, B.O.E. de 28 de febrero. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón:

«En este contexto, la distinción entre explotaciones subterráneas y a cielo abierto resulta razonablemente justificada y no puede considerarse discriminatoria. De un lado, porque los objetivos perseguidos con la medida impugnada responden a principios rectores de la política económica constitucionalmente fijados, ya que, como el Abogado del Estado señala, tal distinción deriva de la necesidad de estabilizar el sector (art. 40.1), equilibrando y armonizando su desarrollo (art. 131.1) y velando por una utilización racional de estos recursos naturales (art. 45.2), y es asimismo congruente con una política de fomento de empleo (art. 40.1) y de protección del medio ambiente (art. 45.1), y, de otro, porque la medida adoptada es coherente con dichos objetivos, aparece económicamente fundada, y no puede calificarse de arbitraria o irrazonable.

A la misma conclusión se llega si el término de comparación son las explotaciones

— El artículo 1.2 del Real Decreto 2.298/1984, aunque introduzca diferencias de trato entre los trabajadores agrícolas eventuales a la hora de concederles o no la posibilidad de acogerse al subsidio de desempleo, según que su lugar de residencia sea en unas u otras Comunidades Autónomas, ya que ello está justificado por la diversa intensidad del problema del paro de estos trabajadores agrícolas eventuales en cada Comunidad (104).

—La Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, aunque anticipe la edad de jubilación a 65 años, ya que la diferencia de edad marcada por ese límite constituye una justificación objetiva y razonable dentro del diseño de un nuevo modelo de la función pública (105).

— El artículo 51.2 del Reglamento de la Mutualidad de la Enseñanza Primaria, aunque establezca que si el cónyuge viudo es varón, sólo tendrá derecho a la pensión de viudedad cuando, además de cumplir los requisitos contemplados en el apartado 1, sufra incapacidad total y permanente para el trabajo y sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional, ya que el diferente trato por razón de sexo descansa en la siguiente fundamentación razonable: «la pensión de viudedad era, en la Mutualidad de Enseñanza Primaria, una prestación complementaria asumida de forma voluntaria... que..., se regía por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, a los que, por su propio carácter voluntario, no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del artículo 14 de la Constitución» (105 bis).

— El artículo 8.1, párrafos 2.º y 3.º de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), aunque establezca reglas de competencia especiales para el juicio y fallo, respectivamente, de los delitos menos graves y de las faltas en que hayan podido incurrir los agentes policiales en actos realizados en el ejercicio de sus funciones, ya que dicho trato especial consiste únicamente en atribuir la competencia a órganos judiciales superiores y ello resulta justifica-

a cielo abierto, que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 2 de la Orden impugnada, perciban la totalidad del precio. Las dos excepciones aducidas al respecto por la representación del recurrente aparecen justificadas en los informes que figuran en las actuaciones y responde, bien a exigencias derivadas del régimen especial a que están sometidas las empresas productoras de hulla coquizable destinada en parte a la siderurgia, o bien a las características específicas de la zona sur en relación con las restantes cuencas españolas. No cabe, pues, afirmar de acuerdo con los referidos informes, que los elementos de diferenciación introducidos en la Orden Ministerial carezcan de una razón que los justifique desde el punto de vista de la política sectorial fijada, resultando, por ello, irrelevantes los datos estadísticos aportados por la representación del recurrente en su escrito de alegaciones».

(104) Sentencia 90/1989, de 11 de mayo. Sala 1.ª, B.O.E. de 14 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(105) Sentencia 100/1989, de 5 de junio. Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis de los Mozos.

(105 bis) STC 49/1990, 26.3. Sala 2.ª B.O.E. 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis de los Mozos. Sobre esta sentencia volveré al final del apartado V («Igualdad y Autonomía Privada»).

do habida cuenta de la función constitucional (art. 101.1 CE) que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (105 ter).

— Los artículos 80.4, 81.1 a) y 86 de la Ley General Tributaria en la redacción introducida por el artículo 4 de la Ley 10/5, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque establezcan la suspensión del ejercicio de funcionarios o profesionales oficiales como medida sancionadora, que se acumula a la de multa, de las infracciones tributarias, ya que «no supone una discriminación injustificada en el trato que el legislador dispensa a estas personas con relación al que reciben los ciudadanos en general, pues no es igual la situación en que unos y otros se encuentran respecto de la Administración Tributaria (105.4).

— El artículo 82.b) de la Ley General Tributaria, en la redacción introducida por el artículo 4 de la Ley 10/85, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque disponga que las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto, entre otros criterios, a «la capacidad económica del sujeto infractor», ya que resulta razonable esa adecuación de la multa a la situación económica del infractor, que viene justificada o exigida también por el artículo 31.1 en relación con el artículo 9.2 de la Constitución (105.5).

— El artículo 58.2.b) de la Ley General Tributaria en la redacción dada al mismo por el artículo 3 de la Ley 19/85, de 26 de abril, de modificación parcial de dicha Ley, aunque establezca un interés de demora a favor de la Administración superior a un 25 por 100 al interés legal del dinero (salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente), mientras que los contribuyentes sólo tienen derecho al interés legal en la devolución de los ingresos indebidamente realizados en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias (art. 155.1 de la Ley), ya que los supuestos no son iguales, habida cuenta que la Administración sobre el contribuyente (art. 31.1 de la Constitución) y que la puntualidad en el pago a la Administración tributaria tiene una especial importancia, «ya que

(105 ter) «Tiene razón el Abogado del Estado cuando aduce la dificultad intrínseca que tiene el enjuiciamiento de estas cuestiones, que requieren la ponderación de diversos valores constitucionales en juego, la calificación de eximentes, etc., ponderación que podría explicar y justificar, como medida razonable y no arbitraria, la elección por la Ley de un órgano superior que, al tener como función la corrección de la aplicación e interpretación del Derecho cumplida por los inferiores, goza institucionalmente de una superior experiencia e idoneidad técnica-jurídica». STC 55/1990, 28 de marzo. Pleno. B.O.E. 17 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

(105.4) «...ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria.» STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(105.5) STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

cualquier retraso masivo en el pago de las deudas tributarias puede suponer un daño a la Hacienda Pública de muy grandes proporciones» (105.6).

— La Orden del Ministerio de la Gobernación de 26 de febrero de 1975, por la que se establece el régimen de higienización de la leche destinada al abastecimiento público, aunque no rija para los municipios inferiores a cinco mil habitantes, ya que ello no implica la ausencia de todo control sanitario en el abastecimiento de tales poblaciones (105.7).

— La instrucción del Subsecretario de Educación y Ciencia de 3 de junio de 1986, aunque prohíba que los Profesores de Religión de Centros estatales puedan ser candidatos al cargo de Director de sus respectivos Centros, pues ello resulta razonable, dados los requisitos de estabilidad en el Centro, que exige con carácter general el Real Decreto 2.376/1985, para desempeñar ese cargo y dados los sistemas de selección establecidos para estos Profesores de Religión (105.8).

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1986, de 22 de octubre, «la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alimentar prejuicios irracionales presentes en nuestra socie-

(105.6) «De otro lado, la fijación de un bajo interés de demora, muy distanciado del valor real del dinero en el mercado, tendría sin duda un efecto inducido en numerosos casos que podría proporcionar retrasos en el pago de la deuda tributaria para obtener un beneficio patrimonial, en clara discriminación respecto a los ciudadanos que cumplen puntualmente con sus obligaciones tributarias». STC 76/1990, de 26 de abril. Pleno, B.O.E. 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa.

(105.7) Sentencia 83/1990, de 4 de mayo. Sala 2.ª B.O.E. de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don Alvaro Rodríguez Bereijo.

(105.8) «La Instrucción combatida no se propone excluir en sentido discriminatorio a los Profesores de Religión en cuanto tales, es decir, en virtud de su condición personal o profesional, sino que constituye una aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 2.376/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los órganos de gobierno de los Centros públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional, según el cual los candidatos al cargo de Director «deberán ser Profesores con destino definitivo en el Centro»; y como quiera que los Profesores de Religión son designados por la autoridad académica «para cada año escolar», entre las personas que proponga el Ordinario diocesano, conforme estipula el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, ratificado el día 4 de diciembre de 1979, es evidente para esta parte que tales Profesores de Religión no cumplen el requisito de destino definitivo en el Centro. En opinión del Abogado del Estado, este requisito es tan objetivo como razonable, pues con él se trata de satisfacer una elemental exigencia de estabilidad en el centro de las personas elegibles para ocupar su dirección; a ello debe añadirse que no es igual la situación de los Profesores de Religión que la de los restantes Profesores de centros públicos, ya que estos últimos han accedido a la función pública en virtud de procedimientos de selección fundados en los principios de mérito y capacidad, pudiendo por lo mismo desempeñar el cargo en condiciones de objetividad e imparcialidad, lo que no es posible asegurar, en cambio, en el nombramiento de los Profesores de Religión, basado como está en una relación de confianza con autoridades eclesásticas ajenas al Consejo de 20 de mayo. Sala 1.ª B.O.E. de 9 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Leguina Villa.

dad. No menos cierto es, también, sin embargo, que ese uso no es en sí mismo discriminatorio...» (106).

IV. ALGUNAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RELACION CON TEMAS DE DERECHO CIVIL

Dentro del campo concreto del Derecho Civil, hay que citar en primer lugar la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre (107), que vino a equiparar los hijos naturales o no matrimoniales en relación con el ejercicio de las acciones de reconocimiento de filiación y, consecuentemente, a considerar derogado el anterior artículo 137 del Código Civil y a extender el régimen del anterior artículo 118 del Código Civil —previsto para la filiación matrimonial o legítima— a los hijos naturales o no matrimoniales. Mientras que el artículo 137 del Código Civil mencionado limitaba la acción de reclamación de la filiación a la vida de los presuntos progenitores, el artículo 118 del Código Civil mencionado, extendía la acción a toda la vida del hijo, con independencia de que los hipotéticos progenitores siguiesen viviendo o no.

La importancia de esta Sentencia radica no sólo en la interpretación que la misma da del artículo 14 C.E. en relación con el artículo 39.2. C.E. para un caso relevante de discriminación por razón de nacimiento, sino también en la eficacia inmediata de la Constitución que la misma defiende y aplica con respecto a ese artículo 14 y al principio de igualdad en él contenido.

En efecto, frente a la tesis de la Audiencia Territorial de Sevilla y de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que consideraban que el artículo 14 C.E. tenía únicamente valor programático, el Tribunal Constitucional entiende que, de acuerdo con el artículo 53.1 C.E., el artículo 14 C.E. tiene valor normativo inmediato, y, consecuentemente, de acuerdo con la disposición derogatoria de la C.E., había derogado el artículo 137 del Código Civil, por ser discriminatorio por razón de nacimiento en cuanto al régimen de las acciones de filiación, en perjuicio de los hijos matrimoniales. Ello debe aplicarse también a los nacidos antes de la C.E., sin que implique una aplicación retroactiva de la misma, sino únicamente su eficacia normativa inmediata.

Esta eficacia de la Constitución en tema de igualdad y precisamente en relación con la filiación no matrimonial se reitera en la

(106) Sala 1.^a, B.O.E. de 18 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. Refiriéndose al informe policial, en el que se habla de «familias gitanas».

(107) Sala 2.^a, B.O.E. de 15 de enero de 1983. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

Sentencia 155/1987 (108), ya que considera que la disposición transitoria 8.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (109) no es anticonstitucional porque no remite únicamente al Código Civil en su redacción anterior, sino también a la Constitución, a partir de su entrada en vigor, y al consiguiente efecto derogatorio que la misma había producido ya en el artículo 807 del Código Civil al tratar desigualmente a los hijos no matrimoniales frente a los matrimoniales en materia sucesoria (110).

La Sentencia 33/1983, de 4 de mayo (111), considera justificado (justificación objetiva y razonable, el peor trato concedido en materia de pensión y orfandad a los adoptados simplemente frente a los adoptados plenamente; lo que extiende también indirectamente a los adoptados plenamente frente a los hijos por naturaleza, rechazando, consecuentemente, la pretensión de equiparación de la pensión de orfandad dentro del ámbito de la Administración Local, basada en los artículos 14 y 39.2 C.E. La Sentencia considera «...perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión sólo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad plena y aunque se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo», dado que los regímenes civiles de una y otra figura son también distintos, sin que ello suponga discriminación alguna.

Relacionado también con la desigualdad de trato entre adoptados, así como entre adoptados e hijos naturales, con respecto al artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que limita el derecho a subrogarse en el arrendamiento a los adoptados antes de cumplir 16 años, hay que mencionar el Auto del Tribunal Constitucional 540/1987, de 6 de mayo (112), que declara inadmisión el correspondiente recur-

(108) Pleno, B.O.E. de 12 de noviembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente.

(109) «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva sucesión».

(110) «Limitar a los viejos preceptos del Código civil, en su redacción anterior a la C.E., la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieran y debieran inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la C.E., en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la C.E. y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra». Se desestima la cuestión.

(111) Sala 2.^a, B.O.E. de 20 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Don. Jerónimo Arozamena Sierra.

(112) Sala 2.^a. Sección 1.^a. Excmos Sres. Don Tomás y Valiente, Díez-Picazo y Díaz Eimil:

«Este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, en Sentencia 33/1983, de 4 de mayo, acerca de las diferencias entre adopción plena y adopción simple y la ausencia de violación del principio de igualdad por tal motivo...Consideraciones análogas podrían efectuarse en el caso que nos ocupa con respecto a las diferencias, en cuanto al derecho de subrogación en el arrendamiento, existentes entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, o precisando más, entre la filiación por naturaleza y la adoptiva antes del cumplimiento de 18 años por el adoptado, por un lado, y a adopción una vez cumplida tal edad, por otro. Las diferencias legalmente estableci-

so de amparo basado en una hipotética discriminación de dichos hijos adoptivos, al considerar esa diferencia de trato como justificada y razonable.

El Auto del Tribunal Constitucional 671/1985, de 9 de octubre (113) entiende que el artículo 14 C.E. no puede ser causa de la ampliación del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las parejas de hecho, desestimando consecuentemente la subrogación pretendida en base a esa circunstancia en la posición de arrendatario: «Si hasta ahora no se han equiparado los vínculos matrimoniales a las uniones de hecho, en este terreno, nada hay que lo exija en nombre del principio y del derecho a la igualdad, sin que la actuación equiparatoria del legislador en otros supuestos prejuzgue ni obligue a tratamientos igualatorios en este caso».

La Sentencia 260/1988, de 22 de febrero (114) entiende que la disposición adicional 10.^a 2.^a de la Ley 30/1981 debe interpretarse de manera que se pueda aplicar también a los casos en los que, no habiéndose producido el fallecimiento antes de la vigencia de la propia Ley, sino después, vigente ya la nueva Ley, se haya «manifestado la intención de contraer matrimonio y adoptado las medidas conducentes a la obtención del divorcio», aunque «éste —debido al curso temporal de los correspondientes trámites judiciales— no ha podido lograrse sino algún tiempo después de haber fallecido el causante». Lo que se justifica porque concurre la misma situación a la que se refiere literalmente el texto de la mencionada disposición: la imposibilidad de contraer nuevas nupcias (115).

La Sentencia 159/89, de 6 de octubre 1989, considera que el artículo 31.1 (116) de la vigente Ley no puede interpretarse estrictamen-

das entre unos y otros supuestos encuentran una justificación objetiva y razonable en la finalidad reconocida de evitar posibles fraudes..., así como en una mayor atención en determinados casos a los derechos del arrendador». Vid. mi comentario a esta sentencia en el número 21 de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.

(113) Sala 1.^a, Sección. Excmos Sres. Díez de Velasco, Gómez-Ferrer y Escudero.

(114) Sala 2.^a, B.O.E. de 23 de enero de 1989. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(115) «Con independencia, pues, de la fecha del fallecimiento y cumplidos los restantes requisitos establecidos en la norma, la igualdad de los supuestos de hecho —en los que la persistencia de la unión extramatrimonial tiene una misma causa: la imposibilidad de celebrar nuevo matrimonio— exige un tratamiento legal que anude a ellos las mismas consecuencias jurídicas, con el fin de dar cumplimiento al derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución. O, dicho de otro modo, una interpretación de la norma controvertida, acorde con el derecho a la igualdad reconocido en el referido precepto constitucional, exige la inclusión, en el ámbito de aplicación de la misma, de supuestos como el ahora examinado; de no ser así, el referido derecho fundamental resulta conculcado por la introducción de un elemento diferenciador apoyado exclusivamente en la interpretación literal de un requisito que es contraria a la finalidad perseguida por el legislador a través del precepto y, por ende, carece de sentido y de fundamentación racional».

(116) Artículo 31.1. LAU: «Mientras subsista, no se reputará traspaso la asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiere fallecido, aunque forme parte de ella el cónyuge sobreviviente».

te, limitándolo a la mujer viuda y no extendiéndolo a la mujer separada o divorciada, por ser dicha interpretación de la norma contraria al principio de igualdad (117).

En relación con la responsabilidad patrimonial, el Tribunal Constitucional ha declarado anticonstitucionales, como contrarios al artículo 14 C.E.:

— Los artículos 707.2 y 709 del Código de Justicia Militar en cuanto limitan a la cuarta parte de los sueldos de los militares el embargo de los mismos por razón de alimentos, puesto que no existe causa razonable para ese peor trato de las familias de los militares frente a las de los demás ciudadanos, «pues la conveniencia de que el militar goce de independencia económica que le permita mantener dignamente su «status» ha de ser reconocida también a los funcionarios civiles y a todos los ciudadanos» (118).

— El artículo 709, regla segunda, del Código de Justicia Militar, en cuanto establece que no podrán ser objeto de embargo los haberes personales de los militares para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos celebrados con particulares o de las costas producidas para su reclamación, ya que ello implica una diferencia de trato no justificada frente a los demás ciudadanos (por las mismas razones que se señalan en el caso anterior) así como una diferencia entre quienes contratan con militares frente a los que contratan con otros ciudadanos, tampoco justificada (119).

— El artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, en cuanto prohíbe el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía, ya que no existe «causa razonable que justifique las ventajas de los que se benefician, sin límite alguno, los perceptores de prestaciones sociales, ni la posición de desventaja en que se coloca a sus acreedores en relación con quienes

(117) «Una diferenciación en punto a la exención del traspaso del local de negocio entre los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales atendiendo exclusivamente a su causa (la muerte, el divorcio o la separación legal), aparte de carecer de justificación jurídica, conlleva una discriminación social entre el *status* de «viuda», que podría beneficiarse de la exención del artículo 31.1.º LAU y el de «separada» (o divorciada), quien quedaría civilmente penalizada, y ello aun cuando, como acontece en el presente caso, la esposa no hubiere dado lugar a la separación legal». Por ello la Sentencia 159/1989, de 6 de octubre, Sala 1.ª B.O.E. de 7 de julio de 1989, ponente: Excmo. Sr. Don Vicente Gimeno Sendra, declara la nulidad de la Sentencia de 5 de febrero de 1987 dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia en el recurso de apelación número 435/1986.

(118) Sentencia 54/1983, de 21 de junio. Pleno B.O.E. de 15 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

(119) Sentencia 151/1985, de 5 de noviembre. Pleno B.O.E. de 26 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco Vallejo; Sentencia 12/1986, de 28 de enero. Sala 1.ª B.O.E. de 12 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Pera Verdager.

lo sean de perceptores de otras retribuciones, subsidios o pensiones» (120) (121).

V. IGUALDAD Y AUTONOMIA PRIVADA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de junio (122), dice que «...el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 C.E.» (123). El Tribunal viene pues a mantener que el principio de igualdad se impone con menor fuerza en el campo de la autonomía privada, en comparación con la sumisión al mismo de los poderes públicos; concretamente, se impone en aplicación del orden público constitucional, prohibiendo así las discriminaciones contrarias al mismo. Esas discriminaciones, por otra parte, comprenden las enumeradas expresamente en el artículo 14 C.E., pero no se limitan a ellas.

Queda así resumida una doctrina que el Tribunal ha venido desarrollando en un número relativamente reducido de Sentencias.

La primera de ellas significativa es la Sentencia 34/1984, de 9 de marzo (124). El recurso de amparo en cuestión se interpone contra

(120) «Aunque el preceptor de una prestación de Seguridad Social puede soportar una situación procesal de particular necesidad que permita diferenciarlo de los perceptores de cualesquiera otras retribuciones, ello sólo podría justificar un tratamiento legal distinto de las prestaciones de Seguridad Social respecto a otras percepciones en lo que a las limitaciones de la inembargabilidad se refiere, pero no podría justificar, por irrazonable y desproporcionada, la inembargabilidad absoluta de las prestaciones de Seguridad Social al margen y haciendo completa abstracción de su cuantía, su origen y las circunstancias personales de los perceptores». Sentencia 113/1989, de 22 de junio. Pleno B.O.E. 24 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Don Eugenio Díaz Eimil. El fundamento jurídico 4 de esta Sentencia contiene un resumen completo de todas estas Sentencias sobre responsabilidad patrimonial.

(121) En un caso similar (inembargabilidad de las pensiones de los mutilados de guerra —art. 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio—), la Sentencia 23/1988 entiende que, tratándose de una norma posterior a la entrada en vigor de la Constitución, su inconstitucionalidad tenía que haber sido declarada por el propio Tribunal Constitucional y no por el Tribunal Central de Trabajo, por lo que concede el amparo, anula la Sentencia de dicho tribunal y manda retrotraer las actuaciones al momento de la conclusión del procedimiento e inicio del plazo para dictar Sentencia, dejando así abierta al Tribunal Central de Trabajo la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la mencionada disposición legal (Sentencia 23/1988, de 22 de febrero. Sala 1.ª B.O.E. de 18 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Don Miguel Rodríguez-Piñero).

También se expone la problemática de esta Sentencia 23/1988 en el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 113/1989.

(122) Sala 2.ª, B.O.E. de 4 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Lorente.

(123) Fundamento Jurídico 1, párrafo 4.º.

(124) Sala 2.ª, B.O.E. de 3 de abril de 1984. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez-Picazo. Antecedentes de esta materia se encuentran ya en la Sentencia 1/1984,

Sentencia de la Magistratura del Trabajo, que desestimó la reclamación del recurrente. Este pretendía que se le abonase un complemento de sueldo que percibían otros trabajadores de su empresa, sin justificación alguna. La Sentencia recurrida entendía que, salvados los mínimos salariales legales o pactados colectivamente, así como no incurriendo en las discriminaciones prohibidas por los artículos 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podía establecer con cada uno de sus trabajadores el salario que estimase oportuno, en base al artículo 3.ºc) del mencionado Estatuto que reconoce a la autonomía de la voluntad como fuente de la relación laboral.

El problema planteado al Tribunal Constitucional, como éste expone en su Sentencia, es el de «saber si la concesión de una cantidad que carece de justificación objetiva a unos trabajadores y no a otros vulnera el derecho a la igualdad. Dicho de otro modo: si el principio de igualdad exige la identidad en la retribución, admitiéndose exclusivamente las diferencias que estén objetivamente justificadas en tanto que lo estén».

La Sentencia desestima el recurso. Afirma que el principio de igualdad rige también en el ámbito de las relaciones entre particulares, aunque con «una matización importante» (125), derivada del principio de autonomía de la voluntad que, «si bien aparece fuertemente

de 16 de enero —Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra—, que considera, en recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo, que el libre despido de un Jefe del Departamento de Máquinas en Buques Arrastreros al Fresco no es contrario al principio constitucional de igualdad. Como explica la Sentencia, la cuestión «consiste en si el mantenimiento de su puestos de cese sin sujeción al régimen general de despidos, establecido aquí por la Ordenanza o que lo fuese eventualmente por convenio o contrato, mantenimiento que las dos Sentencias impugnadas deducen de su interpretación de la legalidad, viola, como sostiene el recurrente, el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, al consagrar un trato diferencial injustificado con unos trabajadores con respecto a los demás» (el subrayado es mío). El Tribunal desestima el recurso, ya que considera justificado ese tratamiento diferenciado (de libre despido) frente a los demás trabajadores, dada la naturaleza de la función (de confianza del naviero o armador) que desempeñan los Jefes de Máquinas.

La Sentencia cuenta con un voto particular del Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente.

(125) Con cita expresa de la Sentencia 59/1982, de 28 de julio —Sala 2.ª, B.O.E. de 18 de agosto—. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral—, la Sentencia recuerda que el Tribunal ha declarado que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (como lo es, en el período al que los recurrentes limitan su impugnación, la diferencia de retribuciones entre dos tipos de trabajadores) tiene relevancia jurídica, es menester demostrar, que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados» y que esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho».

La mencionada Sentencia 59/1982 se refiere a la no discriminación entre categorías de trabajadores con sueldo determinado reglamentariamente (se trata del Reglamento de Régimen Interior de Renfe).

limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales.

En la medida, pues, en que la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. No afecta para nada a ello la argumentación del recurrente sobre las consecuencias que una situación de este tipo puede originar (vejación del trabajador, desunión de los trabajadores, etc.). Como toda medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes reconocen; y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad».

De ahí que el Tribunal desestime el recurso, por no considerar contrario al principio de igualdad la diferencia de trato que deriva de ese complemento de sueldo que el empresario venía dando a unos trabajadores y no a otros.

Resulta pues que, según la Sentencia, la autonomía de la voluntad permite una desigualdad de trato, siempre que la misma no incida en alguna de las causas discriminatorias prohibidas por el artículo 14 de la Constitución. Satisfecho ese límite, las partes son libres para vincularse contractualmente como estimen oportuno, incluso dentro del mundo laboral, naturalmente dentro del respeto a la Ley, a la moral y al orden público (art. 1.255 del Código Civil). Por ello —se señala en el pasaje de la Sentencia transcrito— el ejercicio de la autonomía de la voluntad debe circunscribirse a los fines para los que se concede, de los que claramente quedaría excluida la finalidad vejatoria. Pero semejante control (y la correspondiente ilicitud) ya no deriva del principio de igualdad, sino —añado yo— de ese respeto debido «a la Ley, a la moral y al orden público».

La Sentencia 97/1984, de 16 de octubre (126), se ocupa de una resolución de contrato laboral en período de prueba, al amparo del artículo 14.2 del Estatuto de los trabajadores (127). La trabajadora afectada por la resolución interpuso demanda contra la empresa por

(126) Sala 2.^a, B.O.E. de 31 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra.

(127) «Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y al puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso».

despido nulo, por considerar discriminatorio el acto extintivo al estar basado en el embarazo de aquélla, y la Magistratura de Trabajo falló a su favor. En cambio, el Tribunal Central de Trabajo entendió que no podía hablarse de acto discriminatorio, sino de ejercicio de un derecho por parte de la empresa, acorde con el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores. El recurso de amparo se interpuso pues por la trabajadora despedida contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

El Tribunal Constitucional considera que, aunque la facultad de resolución del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores puede ejercerse sin necesidad de motivación, «está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental» como el de igualdad, recogido en el artículo 14 de la Constitución.

Ello significa que el ejercicio de un derecho subjetivo privado no puede realizarse contradiciendo el principio de igualdad. Naturalmente, el problema radica en saber si semejante doctrina es generalizable o se limita al amparo de las relaciones laborales y, concretamente, a la facultad de resolución del contrato de trabajo.

El Tribunal desestimó no obstante, el recurso, ya que de los hechos no resultaba que la trabajadora hubiese sido despedida, y consecuentemente discriminada, por razón de sexo.

El Tribunal reitera la misma doctrina en un caso similar, en la Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre (128). Pero, a diferencia del supuesto anterior, estima el recurso porque entiende que, en efecto, se había producido discriminación por razón de sexo (trabajadora embarazada), anulando, por consiguiente, la Sentencia recurrida del Tribunal Central de Trabajo. Además, se recuerda y aplica la tesis de la inversión del *onus probandi*: habiendo alegado la trabajadora su embarazo y su derecho a ser discriminada, la empresa —el INSALUD— debió probar que los hechos determinantes de la resolución de la relación laboral no tenían nada que ver con la discriminación por razón de sexo alegada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero (129), se ocupa de un supuesto de despido por inactividad laboral del sábado en vez del domingo. La recurrente pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que impone a sus miembros la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Ello dio lugar a que fuese despedida por abandono de puesto de trabajo y ausencias injustificadas. Promovido proceso por despido nulo, la Magistratura de Trabajo estimó la demanda, por entender que supo-

(128) Sala 2.^a, B.O.E. de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(129) Sala 2.^a, B.O.E. de 5 de marzo de 1985. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra.

nia un trato discriminatorio, contrario al artículo 14 de la Constitución y el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Central de Trabajo estimó el recurso de suplicación de la empresa y declaró procedente el despido.

El recurso de amparo se interpuso pues contra esa Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, alegando violación del derecho fundamental de libertad religiosa (artículo 16.1 C.E.). Lo que ocurre es que la consideración de dicha hipotética violación de la libertad religiosa conducía —como el propio Tribunal pone de relieve en la Sentencia— a la relación de la misma con el artículo 14 de la Constitución: no discriminación por razón de religión.

El Tribunal Constitucional no estima el recurso, ya que entiende que la imposición del descanso dominical no responde a un trato discriminatorio por razón de religión, contrario al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (130), ya que dicho descanso dominical no tiene actualmente carácter religioso, sino que es una institución secular marcada por la tradición en el mundo del trabajo (131).

El Tribunal señala que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución forman parte del orden público y, por consiguiente, constituyen un límite para la autonomía privada: «...es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto» (132). El principio constitucional de igualdad forma pues parte del orden público, con los efectos previstos para el mismo por el artículo 1.255 del Código Civil en relación con la autonomía privada.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de ju-

(130) Artículo 17.1 E.T.: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la Empresa y lengua dentro del Estado español.»

(131) Artículo 37.1 E.T.: «Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas.»

(132) «... no se sigue de ahí, en modo alguno —añade el Tribunal—, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». Lo que la recurrente pretendía pues —en opinión del Tribunal— era la dispensa del cumplimiento de las obligaciones libremente aceptadas y ajustadas a derecho en base al principio constitucional de libertad religiosa y a la invocación de no discriminación por razón de religión.

lio (133), se ocupa de un supuesto de diferencia de trato concedido por el INSALUD entre trabajadores y trabajadoras. Mientras que todas las trabajadoras, *independientemente de su estado civil*, con hijos menores de seis años, perciben una prestación por guardería, sólo los *hombre viudos* con hijos de esa edad reciben tal prestación. La Sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto frente a una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, que desestimaba la pretensión del recurrente encaminada a que se le reconociera a él también, aunque no era viudo, esa prestación complementaria en concepto de guardería.

Frente a la alegación del INSALUD de que la ayuda por guardería es una prestación de concesión graciable y que, por consiguiente, depende de sus organismos directivos la determinación de los casos en los que se conceda, el Tribunal vuelve a recordar que el empresario no puede utilizar el margen de autonomía privada, del que dispone en la contratación laboral, para introducir discriminaciones entre unos y otros trabajadores. Añade que esa prohibición es más rígida cuando se trata de una entidad pública: «es preciso señalar que, si bien (de acuerdo con lo afirmado en nuestra Sentencia 34/1984, de 9 de marzo, fundamento jurídico 2.º), la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias; prohibición que, en buena lógica, debe operar en una forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público».

No obstante, el Tribunal no estima el recurso porque admite el segundo argumento alegado por el INSALUD: «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación».

De ahí que la diferencia de trato en cuestión no constituya una discriminación, sino «una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del Texto Fundamental». Es un tratamiento diferente a sujetos en situaciones distintas, de acuerdo con criterios razonables.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre (134), se ocupa de un hipotético caso de discriminación por razón de apariencia o presencia física, aunque tanto el planteamiento del

(133) Sala 2.ª, B.O.E. de 11 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis López Guerra.

(134) Sala 2.ª, B.O.E. de 21 de noviembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Don Fernando García-Mon y González Regueral.

recurrente como la actitud del Tribunal impidieron que este tema fuese directamente abordado. Se trataba del despido de un barman por haberse dejado la barba en contra de las órdenes del empresario, que fue declarado procedente tanto por la Magistratura de Trabajo como por el Tribunal Supremo.

El barman interpuso recurso de amparo contra ambas sentencias, alegando la infracción de los artículos 24.1, 14 y 18.1 (intimidad y propia imagen) de la Constitución. El Tribunal Constitucional lo desestimó.

La alegación de la infracción del artículo 14 se refería a la igualdad en la aplicación de la Ley por la propia Magistratura del Trabajo. Pero el Tribunal Constitucional consideró que no se producía el requisito de la igualdad entre el caso en cuestión y el considerado en otra sentencia anterior, ya que, a diferencia del supuesto anterior, en el presente se había alegado y probado que era un uso local en el sector de hostelería que los empleados que tuviesen contacto con los clientes debían estar afeitados. Lo que también impedía considerar que hubiese existido una infracción del artículo 18.1 de la Constitución. Se concluía que el empresario estaba legitimado, a la vista del mencionado uso local, para dar la orden correspondiente (art. 20.1 del Estatuto de los Trabajadores) y para despedir al barman ante su reiterado incumplimiento de la misma [art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores].

Yo creo que el Tribunal debería haberse planteado expresamente la concordancia de ese uso local con los derechos fundamentales de la Constitución, tanto en relación con el artículo 14 (135) como con el artículo 18.1, puesto que los mismos forman parte —según ya se ha señalado— del orden público.

Planteados en esos términos la cuestión, el tribunal vino a decir, en fin de cuentas, que despedir a un barman por dejarse la barba no implica un ejercicio de la autonomía privada contrario al artículo 14 de la Constitución (tampoco al art. 18.1 de la misma), puesto que semejante diferencia de trato (entre barbudos y no barbudos) parece razonable (acorde con los valores generalmente aceptados), ya que cuenta con el respaldo de un uso local.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1987, de 22 de diciembre (136), aborda también un tema relacionado con la exigencia en actividades laborales de una determinada apariencia o presencia física. Las auxiliares de vuelo femeninas de Iberia mayores de treinta y cinco y menores de cuarenta años tenían reconocido, por convenio colectivo, el derecho a solicitar el retiro anticipado. Los recurrentes

(135) Hay que tener en cuenta que el artículo 84 LOTC permite al Tribunal suscribir motivos distintos de los alegados por las partes.

(136) Sala 2.ª, B.O.E. de 8 de enero de 1988. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Latorre Segura.

en amparo, auxiliares de vuelo masculinos, vieron desestimada por el Tribunal Central de Trabajo su pretensión de que también a ellos se les reconociese el mismo derecho (en contra de la Sentencia de Magistratura de Trabajo, que sí que había estimado su demanda).

El Tribunal estimó el recurso y consideró que, en efecto, el Convenio Colectivo en cuestión era discriminatorio por razón de sexo, perjudicando injustificadamente a los auxiliares de vuelo masculinos.

La Sentencia recurrida había justificado el fallo en la exigencia de una presencia atractiva para el desempeño de las funciones propias de las auxiliares de vuelo femeninas: «ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de auxiliar de vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio».

Frente a lo que el Tribunal Constitucional argumenta en los siguientes términos: «Pueden existir, sin duda, actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es este el caso de los auxiliares de vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los auxiliares masculinos y femeninos».

«Prueba de ello —añade la Sentencia— es que en los sucesivos Convenios Colectivos (posteriores a la entrada en vigor de la Constitución) se suprimió dicho derecho de retiro anticipado para las auxiliares de vuelo femeninas» (137).

El tratamiento dado a este caso pone de relieve lo ya dicho en relación con el anterior: en aquel se echa en falta una valoración directa de si era o no correcto exigir en la presencia física de un barman el no tener barba.

No obstante, conviene señalar una diferencia importante, aunque el Tribunal no la explicita. Iberia es un empleador de carácter público y —ya se ha señalado la doctrina del propio Tribunal—, como tal, está obligado a una aplicación más escrupulosa del principio constitucional de igualdad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 de octubre (138), explicita algo que resulta claro de las sentencias a las que me he referido en esta parte: que la autonomía privada tiene como límite de su ejercicio el respeto de los derechos fundamentales de la Constitución (orden público) y, concretamente, el derecho a la igualdad de su artículo 14, si bien con ciertas matizaciones (139); que la

(137) Aunque se reconoció su subsistencia para las auxiliares de vuelo femeninas ingresadas antes del 31 de diciembre de 1979.

(138) Sala 2.^a, B.O.E. de 5 de noviembre. Ponente: Excm. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

(139) «Ciertamente, el artículo 53.1 del Texto Constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos.

protección de la igualdad frente a los particulares por vía del recurso de amparo se produce indirectamente, como recurso frente a las Sentencias de los Tribunales que no han concedido previamente la protección que les ha sido pedida (140); que esas limitaciones y esa protección, correspondientes al principio constitucional de igualdad, se

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

«Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto ese Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica».

(140) «En principio, y como ya ha declarado este Tribunal, el recurso de amparo no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud del Convenio Colectivo, no sólo por el reparto de funciones que la Constitución establece entre los órganos judiciales y la justicia constitucional, sino también porque el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos —disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho— que vulneren los derechos fundamentales de los afectados, como se deduce de los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica de este Tribunal, lo cual excluye necesariamente la posibilidad de que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del Convenio Colectivo.

Pero ello no significa que este Convenio quede totalmente al margen del recurso de amparo. No cabe duda de que el Convenio Colectivo, como otros actos privados —a los que en principio, y sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se efectúen, ha de asimilarse—, puede lesionar los derechos fundamentales, y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para impetrar el amparo. Es cierto que ello no basta para acudir a este especial mecanismo de garantía, por las exigencias procesales que la Ley Orgánica de este Tribunal impone; pero también lo es que el afectado por esa lesión podrá acudir a los Tribunales ordinarios para que la reparen, y que, en el caso de que su demanda le sea denegada, podrá ejercitar la correspondiente acción de amparo, una vez cumplido el trámite previsto en el artículo 44 de la citada Ley Orgánica (Sentencias 6/1988, de 21 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo). El recurso de amparo, en definitiva, no puede excluirse cuando se trata de reaccionar frente a actos de los poderes públicos que, pese a su eventual contradicción con la Constitución, apliquen un Convenio Colectivo o le reconozcan validez en puntos que se opongan a ésta (ATC 643/1986, de 23 de julio); no es dicho recurso, indudablemente, un remedio procesal contra el Convenio, pero la legitimidad constitucional de éste incide en la legitimidad del acto de los poderes públicos que formalmente se impugna (STC 95/1985, de 29 de julio)».

aplican a los Convenios Colectivos, puesto que los mismos se incardinan, a estos efectos, entre las relaciones privadas (141).

Los recurrentes, trabajadores del Ayuntamiento de Sevilla, impugnaron indirectamente, primero ante la jurisdicción laboral y luego ante el Tribunal Constitucional, un Acuerdo Colectivo, por entender que era discriminatorio para ellos. Casi todos los trabajadores del Ayuntamiento (1.700 de un total de 2.000) cobraban un plus de toxicidad o peligrosidad. El mismo se había ido extendiendo a muchos trabajadores, aunque no tuviesen una actividad de esas características, como una forma indirecta de aumentar sus retribuciones. El acuerdo impugnado pretendía regularizar la situación; para lo que creó un «plus convenio», por la misma cuantía que el otro para todos los que todavía no disfrutaban de él (300 trabajadores). Los recurrentes en amparo consideraban que el establecimiento de ese «plus convenio» les causaba discriminación, puesto que, al venir percibiendo antes el «plus de toxicidad» de la misma cuantía, no se encontraban entre los beneficiarios del mismo y, por lo tanto, sus salarios no habían experimentado el incremento del 20 por 100 concedido a los beneficiarios del mencionado «plus convenio». La Magistratura falló a favor de ellos, pero el Tribunal Central de Trabajo revocó la sentencia de aquélla, y el Tribunal Constitucional no estimó el recurso, ya que entendió que no había existido discriminación, a pesar de la desigualdad de trato derivada del Acuerdo Colectivo. Hay que tener en cuenta —se dice— que los trabajadores afectados no se encontraban en la misma situación, sino que realizaban funciones distintas. Pero quizá el argumento más importante (aunque se utiliza para reforzar el anterior) es que con el Acuerdo no se pretendía «marginar o discriminar»... sino más bien racionalizar y reordenar la estructura salarial de la Empresa, estableciendo una base salarial para todos los trabajadores... y eliminando... las consecuencias de una concesión indiscriminada de plus de toxicidad a la práctica totalidad de la plantilla».

Frente al argumento de los recurrentes de que ellos sí que desempeñaban un trabajo de carácter tóxico o penoso y que, consecuentemente, deberían recibir un mejor trato que los demás trabajadores, el Tribunal recuerda que el artículo 14 no impone un trato desigual de los que están en situaciones desiguales, sino únicamente un trato igual para los que están en situaciones iguales (142).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 241/1988 (143) estima un

(141) Vid., las dos notas anteriores, (139) y (140).

(142) «... ha de recordarse que del artículo 14 de la Constitución no se deriva derecho alguno a esa diferencia de retribución sino, más bien, el derecho a no ser discriminado en su percepción en el caso de que se estableciere. El principio de igualdad no exige la creación de un determinado plus o complemento, aun cuando se den las circunstancias fácticas precisas para ello, sino la aplicación no discriminatoria del mismo cuando la Ley o el Convenio colectivo lo hubieren creado».

(143) Sala 2.^a, B.O.E. de 13 de enero de 1989. Ponente: Excm.a. Sra. Doña Gloria Begué Cantón.

recurso de amparo interpuesto contra Sentencia del Tribunal Supremo, en la que, revocando una Sentencia de la Magistratura de Trabajo, se declara que el reingreso de una trabajadora en el Consejo General de Colegios de Médicos, tras la excedencia que había obtenido años atrás, sólo podrá producirse a partir del momento en que dicha trabajadora sea cabeza de familia. El Tribunal Constitucional entendió que dicha condición, impuesta por razón de sexo, era discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución.

La interesada había solicitado en 1964 la excedencia y la dote por razón de matrimonio, y el Consejo accedió a ello. Ambas partes actuaron creyendo que seguía vigente el artículo 41 de la Reglamentación Nacional de Trabajo para el Personal correspondiente a la Organización Médica Colegial, aprobada por Orden de 1948, cuando no era así. Por ello, de acuerdo con ese artículo 41 también, el Consejo condiciona el reingreso en la plantilla de esta trabajadora a que se constituya en alguna ocasión en cabeza de familia.

El Tribunal Constitucional considera aplicable —de acuerdo con la Magistratura de Trabajo— la doctrina, manifestada reiteradas veces por el mismo, según la cual, las disposiciones reglamentarias que disponían la excedencia forzosa de la mujer y que condicionaban el reingreso a ser cabeza de familia son discriminatorias.

Pero el Tribunal Supremo entendió que, no estando vigente el mencionado artículo 41 de la Reglamentación de 1948, en realidad las partes, el Consejo y la trabajadora, habían pactado voluntariamente una excedencia en los términos previstos por ese artículo 41. De lo que el Alto Tribunal dedujo que «si las partes se ajustaron a dicho artículo para el inicio de la excedencia, también habrán de ajustarse a lo dispuesto en él para su finalización, por lo que el derecho que asiste a la actora a reingresar sólo podrá ejercerlo a partir del momento en que se constituya en cabeza de familia».

Frente a lo que el Tribunal Constitucional reitera que el artículo 14 de la Constitución constituye un límite para la autonomía privada. De manera que no puede aceptarse por vía del consentimiento contractual la discriminación que sería nula si estuviese impuesta por una norma reglamentaria, circunstancia que concurre en la condición en cuestión de ser cabeza de familia para poder reingresar en la plantilla del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos: «Aun en tal supuesto, ha de examinarse el contenido de la condición a la que se somete el reingreso de la recurrente —que según el Tribunal Supremo ha de considerarse implícita en la concesión de la excedencia—, ya que, si dicha condición resultase discriminatoria, sería radicalmente nula por contradicción con el artículo 14 de la Constitución, como expresamente reconoce el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores para “las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones”. Es cierto que la aplicación de los derechos

fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente (Sentencias 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, entre otras), pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad».

El Auto 1.069/1987 precisa, por lo que se refiere al ejercicio de los derechos, que el artículo 14 de la Constitución impide actuar dicho ejercicio incidiendo en alguna de las discriminaciones típicas contempladas por él, pero no impone un trato de los sujetos pasivos de tales derechos acorde con el principio de igualdad. El ejercicio de los derechos, al igual que la autonomía de la voluntad queda, con la mencionada salvedad, al arbitrio de los particulares.

El recurso de amparo se interponía frente a una Sentencia de la Audiencia Provincial, que condenaba al recurrente al derribo de un cerramiento de terraza como obra incontestada por los copropietarios del inmueble. El recurrente alegaba la infracción del artículo 14 de la Constitución, puesto que —decía— la Sentencia de la Audiencia no había tenido en cuenta la alegación de que los copropietarios no habían actuado contra otro cerramiento similar llevado a cabo por otro propietario sin consentimiento expreso alguno.

La Sección 1.^a de la Sala 1.^a (144) acuerda la inadmisión del recurso con estos argumentos:

«Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el Derecho a no ser discriminado que establece el Artículo 14 C.E., cuando se trata de las discriminaciones típicas —por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social—. No puede decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida, que aquí están en cuestión), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda de uno y condonarla total o parcialmente a otro».

Las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado directamente de las relaciones entre la autonomía privada y el principio de igualdad del artículo 14 C.E., junto con la doctrina general

(144) Integrada por los Excmos. Sres. Tomás y Valiente, Díez-Picazo y Díaz Emil.

elaborada por el Alto Tribunal sobre la interpretación y aplicación del mencionado principio constitucional, permiten esbozar lo siguiente sobre las mencionadas relaciones autonomía privada-igualdad.

El artículo 14 de la Constitución forma parte de nuestro orden público y, consecuentemente, opera también como límite del principio de autonomía privada o de la voluntad (arts. 1.255 y 6.º 2 del Código Civil), el cual encuentra asimismo un reconocimiento de nuestra Constitución, a través del reconocimiento de la libertad (arts. 1.º 1 y 9.º 2 C.E.), de la libertad de empresa y de la economía de mercado (art. 38 C.E.). Los particulares, las personas privadas tienen que respetar también dentro de su esfera de actividad el principio de igualdad. Ello afecta a los negocios jurídicos en general —también al ejercicio de los derechos—: contratos, donaciones, fundaciones, asociaciones, cooperativas, testamentos, comunidades.

Evidentemente, el concepto de orden público que se maneja en este caso no es el originario, equivalente al normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y, especialmente, el de los servicios públicos (145). Aquí se trata del orden público como receptáculo de las ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas indispensables para la sociedad o para el orden social (146). Se trata de una cláusula general de la Ley que «otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, las que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes» (147).

La eficacia del artículo 14 C.E. dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas.

Lo que el artículo 14 C.E. prohíbe, como parte del orden público nacional, es que ese ejercicio arbitrario (dejado al arbitrio de cada uno) de la autonomía privada pueda producir discriminaciones *mani-*

(145) Vid. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Notas para la historia de la noción de Orden Público*. REDA, núm. 36, enero/marzo, 1983, pp. 19 y ss.

(146) Vid., el artículo 3.º 1, de la Ley Orgánica 7/80, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y los artículos 2.º b) y 4.º a) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

(147) FEDERICO DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*. ADC, 1982, pp. 987 y ss. Vid., p. 1050. Sobre el concepto de orden público. Vid., pp. 1014 a 1050 del mencionado trabajo.

fiestas contrarias a las expresamente previstas en él: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión. También puede prohibir discriminaciones derivadas de otras condiciones o circunstancias personales o sociales, siempre que éstas, al igual que las expresamente enumeradas, tengan, por razones históricas, geográficas, económicas o de cualquier índole, la trascendencia social indispensable para que dicha prohibición alcance el valor de orden público. Ello puede implicar, en su caso, que no se pueda alegar como error del consentimiento relevante aquel que implique un ejercicio de la autonomía privada manifiestamente discriminatorio en el sentido señalado.

Evidentemente esta limitación de la autonomía operará con mayor o con menor eficacia según la naturaleza de los negocios jurídicos considerados, según la naturaleza de los derechos que se ejerzan, según las circunstancias concurrentes en uno y otro caso. La consideración de la naturaleza implica la necesidad de respetar la causa del negocio y la función del derecho. La consideración de las circunstancias implica una valoración de los resultados concretos que se produzcan y de la trascendencia social de los mismos. Un papel importante corresponderá en este campo a la intención manifiesta o presunta de los particulares cuyo trato desigual de otros sea cuestionado.

En principio, cabe afirmar que el principio de igualdad tendrá un escaso margen de incidencia de los negocios a título gratuito, salvo cuando los mismos puedan tener un mayor alcance social (fundaciones). También en el mero ejercicio de los derechos. Su incidencia será mayor en la contratación dirigida al público en general (prestaciones de bienes y servicios), sobre todo cuando se trate de contratación que recaiga sobre materias socialmente importantes, sobre todo cuando el sujeto discriminatorio tenga una posición total o parcialmente dominante en el mercado o en la sociedad.

La discriminación deberá ser manifiesta. Por ello, quien la alegue deberá probarla: tanto el trato desigual, como su carácter discriminatorio, como su trascendencia social (orden público).

Al igual que en la consideración del principio de igualdad como límite de los poderes públicos y, concretamente, de la Ley, serán los valores aceptados y comúnmente imperantes los que sirvan para decidir si el trato desigual está o no está justificado en relación con la naturaleza y función de los negocios y de los actos jurídicos.

Nuestros Tribunales no pueden prestar auxilio alguno a las actuaciones de los particulares que incidan en una violación del orden público constitucional (arts. 6.º 2 y 1.255 del Código Civil) ni de los derechos fundamentales (arts 5.º 1 y 7.º 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello, cuando los Tribunales no cumplan con ese deber de protección, los sujetos lesionados en su derecho a la igualdad por un particular podrán hacer uso del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sorprendente, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 49/1990, de 26 de marzo (148), supone una clara contradicción de la doctrina expuesta en algunos de sus puntos esenciales. En ella se deniega el amparo al recurrente, que alegaba el trato discriminatorio recibido por razón de sexo, en relación con la pensión de viudedad, por aplicación del artículo 51.2 del Reglamento de la Mutualidad de la Enseñanza Primaria, según la cual, si el cónyuge viudo es varón sólo tendrá derecho a pensión de viudedad cuando, además de los requisitos previstos para las mujeres viudas, sufra incapacidad total y permanente para el trabajo y, conjuntamente con tal circunstancia, sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional. La sentencia cita expresamente todas aquellas sentencias del propio Tribunal Constitucional que han otorgado amparo a los recurrentes en supuestos similares de trato discriminatorio para el hombre frente a la mujer en pensiones de viudedad. No obstante, considera que este caso no puede decidirse por el mismo criterio, ya que la discriminación no existe cuando —como ocurre en él— se trata de una prestación voluntaria, es decir, pactada libremente y sometida al principio de autonomía privada:

«Efectivamente, a diferencia de aquéllos, la pensión de viudedad era, en la Mutualidad de Enseñanza Primaria, una prestación complementaria asumida de forma voluntaria, no una prestación general u obligatoria, y que, como tal prestación voluntaria, se regía por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, a los que, por su propio carácter voluntario, no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del artículo 14 de la Constitución. Y no es suficiente para invalidar dicha fundamentación el argumento de que tales prestaciones complementarias ofrecidas por el mutualismo administrativo poseían un carácter sustitutorio de la Seguridad Social, puesto que tal circunstancia no equipara el régimen de la citada Mutualidad a los regímenes obligatorios de Seguridad Social, como el Régimen General o los contemplados en las sentencias antes mencionadas (SOVI, MUNPAL)».

Como ya he apuntado, se trata de una posición manifiestamente contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal y con la que se ha venido a exponer en la segunda parte de este apartado, sin que se llegue a justificar semejante cambio. Por otra parte, la sentencia trata de reforzar la desestimación del recurso con dos argumentos complementarios que me parecen también criticables y que contradicen también la doctrina anterior del Tribunal: la no aplicación retroactiva de la Constitución (hay que tener en cuenta que el fallecimiento origen de la reclamación de pensión de viudedad se produjo

a finales de 1981) y el equilibrio de las prestaciones en un sistema mutualista (lo que obviamente se puede alegar en todo sistema mutualista, sea o no voluntario) (149).

(149) «Por otra parte, la proclamación del principio de igualdad por el artículo 14 de la Constitución, no comporta siempre su aplicación incondicionada a todo supuesto imaginable en que pueda plantearse cualquier discriminación, pues no hay que olvidar que, por una parte, puede y debe exigir un desarrollo paulatino para que sea eficaz la verdadera y efectiva equiparación que se pretende alcanzar. Equiparación que nada tiene que ver con la que se postula en el presente recurso de amparo, ya que no puede pretenderse que la Constitución alcance efecto retroactivo, no en cuanto proclama un principio al que tendencialmente, desde su promulgación, han de adaptarse, tanto que, como consecuencia de ello, se trastorne el «equilibrio de las prestaciones» en que se basa el reconocimiento reglamentario de las condiciones de la prestación de viudedad, en un sistema mutualista contractual surgido con anterioridad a la Constitución; condiciones que el recurrente de amparo pretende alterar por la simple alegación de que el mantenimiento de aquéllas —en los términos del art. 51.2 del Reglamento citado— vulnera el artículo 14 de la propia Constitución».

