

# LA IGUALDAD COMO DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

POR

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IGUALDAD: 1. *La explicación tradicional: la igualdad como efecto reflejo del derecho objetivo.* 2. *La igualdad como derecho público subjetivo.* 3. *El derecho fundamental a la igualdad en la Constitución española de 1978:* A) La igualdad, derecho fundamental de la Constitución. B) La doctrina del Tribunal Constitucional. C) El derecho fundamental a la igualdad como derecho público subjetivo de protección. 4. *El objeto del derecho a la igualdad:* A) Igualdad material y formal. B) La delimitación del objeto del derecho a la igualdad, conforme a la Constitución de 1978. 5. *Consecuencias jurídicas de la calificación de la igualdad como derecho público subjetivo de protección.*

## I. INTRODUCCIÓN

Si la idea de igualdad es filosófica e históricamente muy anterior al advenimiento del Estado de Derecho, jurídicamente su prosperidad no se produce hasta que el principio del Estado de Derecho se asienta en el primer constitucionalismo. El Estado de Derecho y lo que expresa en sustancia, la limitación de aquél por éste, es inimaginable sin tener en cuenta el dato capital de la igualdad. Lo que la idea originaria de la igualdad presupone es que las leyes se apliquen a todos, sin que las circunstancias personales puedan ser bastión de privilegio alguno, y esto sólo es posible cuando la ley es producto de una voluntad general libremente expresada (voluntad de la mayoría).

Nuestra Constitución subraya en su artículo 1.1 que «España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Al calificar a la igualdad como «valor» superior, la Constitución no excluye su carácter de principio general del ordenamiento constitucional, sino que subraya su naturaleza de «principio de principios», como destaca PAREJO ALFONSO (1), o su carácter de «totalidad» frente a otros

(1) *Estado Social y Administración Pública*, Cívitas, Madrid, 1983, págs. 67 y ss.; VILAS NOGUEIRA, *Los valores superiores del ordenamiento jurídico*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 12 (1984), págs. 92 y ss.

principios (art. 9.3 CE) que tan sólo «se refieren a aspectos o parcelas del ordenamiento», como afirma PECES BARBA (2). Junto a esta declaración general, la Constitución establece en su artículo 14, en relación con el artículo 53.2, el derecho de los españoles a la igualdad ante la ley. Es este último aspecto del derecho a la igualdad el que nos interesa estudiar en este trabajo. Analizaremos, primero, la naturaleza del derecho a la igualdad; en segundo término, estudiaremos su objeto y, en último término, las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la violación de ese derecho.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA IGUALDAD

### 1. *La explicación tradicional: la igualdad como efecto reflejo del derecho objetivo*

JELLINEK, en su clásica obra *System der subjektiven öffentlichts Rechte*, apunta que la «igualdad en todas sus formas nunca puede llegar a tener como contenido una pretensión individual. Es derecho objetivo y su eficacia en la esfera jurídica individual es un mero efecto reflejo» (3). De esta forma, el gran autor alemán venía a integrar a la igualdad dentro del grupo de lo que IHERING denominó efectos reflejos de las normas. DE CASTRO (4) nos dice que «desde IHERING se ha venido distinguiendo de los derechos subjetivos a las situaciones jurídicas protegidas sólo por el efecto reflejo de las normas o del ordenamiento jurídico». De esta forma, la igualdad puede ser reconocida por el legislador como concreción de un principio dimanante del ordenamiento, y en esa medida puede dar lugar a situaciones de protección jurídica. Pero no hay derecho subjetivo a la igualdad porque la protección jurídica depende, en última instancia, de que la norma lo reconozca.

---

(2) *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 39. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 292, sostiene, admitiendo su valor normativo, que «los principios entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores». GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 1 CE», en la obra, dirigida por él mismo, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 29, identifica también, aunque con algunos matices, los valores con los principios constitucionales. Claramente esta identificación, en VILAS NOGUEIRA, *ob. cit.*, pág. 96.

(3) Segunda ed., Mohr, Tübingen, 1905, pág. 135.

(4) *Derecho Civil de España*, tomo I, IEP, Madrid, 1949 (edición facsímil, Civitas, Madrid, 1984), pág. 400.

Esta concepción de la igualdad se apoya en la concepción de la ley como norma soberana. Cuando se pone en cuestión la incondicionalidad de la ley, y el respeto de la Constitución aparece como requisito de validez de la ley, es difícil el mantenimiento de dicha posición dogmática. Si la Constitución reconoce el respeto del legislador a la igualdad, no es posible limitar la igualdad a la reconocida por el legislador. Esta es precisamente la base de la que partirá LEIBHOLZ (5) para asegurar que, en la Constitución de Weimar, la igualdad es un derecho similar a los derechos de libertad de naturaleza negativa que «prohíbe el trato arbitrario de los individuos como regulador permanente de la vida pública».

## 2. La igualdad como derecho público subjetivo

En la República Federal Alemana, la posición de LEIBHOLZ ha hecho fortuna en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (6), y es también mayoritaria la doctrina que sostiene el carácter de derecho subjetivo de la igualdad como derecho a no sufrir un trato arbitrario (7), lo que sitúa a la igualdad como un derecho directamente relacionado con la «dignidad de la persona», cuyo respeto la *Grundgesetz* establece como deber de todas las autoridades (artículo 1).

En Italia, la cuestión de la naturaleza de la igualdad como derecho subjetivo no es clara. Para algunos autores, la igualdad, antes que un derecho, sería una condición de eficacia general de las leyes (8), pues se puede examinar cualquier aplicación concreta del principio de igualdad y ésta carece de un contenido material; tan sólo se observa una relación formal de equiparación. Otros, como MORTATI (9), señalan que se trata más que de un verdadero derecho de un «modo de ser de los diversos derechos». La violación del principio de igualdad —nos dice MORTATI— por parte de una norma es impugnable por el particular con ocasión de la aplicación restrictiva

(5) *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., Beck, Munich y Berlín, 1959, pág. 118.

(6) Cfr. M. GUBELT, «Comentario al artículo 3 GG», en la obra, dirigida por VON MÜNCH, *Grundgesetz Kommentar*, tomo I, 2.ª ed., Beck, Munich, 1981, pág. 152.

(7) Vid. DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, 6.ª ed., Beck, Munich, 1983, números marginales 2, 3, 275 a 284 del comentario al artículo 3.

(8) Vid. C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1966; en especial, su cap. V.

(9) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5.ª ed., Cedam, Padova, 1960, pág. 786.

que la norma haga del ejercicio del derecho. El objeto de la pretensión del particular será siempre el derecho singular, mientras que la lesión «de la posición de igualdad» ofrecerá el motivo en que se fundamenta la impugnación de la restricción. Una posición más matizada ofrece BARILE (10), para quien el artículo 3 de la Constitución italiana da al particular una situación de derecho subjetivo, en cuanto la distinción se base en cualquiera de los siete criterios proscritos constitucionalmente (11), mientras que en los restantes casos el deber de imparcialidad sólo coloca al particular en una situación de interés legítimo.

Al margen de que la igualdad pueda ser considerada una condición general de eficacia de las leyes (tesis que, sobre ser muy discutida en la doctrina italiana y mucho más restrictiva que la que ha aplicado la jurisprudencia, en realidad, en nada obsta a la posibilidad de que la igualdad sea un derecho subjetivo, pues, en todo caso, lo que la tesis hace es limitar el contenido de lo que ha de entenderse por igualdad), las objeciones fundamentales que se oponen a su consideración como derecho subjetivo son dos: que no se trata de un derecho autónomo y que su objeto es meramente formal.

En verdad no puede discutirse que la igualdad *per se* no existe jurídicamente, pues, como dice la STC 76/1983, de 3 de agosto, «... su contenido viene establecido siempre respecto de las relaciones jurídicas concretas», pero ello no quiere decir que no se pueda calificar a la igualdad de derecho subjetivo, pues el objeto de la igualdad no se identifica con el objeto del derecho y, además, y esto es lo fundamental, de no existir el derecho a la igualdad, el afectado, por la discriminación respecto al disfrute de un derecho o una relación jurídica, no podría exigir la reparación de dicha discriminación. Por eso, si es justa la afirmación de la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, en el sentido de que la igualdad no puede desarrollarse como tal por una ley orgánica, ello no ha impedido que el Tribunal, como veremos más adelante, calificara la igualdad como derecho subjetivo. Que el objeto de la igualdad tenga un con-

(10) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1972, pág. 425.

(11) El artículo 3 de la Constitución italiana dice, en su primer párrafo, que todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Sobre la diferencia con el artículo 14 de nuestra Constitución, ver S. BASILE, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas en la Constitución española de 1978», en la obra, dirigida por PREDIERI/GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1981, págs. 282 y ss.

tenido relacional tampoco parece una objeción suficiente para negar por sí misma el carácter de derecho subjetivo de la igualdad, pues hay que insistir en que lo importante es descubrir si el reconocimiento de ese derecho confiere a su titular algo que no podría exigir de otra forma. Parece evidente que ese «plus» existe en la medida que se proscribe respecto de determinadas relaciones jurídicas el establecimiento de ciertos criterios de diferenciación.

Por otro lado, la confrontación de la igualdad con la noción de derecho subjetivo elaborada por la dogmática civilista no desvaloriza la aptitud de la igualdad como derecho subjetivo. En la ya clásica definición de DE CASTRO (12), el derecho subjetivo es «la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa». Pues bien, la igualdad, en cuanto derecho del individuo a no ser sometido a un trato arbitrario o discriminatorio, presenta características que la comprenden perfectamente en esa noción de derecho subjetivo. La fundamental: el poder de accionar los medios que permitan la equiparación. Mediante el reconocimiento de la igualdad, el individuo tiene un derecho a no ser tratado discriminatoriamente. El objeto de la igualdad es claro, conseguir la equiparación jurídica. Es cierto que esa equiparación no se produce en abstracto, sino en relación a un término de referencia, pero eso en nada altera que el derecho a la igualdad tenga en cada caso concreto un particular objeto. El contenido de la igualdad está constituido por el haz de facultades que al titular del derecho se le ofrece para conseguir el restablecimiento del mismo. Por contra, la conceptualización de la igualdad como un efecto reflejo de las normas sólo puede construirse cuando la igualdad no afecta al ámbito soberano de la ley. Entonces, la igualdad se produce como efecto reflejo de que una ley reconozca para una categoría de sujetos unos determinados derechos, o, dicho de otra forma, el término de comparación lo establece la ley. Mientras la ley no atribuya a alguien un derecho, nadie puede exigir una igualdad de tratamiento. Mas cuando la igualdad se reconoce en la Constitución como un derecho, la construcción doctrinal del efecto reflejo de las normas es incapaz de dibujar adecuadamente los perfiles de la igualdad, pues ésta, por ser un derecho fundamental que delimita los poderes del legislador, ampara la pretensión a no ser discriminado por la ley.

---

(12) *Ob. cit.*, I, pág. 572.

### 3. *El derecho fundamental a la igualdad en la Constitución española de 1978*

#### A) *La igualdad, derecho fundamental de la Constitución.*

La igualdad reconocida en el artículo 14 de la CE, ciertamente, no figura bajo el epígrafe de la Sección 1.ª del Capítulo segundo de su Título I (Derechos fundamentales y libertades públicas), pero, además de iniciar ese capítulo, está expresamente recogida como derecho público subjetivo en el artículo 53.2 de la CE: «Cualquier ciudadano —dice el precepto— podrá recabar la tutela de las libertades y derechos recogidos en el artículo 14 (...) por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.»

Nuestra Constitución, pues, ha establecido a la igualdad como derecho y ha reconocido la vía procesal para hacerlo efectivo. El tratamiento procesal específico que define en nuestro sistema constitucional a los derechos fundamentales esenciales (13) demuestra, además, la especial importancia de la igualdad, a la que nuestro ordenamiento entiende no sólo como principio fundamental del orden constitucional, sino como derecho esencial de la persona. Por encima del acierto o desacierto de la conceptualización técnica de la igualdad como derecho subjetivo, la Constitución ha realizado una opción «ideológica», en el sentido apuntado por ZAGREBELSKY (14), de que sólo cuando la igualdad se concibe como derecho subjetivo se tiene la posibilidad de situarla entre los derechos inviolables del hombre. Esta perspectiva sitúa a la igualdad (art. 14 CE) en directa concomitancia con el artículo 10 CE, en el que «la dignidad de la persona» y los «derechos inviolables que les son propios» aparecen como fundamentos del «orden político»; por tanto, en las mismas coordenadas que ha destacado DÜRIG (15) en la Ley Fundamental de Bonn (16). La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reafirma en

(13) Sobre la distinción entre «derechos fundamentales» (arts. 14 a 29 CE) y «derechos básicos» (sección 2.ª del capítulo segundo del Título I), cfr. J. SALAS, en la obra, dirigida por L. FAVOREU, *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Económica, París, 1982, pág. 402. Hay traducción española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(14) *Ob. cit.*, nota 13, pág. 331.

(15) En MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, cit., número marginal 2 del comentario al artículo 3.

(16) Hay que hacer constar la diferencia de nuestro texto constitucional con la

su artículo 41, al definir el objeto y procedencia del recurso de amparo, la configuración de la igualdad como derecho subjetivo.

### B) *La doctrina del Tribunal Constitucional.*

Ya en la S. 80/1982, de 20 de diciembre, el Tribunal, refiriéndose al artículo 14, señalaba que «todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución española, el derecho a no ser discriminado». Una configuración de la igualdad como derecho no aparece de nuevo hasta la STC 49/1982, de 14 de julio, en la que se señala que «el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual» (17). En la S. 76/1983, de 3 de agosto (Sentencia que resolvía el proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico), el Tribunal admite tácitamente la naturaleza de la igualdad como derecho subjetivo, si bien rechaza que puede tratarse de un derecho autónomo. Quizá la primera formulación del papel de la igualdad como derecho público subjetivo se encuentra en la S. 103/1983, de 22 de diciembre (Fundamento Jurídico quinto): «... el artículo 14 de la Constitución española, al consagrar el principio de “igualdad ante la ley”, ha impuesto un límite a la potestad del legislador y *ha otorgado un derecho subjetivo* en los términos expresados en nuestra S. 76/1983, de 5 de agosto. Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias y el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para establecer la igualdad rota».

Ley Fundamental de Bonn, que refiere la titularidad del derecho a la igualdad a todos los hombres. No obstante, parece claro que también a los extranjeros les es aplicable la igualdad, salvo respecto a aquellos derechos que sólo pueden ejercer los españoles (art. 13 CE). La STC 107/1984, de 23 de noviembre, establece que se debe respetar «la igualdad entre españoles y extranjeros como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano...».

(17) Sin embargo, la jurisprudencia posterior induce a pensar que la afirmación del Tribunal no era pacífica. Es conveniente observar que en la S. 7/1983, de 14 de febrero, el Tribunal consideró prescrito el derecho a la no discriminación pese a que distinguiera entre prescripción del derecho y prescripción de la acción; de ahí que, en su voto particular, el magistrado don Luis Díez Picazo estimara que el Tribunal se había pronunciado por la consideración del artículo 14 como principio general del derecho, no como derecho fundamental imprescriptible, pues en ese caso, siendo un derecho de carácter absoluto, mientras «la lesión subsista, la prescripción no puede comenzar a contarse». Cfr., críticamente, M. ALONSO OLEA, *La jurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional*, núms. 100-102 de esta REVISTA, I, páginas 108 y 109.

El derecho a la igualdad en la Sentencia últimamente citada aparece, pues, como un típico derecho de protección (lo que la doctrina alemana conoce como *Abwehrrechte*); cuando los poderes públicos imponen medidas discriminatorias a los ciudadanos, la Constitución les otorga el derecho de protegerse contra esa discriminación (incluso, como en el caso de la Sentencia últimamente citada, cuando la discriminación que se discutía estaba impuesta en una ley, concretamente en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social).

El reconocimiento del derecho subjetivo a la igualdad se predica aquí respecto de una ley. La misma declaración de la igualdad como derecho subjetivo encontramos en la S. 60/1984, de 16 de mayo, aquí referida a la proscripción de que los Jueces y Tribunales vulneren la igualdad cuando aplican las leyes (18). Puede, pues, afirmarse que la igualdad como derecho subjetivo ha adquirido carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia constitucional. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial obliga a hacer una reflexión sobre las consecuencias jurídicas de esta calificación, en especial en torno al objeto y contenido de la igualdad.

C) *El derecho fundamental a la igualdad como derecho público subjetivo de protección.*

Parece que puede convenirse sin dificultad que la igualdad es el derecho a un trato no discriminatorio. Esto quiere decir que los poderes públicos que inmediata y directamente están vinculados por la igualdad no pueden realizar actividades discriminatorias. Ninguno de los poderes del Estado puede basarse en criterios irrazonables o carentes de una justificación racional.

Desde que JELLINEK formulara su clasificación de los derechos públicos subjetivos, los derechos de libertad se han encuadrado en el *negative status (status libertatis)*, en cuanto obligan al Estado a abstenerse de interferir en los ámbitos de libertad que la Constitución les reconocía. Los derechos de libertad (*Freiheitsrechte*) implicaban, pues, una abstención estatal y procuraban al individuo el medio jurídico para reaccionar frente a las intromisiones del poder de que pudiera ser objeto.

Con esa perspectiva, difícil parece encuadrar al derecho a la igualdad como un derecho que obliga al Estado a no intervenir en la

---

(18) También, STC 63/1984, de 21 de mayo.

esfera de libertad privada, pues la igualdad por su aspecto relacional requiere una cierta forma de actuación de los poderes públicos. Es más, cuando la igualdad no se concibe como derecho subjetivo, sino como mero principio general del derecho, es usual distinguir entre aquellos derechos de libertad que garantizan una esfera de libertad individual y los derechos de igualdad que pretenden mediante determinadas prestaciones estatales mitigar las diferencias sociales o económicas. La igualdad queda de esta forma relegada a la función de principio en el que se fundamenta el derecho a la educación, a la salud, los derechos laborales, etc., pero sin que haya una relación formalizada entre el individuo y el Estado.

La reciente contribución de SACHS en la doctrina alemana (19) ha puesto de nuevo de relieve la posibilidad de configurar también la igualdad como derecho de protección. Partiendo de la insuficiencia de la explicación de los derechos fundamentales como *negative status*, puesto que los derechos fundamentales no se agotan con el comportamiento abstencionista del Estado, sino que conocen un gran número de tendencias protectoras, SACHS configura a la igualdad dentro de la categoría dogmática de los derechos de protección modal (modal *Abwehrrechte*) (20). Estos derechos se configuran en la Constitución mediante el mandato al Estado de no actuar de una determinada norma. No es, pues, que obliguen al Estado a abstenerse, sino que le obligan a actuar de un cierto modo. Así, por ejemplo, las garantías procesales del artículo 17 de nuestra Constitución, o el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), o la garantía expropiatoria, no es que impidan toda acción de los poderes públicos, sino que protegen a los particulares contra aquellas intervenciones que no se han realizado en la forma debida. Por eso «nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia» de lo establecido en el artículo 17 CE; por eso hay un derecho de protección contra el allanamiento del domicilio y se puede reaccionar contra la privación de bienes realizada sin concurrir una causa de utilidad pública o interés social.

Del mismo modo, el derecho a la igualdad aparece como derecho que impone a los poderes públicos (al legislador, a la Administración Pública, al Juez) la omisión de todo trato discriminatorio. El

(19) *Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte*, «DOV», 10 (1984), págs. 411-419.

(20) La distinción, en J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, Darmstad, 1977, pág. 23.

legislador, al prever diferentes supuestos de hecho e imponer respecto de ellos diferentes consecuencias jurídicas; la Administración, al ejercer sus potestades; el Juez, al interpretar y aplicar las normas, deben abstenerse de imponer distinciones contrarias a la igualdad. De esta manera se pone el acento en el especial carácter protector de la igualdad. Naturalmente que el derecho a la igualdad no se respeta con la abstención estatal, pues exige siempre un término de referencia. El respeto al derecho de igualdad se produce cuando en la actuación de los poderes públicos hay una abstención de tratar de manera diferente lo que es igual.

La igualdad, como derecho subjetivo fundamental, encierra como contenido una situación jurídica de poder y otra de deber. El derecho a la igualdad obliga al Estado a abstenerse de utilizar o emplear criterios discriminatorios. El derecho a la igualdad faculta al individuo para exigir la equiparación en el trato, cuando considera que el Estado ha incumplido su deber público de no actuar discriminatoriamente.

#### 4. *El objeto del derecho a la igualdad*

El haz de facultades que la Constitución ha otorgado a los ciudadanos para luchar contra las situaciones discriminatorias se pueden reconducir como acabamos de examinar a la pretensión de exigir la equiparación en el trato. Pero esta expresión «equiparación en el trato», ¿qué contenido tiene?

Parece que hay que reabrir la cuestión de lo que sea el tratamiento igualitario. Bueno será recordar ahora que, conforme a nuestra jurisprudencia, el trato se considera amparado en la igualdad, cuando no es arbitrario, cuando el criterio diferenciador carece de una justificación razonable, la definición previa de qué sea lo arbitrario, de qué sea contrario a la igualdad constitucionalmente protegida no es tarea que se pueda desarrollar con criterios totalmente objetivos. El margen valorativo del Juez es aquí bastante amplio. Esta razón bastaría para conformarse con una definición única y exclusivamente formal del objeto del derecho a la igualdad (la igualdad de trato). Sin embargo, la formalización del objeto de la igualdad no debe impedirnos que nos adentremos en la cuestión de qué clase de igualdad es la que garantiza el derecho subjetivo a la igualdad.

A) *Igualdad material y formal.*

La distinción entre igualdad material (o sustancial) y formal constituye pieza obligada en el estudio de la igualdad jurídica. Apparentemente la distinción es clara: igualdad formal, igualdad en la eficacia general de las leyes, consideración de todos los hombres formalmente iguales ante la ley; igualdad material, referencia a la igualdad real o efectiva, igualdad superadora de las diferencias reales que existen en la sociedad. Ambas denominaciones encierran tras de sí concepciones antagónicas de la sociedad y del papel que en ella debe representar el Estado Liberal de Derecho, igualdad formal; Social de Derecho, igualdad material.

En la realidad (histórica y actual) la distinción no aparece con la nitidez que las necesarias generalizaciones imponen. Baste destacar, como ha hecho PERELMAN (21), que el principio de igualdad formal que se consagra en el artículo 6 de la Constitución belga no ha impedido denegar a las mujeres durante cerca de un siglo el acceso a la magistratura o el derecho de voto. Por su parte, la estimación por un Tribunal de que una distinción es arbitraria o discriminatoria encierra un juicio de valor en el que cabe tomar en cuenta la consideración de igualdad material (22). No obstante, la distinción sigue teniendo importancia si con ella se destaca la diferencia entre la igualdad como prohibición de diferenciaciones discriminatorias y la igualdad como obligación de dar un trato jurídico distinto a quienes en la realidad social o económica son distintos. Una y otra concepción de la igualdad han de ponerse en relación con el objeto de la igualdad-derecho fundamental a fin de determinar qué es lo que la Constitución protege con el reconocimiento de este derecho.

---

(21) «Egalité et valeurs», en *L'egalité*, ob. cit., vol. V, pág. 327.

(22) A. GARRORENA, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 65, ha señalado, atinadamente, «que el juicio en torno a si una decisión es o no "razonable" inevitablemente comportará siempre (...) una ponderación sustantiva, no sólo formal entre posiciones de hecho realmente distintas —en muchos casos socialmente distintas— y, por tanto, atendidas ya en su dimensión material».

B) *La delimitación del objeto del derecho a la igualdad conforme a la Constitución de 1978.*

La lectura de nuestra Constitución ofrece en torno a la igualdad el detalle de una perspectiva no meramente formal. No sólo es la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento (cuya denominación y situación central en el mismo comienzo del texto hace prácticamente inviable una interpretación formal de la igualdad que, va de suyo, estaría garantizada por propia estructura del Estado de Derecho), sino el expreso mandato del artículo 9.2, que declara como fin de los poderes públicos (no de otra manera puede interpretarse el inciso inicial de este precepto: «Corresponde a...») promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Se ha destacado con acierto que este precepto sigue conscientemente el artículo 3 de la Constitución italiana (23) y que, como éste, no puede ser interpretado como una mera declaración programática, sino como una norma con pleno valor normativo (24).

Pero importa subrayar, asimismo, que, frente al modelo italiano, el nuestro ha optado por separar ese mandato constitucional de la igualdad real, del reconocimiento de la igualdad en el artículo 14, dentro del Capítulo segundo dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que plantea frontalmente la relación entre ambos preceptos.

Una primera aproximación permitiría distinguir entre el derecho subjetivo a la igualdad, como garantizador de una igualdad formal, y el principio contenido en el artículo 9.2, cuya aplicabilidad quedaría reducida al legislador, el cual debería plasmar mediante normas esos fines de igualdad constitucionalmente reflejados. La determi-

(23) El artículo 3.1 de la Constitución italiana dice: «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales.» El párrafo segundo dice: «corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad del ciudadano impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país». MORTATI, a la vista de este precepto, afirma que la obligación impuesta al Estado no es meramente programática (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5.ª ed., Padova, 1960, pág. 787).

(24) Cfr. GARRORENA, *ob. cit.*, págs. 64 y ss.

nación de la igualdad como derecho público subjetivo en el sentido arriba expuesto sería perfectamente coherente con esta posición en cuanto el objeto de la igualdad es indudablemente formal (igualdad de trato). La estructura característica de este derecho lo hace constitucionalmente apto para explicar técnicamente su utilidad contra cualquier intento de discriminación, asimilado, en puridad, la igualdad a los derechos de libertad.

Esta determinación del objeto de la igualdad no agota, sin embargo, el campo que la Constitución ha querido abonar para el derecho subjetivo de la igualdad. Sabemos que el Tribunal Constitucional viene destacando el papel de la igualdad como derecho que prohíbe una actuación irrazonable. Al margen de otras escalas de valor que ayudan a comprender qué es lo razonable (fundamentalmente los criterios de diferenciación prohibidos expresamente por el artículo 14), el mandato de nivelación real que luce como fin de los poderes públicos en el artículo 9.2 de la Constitución española se convierte aquí en medida de lo razonable. Si el legislador diferencia entre dos situaciones con el fin de mitigar una desigualdad real, de posición económica, por ejemplo, tal diferenciación está amparada por el derecho a la igualdad; tal diferenciación es razonable. La igualdad real (fin) justifica la posibilidad de realizar distinciones que de otro modo serían discriminatorias. La estructura de la igualdad como derecho subjetivo sirve, pues, tanto a los objetivos de garantizar una igualdad formal de posición jurídica como a realizar la igualdad material, siempre que quepa incluirla dentro de lo razonable o de lo no arbitrario. En este último caso, sin embargo, la protección opera sólo dentro del marco de la medida diferenciadora concedida por el legislador (25). El fin de la igualdad real justifica la desigualdad de tratamiento y constituye por ello mismo un límite para que pueda prosperar la pretensión de igualdad.

Lo que desde luego no ha pretendido la Constitución es garantizar la igualdad efectiva, como derecho frente al legislador. El derecho fundamental a la igualdad no sirve por sí mismo, como instrumento para auspiciar la igualdad real, para lo cual hubiera sido necesario el reconocimiento del derecho a una pretensión basada no en el trato igual, sino en el trato diferente, es decir, haría falta que

---

(25) E. ALONSO GARCÍA, *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española*, núms. 100-102 de esta REVISTA, I, págs. 78-82; GARRORENA MORALES, *ob. cit.*, págs. 48-93. Vid., también, J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985, págs. 196 y ss.

la Constitución recogiese no sólo el derecho a no ser discriminado, sino el derecho a tener las mismas oportunidades. El derecho subjetivo a la igualdad real no pretendería tan sólo de los poderes públicos la abstención de todo trato discriminatorio (lo que sitúa al ciudadano en un *status* negativo), sino que pretendería también un determinado *agere*, una actuación positiva del Estado que situara al ciudadano en un *status* positivo (26).

Por ello, el objeto del derecho a la igualdad consistirá precisamente en amparar aquellas desigualdades establecidas por el legislador que pretendan ese fin último de la igualdad real. Este principio general puede admitir alguna excepción cuando la nivelación real

---

(26) El Tribunal Constitucional no ha perfilado todavía una línea clara en la recepción de las llamadas «discriminaciones benignas», pero los casos en los que las ha aceptado, las ha justificado precisamente en razón del cumplimiento del mandato constitucional que impone a los poderes públicos la procura de la igualdad real y efectiva. Importante y paradigmático resulta el razonamiento del Tribunal en la S. 3/1983, de 24 de enero, donde afirma que el artículo 14 CE no excluye «la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad.

Puede apreciarse que en esta Sentencia se acepta, tácitamente, la relación que identifica «lo razonable» en el artículo 14 CE con la medida de promoción de la igualdad real del artículo 9.2 CE, de manera que, como ya hemos formulado, toda distinción de la que resulte una disminución de las diferencias sociales o económicas sería razonable y no arbitraria. Sin embargo, de ello no sería procedente deducir, sin más matizaciones, que el Tribunal ha aceptado tomar a la igualdad real o igualdad de oportunidades siempre como medida de lo razonable. Así, cuando la STC de 20 de julio de 1981 establece que la igualdad del sistema tributario implica, de acuerdo con el artículo 31.1 CE, la progresividad impositiva, el Tribunal cuida de señalar que este trato diferente «no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducido a los términos del artículo 14 de la Constitución». Parece haber una tendencia a separar el mandato del artículo 9.2 y del artículo 14; no es difícil encontrar su razón de ser en la reserva del Tribunal a no quedar vinculado por una doctrina que, de modo tan claro, ligara la posibilidad de la igualdad real con el instrumento formal de la igualdad jurídica. El pronunciamiento más acabado del Tribunal en esta línea puede hallarse en la S. 49/82. En su fundamento jurídico segundo puede leerse «que la igualdad jurídica o igualdad ante la ley no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva». Cuando la Sentencia emplea la palabra «necesariamente», el Tribunal parece reservarse la posibilidad de que la noción jurídica de igualdad abarque también la igualdad real y efectiva, cuando aparezca «como fundada y razonable de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados». Esta posición del Tribunal relativiza el valor de la igualdad de oportunidades reconocida en una ley como criterio hermenéutico de deducción de lo razonable, pues lo decisivo, a nuestro juicio, es poder determinar lo razonable a partir de la admisión del valor normativo preponderante de la igualdad real cuando éste es recogido por el legislador, y no, como permite tácitamente la Sentencia, deducir directamente de los valores constitucionales si el tratamiento desigual recogido en una ley para conseguir un resultado mitigador de las desigualdades es o no razonable.

se pretenda a partir de un criterio de diferenciación de los constitucionalmente proscritos (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión) (art. 14) (27).

5. *Consecuencias jurídicas de la calificación de la igualdad como derecho público subjetivo de protección*

Pese a su naturaleza jurídica (derecho de protección modal), no es sencillo determinar en qué se traduce la equiparación en el trato, cuando se ha comprobado una violación del derecho a la igualdad. La equiparación en el trato puede consistir tanto en la mejora de la situación jurídica de quien ha sido lesionado en su derecho a la igualdad, como en la pérdida de la situación jurídica beneficiosa para aquel que había sido privilegiadamente tratado. Cuando la igualdad deviene en el reconocimiento de una situación jurídica favorable y cuándo se limita a la anulación del acto o de la norma discriminatoria no es fácil de determinar *a priori*. No obstante, la naturaleza del acto del poder público tiene una importancia decisiva en las consecuencias del reconocimiento de una violación de la igualdad.

Cuando la diferenciación irrazonable o arbitraria ha sido realizada por el legislador, la anulación de la norma deja, por regla general, intacta las posibilidades del legislador para establecer una nueva normativa. La declaración de inconstitucionalidad de la ley determina la nulidad de la misma, pero no el reconocimiento de un beneficio concreto para quienes fueron discriminados (28). El legislador podrá reestablecer la igualdad, bien concediendo la equiparación a quienes resultaron discriminados, bien privando de su situación beneficiosa a los privilegiados por la ley. Los efectos de la declaración de la existencia de una discriminación no obstan a la libertad del legislador para dictar una nueva normativa que concrete cómo se establece la equiparación (29). Tan sólo en un supuesto

(27) ALONSO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 74; JIMÉNEZ CAMPO, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 9 (1983), pág. 84.

(28) El artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que «cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia».

(29) Vid. M. SACHS, «Blosse Unvereinbaerklärung bei Gleichheitsversstößen?», *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1982, págs. 657 y ss.

cabe que el reconocimiento de la desigualdad suponga paralelamente el de una situación jurídica subjetiva. Si una ley limita arbitrariamente derechos fundamentales para un grupo determinado de personas, la nulidad de la ley supondría el reconocimiento del derecho fundamental para las personas discriminadas, toda vez que la titularidad de los derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución (30).

Cuando la discriminación proviene de un acto administrativo o de una disposición de carácter general, las consecuencias del reconocimiento de la igualdad de trato tienen que matizarse. Si de un reglamento se trata, es claro que cuando sea un reglamento ejecutivo (31) la nulidad por discriminación implica el reconocimiento al interesado de la situación jurídica subjetiva que la ley permitía y el reglamento ha cercenado. Si se trata de reglamentos independientes, la regla general será la contraria; la anulación del reglamento coloca a la Administración en situación de regular de nuevo la materia, con la limitación de no quebrantar la igualdad. Esta regla general puede ser excepcionada cuando entra en colisión con el principio del Estado Social de Derecho. Cuando se trata de la discriminación en relación a prestaciones o ayudas administrativas (32), el reconocimiento de la desigualdad puede conducir directamente a la concesión de la prestación o ayuda (33). La razón de este parecer está en el hecho de que el reconocimiento de ciertas desigualdades no puede conducir a la pérdida para determinadas personas de las ventajas sociales alcanzadas. Esto es lo que declaró con entera corrección la STC 81/1982, de 5 de mayo: «Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho... y la obligación que al Estado impone los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean

(30) En estos supuestos se produce, paralelamente a la lesión de la igualdad, una violación del contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE). Vid., sobre este último tema, L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 3 (1981).

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Cívitas, Madrid, 1983, p. 212.

(32) Sobre la aplicación de la igualdad a la Administración de prestaciones, vid. WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, III, 4.ª ed., Beck, Munich, 1978, pág. 199.

(33) Hay que tener en cuenta que, en estos casos, la limitación en la concesión de la prestación o ayuda administrativa puede derivar de las limitaciones presupuestarias. Sobre el tema, Ch. STARCK, *Gestzgeber und Richter im Sozialstaat*, «Deutsches Verwaltungsblatt» (1978), págs. 937 y ss.

reales y efectivas y la promoción a través del trabajo... debe entenderse que no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubieran adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores.»

Por último, cuando la desigualdad se produce por la distinta aplicación de la ley por Jueces y Tribunales, sus efectos son también limitados respecto a la Sentencia que conculcó la igualdad. El Tribunal Constitucional ha cuidado de resaltar las especiales características de la igualdad referida a la jurisprudencia, apuntando que el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son jurisdiccionales (34). Como la igualdad se entiende en estos casos referida tan sólo a la decisión judicial que cambia de criterio sin ningún fundamento, la anulación de la Sentencia recurrida no determina, según el Tribunal Constitucional, la afectación de los criterios de la Sentencia que sirvió de equiparación, sino que el Tribunal Constitucional ordena se dicte otra Sentencia para que con «absoluta libertad de criterios» (Sentencia 2/1983, de 24 de enero) el Tribunal confirme el criterio que sentó la línea jurisprudencial equiparada o cambie de criterio justificándolo razonadamente. Tampoco, pues, del reconocimiento de una desigualdad en la aplicación de los criterios jurisdiccionales se deduce directamente un beneficio para quien ejerce su derecho a la igualdad, sino tan sólo el restablecimiento formal de la equiparación en el trato.

---

(34) Vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 52/1982, 2/1983, 126/1984 y los autos núms. 24/1983 y 181/1983. El marco de las relaciones entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional puede verse en los trabajos de F. RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 4 (1982), págs. 35 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principio de legalidad, Estado de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, en el núm. 10 de la misma Revista, págs. 13 y ss.; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, y L. Díez-PICAZO, *Constitución, Ley, Juez*, «REDC», 15 (1985), págs. 9 y ss.



# JURISPRUDENCIA

