

# LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. INTRODUCCION (\*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

*SUMARIO:* A) CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL VALOR DE «IGUALDAD».—B) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: a) *La noción de principio*; b) *La noción de igualdad*; c) *El principio de igualdad como principio normativo*: 1. Igualdad y justicia distributiva; 2. La igualdad de los hombres entre sí.—C) LA POSITIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO.—D) EL «CAMBIO DE SIGNIFICADO» DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD: a) *El criterio de igualdad*; b) *¿Quién ha de demostrar la razonabilidad de la norma?*; c) *La restauración de la igualdad*; d) *Igualdad y cambio normativo*; e) *Igualdad y «acción positiva»*.

## A) CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DEL VALOR DE «IGUALDAD»

Aunque el objeto del presente estudio no es, como expresa su título, el principio de igualdad, sino sólo la doctrina que respecto de él ha establecido, con mayor o menor firmeza, nuestro Tribunal Constitucional en los diez años primeros de su actuación, parece indispensable esbozar, para comenzarlo, algunas consideraciones generales que orienten la ordenación del material empírico y, sobre todo, sienten las bases para su evaluación crítica, o al menos, más modestamente aún, señalen algunas orientaciones del camino a seguir para buscarlas.

Esta necesidad resulta ya del hecho mismo de que el principio de igualdad, como tal, es una construcción doctrinal, una idea que sin duda subyace a toda la estructura constitucional y, a través de ella, a todo el ordenamiento, pero que, como es propio de los principios, no se plasma en un solo enun-

---

(\*) El presente texto fue preparado para las Jornadas que organiza anualmente la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado; más precisamente para las Jornadas correspondientes al año 1989.

ciado positivo, sino en un numeroso conjunto de ellos cuya existencia es la única base posible y la única justificación admisible de esa construcción. Frente a esta afirmación podría argüirse, quizá, que nuestra Constitución, tan abundante en proclamaciones de principios, sitúa ya la igualdad, en su artículo primero, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, pero aun aceptando la equivalencia de las nociones de valor y principio (y en el sentido que aquí utilizaré este último término, no veo razones para no aceptarla), de esa proclamación, perfectamente explicable y justificable políticamente, no cabe extraer consecuencias que no tiene, es decir, no cabe extraer consecuencia jurídica alguna, lo que, como es obvio, impide tomarla como punto de partida para una construcción jurídica. Nuestro ordenamiento realiza el principio de igualdad en la medida en que efectivamente lo realiza, sin que a ello añada un adarme el enunciado del artículo primero de la Constitución, para el que no sería difícil encontrar correlato en documentos constitucionales de otros Estados presentes o pasados cuyo Derecho nos parece, con razón, más asentado sobre la idea de desigualdad que en su contraria. La Constitución de Lacedemonia era, para recordar sólo un ejemplo ilustre, la Constitución de los iguales (*homioi*), que lo eran sólo por oposición a los esclavos, que formaban la mayor parte de la población de Esparta. La obsesión, también explicable y hartamente justificada, por subrayar el carácter normativo de la Constitución ha llevado entre nosotros frecuentemente al exceso de atribuir sentido jurídico a enunciados que ni tienen ni pretenden tener contenido deóntico alguno. Este exceso, que se asienta en una concepción parcial y mutilante de lo que es la Constitución, implica, a mi juicio, algún riesgo de descrédito para el Derecho, pues los ejercicios funambulésicos para atribuir valor normativo a lo que manifiestamente carece de él, además de no conseguirlo, proporcionan argumentos a quienes desdeñan como retórica huera todo razonamiento jurídico.

Es evidente, por supuesto, que la «construcción» de un principio (y muy deliberadamente eludo el término definición o sus análogos) es algo más que la mera reducción a sistema del conjunto de sus aplicaciones concretas, y que en el caso del principio de igualdad, la necesidad de abordar directamente la idea es tanto mayor cuanto que en muchos casos esas mismas aplicaciones concretas, esto es, los preceptos positivos que imponen obligaciones o deberes, o atribuyen derechos, incluyen ya en su texto explícitamente la noción de igualdad, a la que, en consecuencia, sería inútil intentar otorgar un sentido propio sin salir del precepto; tan inútil como esforzarse por salir del agua tirándose de los pelos. Este justificado empeño por precisar la estructura formal y el contenido material posible del principio de igualdad es, sin embargo, un trabajo previo a la construcción dogmática, cuyo condiciona-

miento por el prejuicio debe hacerse así patente, no una imposible construcción de cuanto, *in nuce*, se supone incoado en un enunciado constitucional que no otorga al principio de igualdad en nuestro ordenamiento un peso o influencia mayores que los que tiene en otros ordenamientos de nuestro entorno, carentes, quizá para su fortuna, de enunciados semejantes. Es este trabajo previo de análisis del principio de igualdad, en abstracto, lo que a continuación, y como simple esbozo, vamos a intentar.

## B) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

### a) *La noción de principio*

En el enunciado del principio de igualdad se conectan dos términos que son ya en sí mismos extremadamente problemáticos. Sobre el primero de ellos, el de principio, no hemos de alargarnos mucho, pues la abundancia y la confusión de la literatura jurídica a su respecto no permiten un tratamiento breve sin caer en la trivialidad y, como es evidente, no cabe aquí abordarlo *in extenso*. Como se le suele explicar o definir más por su función que por su estructura, baste con decir que se utilizará aquí en uno de los sentidos que le da el Diccionario de la Lengua («norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta»), más amplio y más activo, por decirlo de algún modo, que el que por lo general se atribuye, al menos entre nosotros, a la noción de «principio general del Derecho», tanto si se la entiende en el sentido muy estrecho de «fuente del Derecho» (1) como si, con mayor amplitud, aunque con menor precisión, se atribuye también a los principios un «carácter informador del ordenamiento», para decirlo con la infeliz expresión de nuestro Código Civil. El principio de igualdad, como se intentará precisar más adelante, ni agota su eficacia en el ámbito puramente jurídico ni, dentro de él, puede ser considerado como una realidad estática desde la cual hayan de interpretarse las normas existentes, o deducir, a falta de ellas, la «regla de decisión» para el caso concreto, por la buena y simple razón, entre otras, de que es un mandato dirigido al legislador, es decir, al creador ordinario de las normas legales. Si el principio así entendido ha de ser con-

---

(1) El mismo Diccionario define con atormentada gramática la expresión «principio del Derecho» como «norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales». Sobre la diferencia de principios y aforismos, aquí identificados, cfr., por ejemplo, L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, pp. 159-160, y la bibliografía allí citada.

siderado, a su vez, como norma jurídica es cuestión cuya solución depende, obviamente, del concepto de norma con el que se opere. Si se identifican norma y enunciado deóntico, no cabe duda de que el principio lo es, aunque acto seguido surge la necesidad de determinar el criterio que permite distinguirlo de la norma-regla, esto es, de la norma típica. El criterio cualitativo que Alexy propone como alternativa a los criterios más bien cuantitativos con los que generalmente se opera para distinguir principio y norma, o norma-principio y norma-regla, resulta cuando menos sugestivo y es suficiente a nuestros fines, aunque su utilización con referencia al principio de igualdad como derecho subjetivo (o al derecho subjetivo derivado del principio de igualdad) suscite algún problema, del que nos ocuparemos después (2).

### b) *La noción de igualdad*

El segundo término de nuestra expresión, la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los «términos de la comparación», entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad (3).

La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles. Cuáles sean éstos, es decir, cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan, simple objeto del juicio,

---

(2) A partir de un concepto semántico de la norma, Robert Alexy considera que los principios son normas «que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas existentes». Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Nomos Verlagsgesellschaft, 1985), especialmente pp. 41-44 y 71-72, con indicaciones sobre la diferencia entre esta concepción y la de Dworkin.

(3) Entre seres materiales (e incluso entre sus representaciones mentales) existe por lo general, claro está, una diferencia de lugar y tiempo, y para nuestro objeto bien puede prescindirse del problema de la indiferenciación, por referencia a estas categorías de las partículas subatómicas o de los espíritus puros, sin que ello implique menosprecio de la física cuántica ni de la bella discusión teológica sobre el *principium individuationis*.

sino que determina el sujeto de éste al adoptar el punto de vista desde el que lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de vista, del comúnmente llamado *tertium comparationis* (4), es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y sólo por referencia al *tertium comparationis* tiene sentido cualquier juicio de igualdad (5).

Toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos, y ello con absoluta independencia de que el *tertium comparationis* obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.) (6).

Como es evidente, la indiferenciación total que, respecto del *tertium comparationis*, se da entre los elementos de los que se predica la igualdad no excluye en modo alguno su absoluta disparidad desde otros puntos de vista, pero, como también es evidente, esta disparidad será tanto menor cuanto mayor sea la complejidad, por así decir, del *tertium comparationis* y mayor sea, en consecuencia, el número de rasgos que se ha de tener en cuenta en los

---

(4) En nuestra práctica forense, y muy señaladamente en las decisiones del Tribunal Constitucional, es frecuente designar como *tertium comparationis* lo que es, realmente, el término de comparación respecto del que se denuncia la desigualdad. Entre otras muchas decisiones, véase, por ejemplo, el auto 209/85, en el que enfáticamente se dice que «toda alegación del derecho constitucional de igualdad necesita, para que su examen pueda ser realizado, un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, y este *tertium comparationis* tiene que ser una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos».

(5) «No podemos decir que dos cosas son iguales sin indicar el punto de vista desde el cual son iguales. El punto de vista ha de ser, claro está, idéntico.» E. HUSSERL, *Logische Untersuchungen* (Halle, 1913), vol. 2, 1.<sup>a</sup> parte, p. 113.

(6) De ahí, claro está, el escándalo lógico que precede al escándalo moral y, en cierto sentido, lo desencadena, que produce en el lector el aberrante principio de los perversos señores de la *Animal Farm* orwelliana.

Pese a ello, en el lenguaje ordinario es frecuente el empleo del término igualdad, o del adjetivo derivado, para expresar una relación susceptible de gradaciones, y así, decimos que en una sociedad hay más igualdad (o mayor igualdad) que en otra, o que dos patrimonios son casi iguales. Es claro que en ese uso lo que el juicio toma en cuenta no es la coincidencia en el rasgo o rasgos respecto de los que la comparación se establece, sino la magnitud de las diferencias que median entre los individuos que componen los grupos comparados (en el caso del enunciado sobre las sociedades), o entre las realidades singulares que se comparan en relación con un rasgo susceptible de cuantificación (en el enunciado sobre los patrimonios).

elementos (individuos, situaciones, etc.) de la realidad que se comparan. En el límite, cuando la comparación obliga a tomar en cuenta absolutamente todos los rasgos discernibles en los elementos comparados, la afirmación de la igualdad implicaría la identidad, algo que para no pocos autores es un absurdo lógico, un imposible, puesto que la igualdad como relación exige al menos la dualidad, y ésta ya no existe en la identidad (7).

La cuestión, aunque no carente de relevancia para el estudio del Derecho (8), puede ser dejada de lado aquí, pues, como veremos, el principio de igualdad, como principio normativo, arranca siempre de la no identidad, o lo que es lo mismo, de la existencia de diferencias reales entre los hombres.

---

(7) Esta es la tesis, por así decir, canónica y la que, en relación ya con el Derecho, sustentan autores tales como H. NEF (*Gleichheit und gerechtigkeit*, Zurich, 1941, pp. 10-11) o W. BÖCKENFÖRDE (*Der Allgemeine Gleichheitsgrundsatz und die Aufgabe des Richters*, Berlín, 1957, p. 57). D. HERWIG (*Gleichbehandlung und Egalisierung als Konkurrernde Modelle der Gerechtigkeit*, Munich, 1984) la rechaza con dos argumentos básicos: el de que la afirmación de la imposibilidad de la igualdad absoluta es un enunciado sobre la realidad que no puede basarse sino en la realidad, en primer término, y en segundo lugar, y sobre todo, el de que aquella afirmación parte de la premisa falsa de que la simple diversidad «numérica» (en los objetos materiales el mero hecho de ocupar lugares distintos en el espacio) es un «rasgo» de los elementos comparados en el que éstos naturalmente difieren (pp. 62-65). Como el propio Herwig señala, la distinción entre igualdad e identidad es un problema en buena medida definitorio y que, como tal, ha de ser resuelto mediante la estipulación convencional. Quienes niegan la posibilidad de la igualdad absoluta definen, sin embargo, la identidad por referencia a la igualdad (la expresión clásica del principio de identidad es, como se sabe, la de  $A = A$ ), en tanto que quienes la afirman han de definirla por otras vías. Herwig, siguiendo a Menne y sobre todo a Windelband (*Die Prinzipien der Logik*, Tubinga, 1913), la entiende como constancia o persistencia del ser (pp. 70-73), con lo que, como es evidente, el principio de identidad deja de ser un principio lógico, una ley del pensamiento, para transformarse en una «tesis ontológica» (Menne) o una «categoría constitutiva» (Windelband).

(8) En apariencia, las referencias que nuestro Derecho positivo hace a la identidad parecen equiparar esta categoría con la «igualdad absoluta». Así, por ejemplo, en la exigencia que el artículo 1.252 del Código Civil impone de «la más perfecta identidad» para que la presunción de cosa juzgada surta efectos, en la que ese entendimiento resulta incluso del empleo redundante del superlativo. Como la exigencia se hace, sin embargo, no desde el mundo del ser, sino desde el punto de vista de la norma, *sub specie iuris*, la construcción resulta también factible si por identidad se entiende «persistencia en el ser», esto es, persistencia de los elementos (cosas, causas y personas de los litigantes) en el mismo ser jurídico que tenían en el proceso anterior. Por el contrario, la identidad de las cosas fungibles, diferenciadas sólo numéricamente (*pondo, numero et mensura*), sólo puede ser entendida como igualdad absoluta.

c) *El principio de igualdad como principio normativo*

Como principio normativo, el principio de igualdad no es una consecuencia derivada de un previo juicio de igualdad, sino que, por el contrario, y al menos en el sentido en el que hoy lo entendemos, excluye la posibilidad de tal juicio, en cuanto que afirma *a priori* la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar *por principio* (8 bis). De otra parte, y como es evidente, ese principio no establece la ilicitud de determinadas diferenciaciones, o lo que es lo mismo, de determinados *tertia comparationis*, en abstracto, en todos los casos y para todos los efectos, sino sólo en relación con determinadas consecuencias jurídicas, sea cual fuere la naturaleza de éstas, para cuya atribución sí exige, por el contrario, la realización de un juicio de igualdad, indispensable también, como es obvio, para afirmar o negar la igualdad entre los posibles destinatarios de la atribución (esto es, entre todos los sujetos de derecho), cuando esa igualdad no viene ya impuesta, *a priori*, por obra del principio mismo. En su contenido actual (que no es un contenido eterno o lógicamente necesario), el principio de igualdad impide, por ejemplo, que a efectos de la atribución del derecho de sufragio activo se puedan establecer entre los ciudadanos diferencias basadas en su titulación académica, pero no que éstas se utilicen como *tertium comparationis* para el acceso a determinados cargos públicos, etc. Pero hay que dejar de lado los ejemplos, que son siempre un defectuoso procedimiento discursivo y una concesión a la pereza mental, para intentar seguir, aunque sea a muy grandes zancadas, el camino que lleva al principio de igualdad en su configuración actual, en la medida, no muy grande, en que cabe atribuirle una configuración precisa.

El principio de igualdad no impone, naturalmente, que todos los sujetos de derecho, todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, o lo que es lo mismo, no impide en modo alguno anudar a situaciones distintas diferentes consecuencias jurídicas; ni siquiera estorba el que la norma considere parte de la situación rasgos o determinaciones personales (9). El Derecho opera justamente mediante la definición de supuestos de hecho de los que surgen consecuencias jurídicas (dere-

---

(8 bis) En vez de exclusión *a priori* de todo juicio de igualdad, porque ésta se afirma como principio, cabe hablar de un principio de igualdad realizado desde un punto de vista abstracto, que excluye la posibilidad de utilizar como elemento o rasgo de diferenciación cualquier determinación individual concreta. Este es el modo de razonar de Hesse en su juvenil y espléndida aportación nuestro tema. Cfr. K. HESSE, *Der Gleichheitsgrundsatz in Staatsrecht*, en *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 77 (1951-52), p. 176.

(9) Cfr. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (trad. francesa, París, 1962), p. 190; R. ALEX, *Theorie der Grundrechte* (Baden Baden, 1985), pp. 359-360.

chos, obligaciones, facultades o competencias, sanciones penales, etc.) para unos determinados sujetos, que son así diferenciados respecto de quienes no se encuentran en la misma situación y por ello puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias.

Al mismo tiempo es también cierto que, en la medida en que reduce a un conjunto finito de situaciones jurídicas la infinita variedad de situaciones fácticas que ofrece la realidad social, el derecho simplifica la complejidad de ésta, equiparando, esto es, considerando como iguales a personas que son entre sí extremadamente diferentes en todo, salvo en aquel rasgo que la norma toma en consideración; quien compra un modesto piso de cincuenta metros cuadrados es, en cuanto comprador de un inmueble, igual a quien compra un moderno edificio de oficinas, etc. La norma es aquí el *tertium comparationis* que determina el rasgo o elemento a tomar en consideración para delimitar la clase lógica, cuyos elementos son, en cuanto miembros de la clase, esto es, desde el punto de vista de la norma, rigurosamente iguales entre sí. El Derecho es así, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Define, de una parte, situaciones (o condiciones) de las que resultan, para quienes se encuentran en ellas, o las poseen, derechos u obligaciones concretas, de los que no pueden beneficiarse, o a las que no han de hacer frente quienes no se encuentran en estas situaciones o son de otra condición. Esta función igualitaria, si cabe llamarla así, del Derecho no es, sin embargo, consecuencia del principio de igualdad, sea cual sea la forma en que se lo conciba, sino una exigencia inmanente del Derecho, una necesidad de su propia estructura formal en cuanto integrada por normas (10), aunque, como más tarde hemos de ver, en relación con el problema de la ley singular, bien puede ser considerada como una condición de posibilidad, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la vigencia del principio.

### 1. *Igualdad y justicia distributiva*

El Derecho no es, sin embargo, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo Derecho se pretende justo (11),

---

(10) Como es evidente, la afirmación del texto no es ni pretende ser una afirmación de normativismo estricto y es, creo, compatible con cualquier entendimiento del Derecho que no reduzca éste a una única norma: la de que es sólo el arbitrio del titular único del poder el que determina, caso por caso, individuo por individuo, la merced y el castigo, el derecho y la obligación. Por lo demás, aun en ese supuesto cabe hablar de una igualación servil de todos los sometidos. Otra cosa es que pueda llamarse derecho un orden de ese género en el que, para emplear la conocida caracterización hegeliana de los imperios orientales, sólo es libre el gobernante y siervos todos los demás.

(11) Naturalmente, la pretensión de validez (justicia) del derecho es la proyección



y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial, aunque no su contenido único, pues «aunque el enunciado que ordena tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera es un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y mientras no se le complemente no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta» (12).

El enunciado tiene, como se sabe, una vieja y noble tradición. Se encuentra ya en Platón (13), aunque es sobre todo Aristóteles quien lo teoriza, tanto en relación con la ética (la justicia como virtud) (14) como en relación con la política (15), en la medida en que, desde nuestra perspectiva, podemos considerar diferenciadamente dos aspectos de lo que para los griegos era sin duda un solo saber práctico.

Para Aristóteles, como para Platón, en efecto, la teoría de la justicia es inseparable de la teoría política, en cuanto que el objeto de ésta es la propuesta de la mejor forma de gobierno, es decir, del gobierno justo. Por esto la exigencia de igualdad no la hacen frente al aplicador del Derecho, sino frente al legislador y, más aún, frente a lo que nosotros llamaríamos poder constituyente. La igualdad en la que la justicia consiste condiciona, en efecto, en primer lugar, la forma de constituir la ciudad, de distribuir el poder.

La justicia «en la distribución de honores, o dinero, o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen» exige que la distribución se haga «en conformidad con determinados méritos, si bien no coinciden todos en cuanto al mérito mismo, sino que los democráticos lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o en la nobleza y los aristocrá-

---

en este plano de la pretensión de legitimidad del poder, aunque los fundamentos de legitimidad del poder y del orden sean distintos, como en el conocido análisis weberiano. La obsesión positivista por excluir el problema de la legitimidad del ámbito de lo jurídico conduce por eso, inevitablemente, a una mutilación. Como es obvio, esa pretensión no es sino eso, y, en consecuencia, no impide la crítica y eventualmente la negación. Cfr. sobre el tema K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (Madrid, 1985), pp. 25-32, tecci.

(12) H. L. HART, *El concepto de Derecho* (trad. castellana, México, 1980), p. 198.

(13) Especialmente en *Las leyes*, 757c. En el contexto, es evidente que para Platón, la única igualdad justa, nacida del juicio de Zeus, es la que «otorga más al que es mayor y menos al que es menor, dando a cada uno lo adecuado a su naturaleza», no «la determinada por la medida, el peso y el número», aunque admite (758a) que «es forzoso servirse de ambos modos de igualdad» en la organización de la ciudad (utilizo la traducción de J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, Madrid, 1960).

(14) *Ética a Nicómaco*, lib. V, especialmente 1130-1133.

(15) *Política*, en diversos lugares, especialmente 1280 y 1282b.

ticos en la virtud» (16), pues aunque todos opinan que la justicia es una cierta igualdad y que debe haber igualdad para los iguales, «de qué cosas hay igualdad y de cuáles desigualdad es cuestión que no debe echarse en olvido, pues encierra alguna dificultad e implica una filosofía política» (17).

Más modesto que Platón, o menos enemigo, si se quiere, que éste, de la «sociedad abierta», Aristóteles no opta por la virtud como único *tertium comparationis* para establecer la igualdad o desigualdad de los ciudadanos (18) y propondrá como régimen modélico un régimen mixto basado en la combinación de distintos criterios y, sobre todo, en una sólida clase media. Ni esta construcción ni el apasionante tránsito que en la *Política* se hace de la «ingeniería constitucional» a la sociología política son, sin embargo, cuestiones que deban detenernos ahora. Lo que importa subrayar es el hecho de que en Aristóteles la igualdad se nos presenta ya como el criterio básico de la justicia en una forma muy elaborada, como igualdad no entre los hombres, sino entre los hombres y los bienes o los males (hombres, derechos, poder, dinero o castigo) que mediante el Derecho se les atribuyen, de manera que debe haber una equivalencia entre el «receptor» y lo recibido. Hombres iguales han de recibir bienes o males iguales y hombres desiguales bienes o males también desiguales, en proporción exacta de aquella desigualdad. Aristóteles no ignora, claro está, que el *tertium comparationis* no puede ser siempre el mismo, pero nos ofrece, para determinar cuál haya de ser en cada caso el adoptado, algunas ideas de valor permanente. El rasgo que se haya de tomar en consideración para hacer el juicio de igualdad habrá de ser siempre aquel que resulte relevante para la finalidad de la distinción; si se trata de distribuir flautas, habrá de darse la mejor al mejor flautista, y sería insensato dar más poder en la ciudad a los más rápidos que a los más lentos (19).

Esta referencia a la finalidad de la norma como elemento condicionante (o determinante) del criterio en virtud del cual se puede afirmar o negar la igualdad entre dos o más hombres, impide considerar como puramente formalista la teoría aristotélica de la igualdad, de la justicia distributiva. Para

---

(16) *Ética a Nicómaco*, 1130b-1131a (trad. de María Araújo y Julián Marías, Madrid, 1949).

(17) *Política*, 1282b (trad. de Julián Marías y María Araújo, Madrid, 1951).

(18) Por lo demás, Platón tiene clara conciencia de que no puede prescindirse de la igualdad simplemente numérica, y así hace decir al ateniense en *Las leyes* (758a): «Resulta, por tanto, forzoso servirse ... de ambos tipos de igualdad; pero recurriendo el menor número de veces a una de ellas, la que necesita del azar» (esto es, del sorteo, que es para los griegos, como se sabe, el único modo puramente igualitario para la distribución de bienes de cualquier tipo).

(19) *Política*, 1282b-1283a.

Aristóteles, el criterio de la igualdad, el *tertium comparationis*, no es todavía una simple cuestión de preferencias ideológicas, algo que escape a todo intento de racionalización, como después de él tantas veces se ha afirmado (20), pero, como es claro, ni la «finalidad de la norma» es siempre una realidad clara, delimitada y fácilmente discernible, ni de su pensamiento se deducen ideas que permitan considerar moralmente ilícitas determinadas finalidades, porque en razón de ellas se habrían de establecer entre los hombres diferencias, por congruentes que éstas resulten con la finalidad perseguida. En la medida en que la teoría de la justicia distributiva implica la coherencia entre *tertium comparationis* y finalidad de la norma, no cabe conceptualarla como formalista (21); pero, salvo en eso, tampoco impone a la norma jurídica, desde el punto de vista del principio de igualdad, otro condicionamiento que el de la generalidad o la abstracción. Sobre todo, y ello es lo que aquí sobre todo importa, no se deriva de ella ninguna exigencia de trato igual a todos los hombres simplemente en cuanto hombres; ninguna afirmación de igualdad sustancial de lo humano que prohíba establecer entre los hombres, sea cual sea la finalidad perseguida, diferencia alguna o, lo que es lo mismo, que ordene tratar a todos los hombres por igual. Aristóteles no es, seguramente, un teórico de las diferencias entre los hombres, pero tampoco, en modo alguno, un negador de su posibilidad (22).

## 2. La igualdad de los hombres entre sí

Salvo esa genérica y poco elaborada indicación acerca de la congruencia necesaria entre la finalidad de la norma y el criterio en virtud del cual dos o

---

(20) Las posturas puramente formalistas son tan abundantes que, aun reduciéndose a las más significativas, es imposible su cita. Por muy diversas razones cabe recordar al lector español de hoy que entre ellas se encuentra, desde luego, la de Kelsen (sobre todo en *Was ist Gerechtigkeit*, Viena, 1953).

(21) Por eso no cabe hacer, frente a ella, la crítica que, mediante la reducción al absurdo, se hace frecuentemente del formalismo puro para el que se dice, por ejemplo, «sería inobjetable un sistema fiscal que determinase el débito tributario de los ciudadanos en razón de sus centímetros de estatura o del número de su casa o de cualquier otra circunstancia absolutamente objetiva y determinable, pero del todo incongruente con la finalidad de la norma» (asumiendo, claro está, que ésta no sea sólo la de recaudar tributos, sin otra consideración).

(22) Es muy común interpretar la célebre disquisición aristotélica (*Política*, I, 1-6) sobre la esclavitud como una justificación de toda esclavitud y el concepto del «esclavo por naturaleza» como una categoría racial. Frente a ese extendido error, baste recordar que Aristóteles considera inadecuada la esclavitud legal cuando no coincide con la esclavitud por naturaleza (1255b), y que ésta es entendida sobre todo como una condición psicológica individual.



diversos campos de la actividad social, pero es la fuerza que impulsa las diversas teorías (es decir, las teorías sobre la justicia material) que en el pasado y en el presente (y esperemos, también en el futuro) han enfrentado a los hombres. Hesse expone tres tipos de criterios o puntos de vista a partir de los cuales, o desde los cuales, se impone el principio de trato igualitario, esto es, se excluye la posibilidad de establecer diferencias entre los hombres (27). La brillante exposición, en la que por lo demás se pasa por alto el hecho de que en el criterio «social», a diferencia de lo que ocurre en el caso de lo que él llama criterios «político» y «ético», la igualdad es la finalidad que el Derecho ha de perseguir, no el supuesto del que ha de arrancar (28), lleva a la conclusión de que los criterios «social» y «político» están condicionados por el criterio «ético». La exigencia del trato igualitario en lo social o en lo político no son sino derivación de un mandato ético, de una idea de justicia material que forma parte del sistema de valores de una determinada cultura (29).

En la nuestra, la idea de la igualdad de los hombres se encuentra por primera vez, como es sabido, en el estoicismo, especialmente en el estoicismo tardío, en el que la doctrina, originalmente concebida como una ética individual, se propone ya como fundamento de una filosofía jurídica y política. Su capacidad conformadora del Derecho desde el punto de vista del principio de igualdad apenas va, sin embargo, más allá de la afirmación, ciertamente nada desdeñable, de que estando todos los hombres sujetos, como seres racionales, a la *lex natural*, todos son sujetos de derecho. Como la igualdad que se postula es proyección de una naturaleza común, el mandato del trato igual no puede ir más allá y no implica, evidentemente, la imposibilidad de establecer distinciones que tomen en cuenta las diferencias existentes entre los individuos en cuanto a esta naturaleza común o que, de uno u otro modo, se fundamenten en una exigencia racional (30).

El mandato igualitario como exigencia absoluta, desconectado ya de cualquier género de diferencias naturales entre los hombres, sólo puede fundamentarse, como es obvio, en algo que trasciende de la naturaleza misma, y es efectivamente en el cristianismo en donde se encuentra la idea eficaz del

(27) *Op. cit.*, pp. 177-204.

(28) Más bien, claro está, se parte de la idea de que la situación de partida es de desigualdad y por eso ha de ser corregida. Naturalmente, esta exigencia de igualdad «dinámica» no sólo no implica un mandato de tratar a todos por igual, sino que lo excluye. Sobre esto se volverá más tarde.

(29) *Op. cit.*, pp. 197-198.

(30) Cfr. Hesse, *op. cit.*, pp. 197-198, y HERWIG, *op. cit.*, pp. 125-134. En castellano, A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I (8.ª ed., Madrid, 1987), pp. 177-179 y 189-192, y la bibliografía allí citada.

igualitarismo en nuestra cultura. Esta trascendencia está ya implicada en el mito del Génesis, en la creación del hombre por Dios «a su imagen y semejanza», reelaborada después en la patrística (31), pero no es tanto esta idea judaica como la específicamente cristiana del hombre como «hijo de Dios» la que está al comienzo de una evolución que a lo largo de dos mil años conduce hasta nuestros días.

Ni está a mi alcance, ni podría, aunque lo estuviese entrar en mi propósito, ofrecer una exposición, por sumaria que fuese, de esa evolución; ni siquiera de la complejidad de la idea, en la que la afirmación de la igualdad se conjuga con la admisión de la desigualdad no sólo entre cristianos y no cristianos (32), sino aun entre cristianos que, por decirlo así, son sólo iguales en cuanto a la oportunidad de alcanzar la salvación (33), aunque es claro que esta complejidad se manifiesta en la diversidad de formas que reviste la realización histórica de la idea.

En el plano político, como fundamento del deber de obediencia de los sometidos, de la *political obligation* en la terminología anglosajona, la idea de la igualdad de todos los hombres sólo se convierte en principio, en idea rectora de la acción, a lo largo de un proceso secular apenas concluso.

Aunque, como toda generalización, la afirmación pueda ser invalidada por referencia a casos singulares de uno u otro género, no parece inexacto decir que sólo el pactismo ilustrado establece la conexión entre la idea de igualdad y la viejísima concepción que ve en el consentimiento de los sometidos el único fundamento (al menos el único fundamento inmediato) de la legitimidad del poder. Esta conexión no basta, sin embargo, para afirmar la igualdad política de los ciudadanos, pues, como bien se sabe, el pacto social, como hipótesis fundante de todo poder que se pretenda legítimo, es una hipótesis ucrónica, situada fuera del tiempo; una exigencia metodológica, no un principio de acción.

En el pensamiento jurídico-político de la Ilustración, en efecto, igualdad y libertad son nociones que se implican recíprocamente. Los hombres son iguales porque, siendo esencialmente libres, ninguno de ellos está obligado

(31) Esta reelaboración, especialmente desde el punto de vista de la igualdad entre los sexos y de la relación entre éstos y el tema del bello libro de ELAIN PAGELS *Eve, Adam and the Serpent* (Randon House, 1988), recientemente traducido al castellano.

(32) Para Herwig, con sólido apoyo en estudios teológicos de primera fila, el mandato igualitario es absoluto sólo referido a los cristianos. Cfr. *op. cit.*, pp. 134-143. La afirmación a la que me refiero se encuentra en p. 140.

(33) Alguna indicación sobre el tema en HESSE, *op. cit.*, pp. 200-201. La continuidad entre la filosofía política contemporánea y la teología es el tema del bello ensayo de KOLAKOWSKI «Der Narr und der Priester», recogido en el volumen *Der Mensch ohne Alternative* (Munich, 1961; hay trad. castellana).

a obedecer a otro o a todos los demás. El poder sólo es legítimo cuando es aceptado, y, en consecuencia, nadie está obligado a obedecer sino a aquel (un hombre o una asamblea) al que previamente ha otorgado la potestad de mandar, una potestad que sólo puede otorgarse sin abyección, sin abdicación de la propia libertad, cuando el otorgamiento es condicionado. La primera e inexcusable condición es la de que el otorgamiento sea general, que igualmente acepten el poder (y, por tanto, en esa medida renuncien a su libertad) todos aquellos con quienes se ha de convivir, pues es esta convivencia en paz la única finalidad que justifica el abandono de una parte de la propia libertad. La delimitación del grupo de los sometidos, de lo que, merced al *pactum subjectionis*, pasa a convertirse en comunidad política, es cuestión que queda mucho más en la sombra, pues el *pactum associationis*, que es su única posible explicación para esta línea de pensamiento, requiere la unanimidad. Dejando de lado ahora esta cuestión (tan relevante, sin embargo, en relación con el llamado «derecho de autodeterminación») para volver a los condicionamientos del pacto de sujeción, lo cierto es que, junto a la línea de pensamiento (Hobbes, Rousseau) que los reduce al ya expuesto de la universalidad, existe otra, predominante, que añade otro decisivo en cuanto al contenido: el poder se otorga sólo y en la medida en que no introduzca otras limitaciones en la libertad de los sometidos (y en su propiedad y en su vida, pero también son valores conexos) que aquellas que sean estrictamente indispensables para asegurar la finalidad que lo justifica.

Esta limitación del poder, inexistente en el pensamiento hobbesiano, está establecida en aras de la libertad, no de la igualdad, y es compatible, por tanto, con la desigualdad política y jurídica de los súbditos. La justificación de esta desigualdad se logra, en parte, mediante el recurso a categorías oscuras (las del consentimiento tácito y la participación indirecta, entre otras), pero sobre todo merced a la conexión directa, de tinte puritano, entre libertad, racionalidad y propiedad. La propiedad es el derecho por antonomasia, porque es resultado del distinto uso que los ciudadanos, plenamente iguales sólo en el origen, han hecho de su libertad y de su razón, y, en consecuencia, salvado un último núcleo duro de la igualdad originaria (el derecho a la vida, la inalienabilidad de la persona), nada más conforme a la idea del pacto social que la diferente participación de los ciudadanos en el poder. La sucesión en el trono no requiere consentimiento alguno, y la sociedad estamental, basada precisamente en la diferencia, es no sólo aceptada, sino justificada como una estructura indispensable para asegurar la libertad (34).

---

(34) Recuérdese, aunque apenas es necesario, la teoría de los cuerpos intermedios en Montesquieu, la obra del canciller De Lolme e incluso las resonancias de estas ideas

C) LA POSITIVIZACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD  
EN LOS ORIGENES DEL CONSTITUCIONALISMO

La enfática proclamación de la igualdad en la Declaración de Independencia de las Trece Colonias y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, por más que enlace con apelaciones bien explícitas de Locke a la reforma de las Asambleas legislativas (35), inicia un proceso que va mucho más allá. Aunque la desvinculación entre derechos políticos y propiedad, lograda ya episódicamente en algunos estados de la Unión y en algunos momentos de la Revolución francesa, tardaría más de un siglo en generalizarse, la idea de soberanía nacional, habilidosamente utilizada muchas veces precisamente para combatir esa desvinculación (36), expropia a los monarcas irremediabilmente de su soberanía y establece un nexo necesario entre titularidad del poder y elección popular.

El derecho de sufragio del que los hombres gozan en cuanto ciudadanos, y que los constituye como tales, no puede ser, aunque esta necesidad tardara mucho tiempo en imponerse, como acabamos de recordar, sino un derecho igual. Para asegurarlo es necesario abolir todas las diferencias jurídicas propias de la sociedad estamental y unificar el derecho de la nación. Nada menos, pero tampoco nada más. La obra admirable de la Revolución (37)

---

en la conocida fundamentación del Senado norteamericano como estructura necesaria para la participación en el poder de los *men of culture, leisure and wealth*.

(35) Así las consideraciones que en el segundo ensayo (§§ 157 y 158) se hacen sobre la conveniencia de que el ejecutivo, siguiendo la máxima «*salus populi suprema lex*», convoque al legislativo «*observing rather the true proportion than fashion of representation, regulates not by old custom, but true reason*», de manera que restaure la vieja y verdadera representación. La apelación va dirigida, claro está, contra los «*burgos podridos*».

(36) En la conocida contraposición entre soberanía nacional y soberanía popular, en razón de la cual se justifica el sufragio censitario como expresión de la voluntad de la *melior et fortior pars*.

(37) Preámbulo de la Constitución de 1791: «*L'Assemblée Nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions d'ordre, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun de titres, dénominations et prérogatives qui en dérivent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on exigeant des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions... Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'office public. Il n'y a plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au*



separa el Estado de la sociedad civil y asegura con ello la igualdad de los individuos como miembros del Estado y en su relación con él, pero no persigue asegurar la igualdad en la sociedad, que más bien niega (38). La ley ante la que todos los hombres son iguales es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos los trata por igual. El principio de igualdad queda subsumido en el principio de legalidad. Son iguales aquellos a quienes la ley considera como iguales y diferentes aquellos a quienes diferencia.

Esta erección de la ley como único *tertium comparationis* jurídicamente relevante impone, como es bien sabido, algunos condicionantes esenciales a la ley misma, caracterizada por su generalidad y su duración indefinida (39). También, aunque el texto célebre no lo indique, por su abstracción. Las diferencias entre los hombres han de ser establecidas siempre, para ser comparables con el principio de igualdad, en abstracto, por referencia a la relación en la que los hombres se encuentran con circunstancias exteriores a ellos o por referencia a su conducta; nunca por referencia a circunstancias personales o, al menos, no a circunstancias personales que no sean resultado de la naturaleza o de la libre acción en el seno de la sociedad.

Naturalmente, esta idea de la ley como norma general y abstracta no se realiza quizás nunca plenamente en lugar alguno, pero es esta idea la que

---

droit commun de tous les français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. La Loi ne reconnaît plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution.»

(38) «El Estado deroga las diferencias de nacimiento, estado, educación, ocupación, a su manera, cuando declara el nacimiento, el estado, la educación y la ocupación como diferencias no políticas, cuando proclama a todos los miembros del pueblo, sin consideración a estas diferencias, como partícipes iguales en la soberanía popular, cuando trata a todos los elementos de la vida real del pueblo desde el punto de vista del Estado. A pesar de esto, el Estado deja a la propiedad privada, a la educación, a la ocupación... actuar a su manera, es decir, como propiedad privada, como educación, como ocupación y hacer valer su esencia especial...»

El estado político perfecto es por esencia la vida genérica del hombre en oposición a su vida material. Todos los presupuestos de esta vida egoísta continúan existiendo fuera de la esfera estatal, en la sociedad civil, pero como propiedades de ésta. Allí en donde el Estado político ha alcanzado su verdadero desarrollo, el hombre lleva, no sólo en el pensamiento, en la conciencia, sino en la realidad de la vida, una doble vida, una vida celestial y una vida terrenal; la vida en la comunidad política y la vida en la sociedad civil, en la que actúa como hombre privado. Considera a los demás hombres como medios, se degrada a sí mismo hasta la condición de medio y se convierte en juguete de poderes extraños.» K. MARX, «Sobre la cuestión judía» (1843). Utilizo mi propia traducción (K. MARX, *Escritos de juventud*, selección, traducción y prólogo de F. Rubio, Caracas, 1964).

(39) «Les caractères qui distinguent les lois sont leur généralité et leur durée indéfinie» (Constitución francesa de 1793, Secc. 2.ª, art. 4.º).

estructura todo el sistema jurídico del Estado decimonónico desde el punto de vista de la igualdad.

La ley es igual para todos porque es general y abstracta, pero el legislador, al establecerla, no tiene otros límites que los que derivan de esta estructura necesaria, respetada la cual puede dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca (40). El principio de igualdad exige la igual aplicación de la ley, pero en modo alguno se puede hacer derivar de él una pretensión jurídica frente al legislador (otra cosa son, claro está, las aspiraciones políticas). Es más, el deber jurídico que pesa sobre los órganos estatales a los que está encomendada la aplicación de la ley de llevar a cabo esta aplicación sin «acepción de personas» se confunde, como es obvio, con su deber de actuar *secundum legem* y, en consecuencia, tampoco genera para los ciudadanos ningún derecho que no sea el derecho a la legalidad, en la medida en la que de tal cosa pueda hablarse.

El derecho a la igualdad no figura así tampoco entre los derechos públicos subjetivos, aun entendidos éstos como derechos que se dan exclusivamente frente a la Administración (41). Sin duda, el admirable esfuerzo de la jurisdicción contenciosa, y en primer término del *Conseil d'État*, para ampliar la legitimación en el recurso contencioso-administrativo y, en conexión con

---

(40) Como es obvio, el requisito estructural de la generalidad excluye la posibilidad de considerar como diferencias fácticas las diferencias «jurídicas» propias de la sociedad estamental, pero no otro género de diferencias puramente naturales (v. gr., el sexo) o incluso resultado de relaciones de servicio libremente aceptadas como la que aún refleja el artículo 1.584 de nuestro Código Civil. Cfr. M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile* (Paris, Sirey, 1953).

(41) Así, Jellinek, al ejemplificar la contraposición entre derechos subjetivos formales y derechos reflejos también de carácter formal, afirma que «la fundamentación de un derecho subjetivo no tiene lugar generalmente mediante enunciados normativos que contienen principios a los que han de acomodarse la promulgación de leyes futuras o la interpretación de las ya existentes. Frases tales como las que proclaman la igualdad jurídica de los ciudadanos, la prohibición de tribunales de excepción... contienen derecho objetivo, pero no derecho subjetivo alguno. Cuando, a pesar de ello, el derecho positivo de un Estado da al individuo una vía procesal para provocar la anulación de las leyes o reglamentos que contradicen esos preceptos constitucionales, esta vía tiene en el fondo el carácter de una acción popular; con ella se atribuye al individuo una facultad que, por regla general, en el Estado moderno corresponde sólo a aquellos órganos a los que está encomendada la defensa del ordenamiento jurídico» (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpression de la 2.<sup>a</sup> ed., Scientia Verlag, 1979, pp. 71-72). Sobre la discusión actual en torno a la naturaleza de derecho público subjetivo del derecho a la igualdad, cfr. el comentario de Dürig al artículo 3.1 de la Ley Fundamental, especialmente §§ 274 a 285, en MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, KLEIN, *Grundgesetzkommentar* (Verlag C. H. Beck, renovable).

ello, crear criterios más rigurosos para el control de la actuación administrativa (por ejemplo, a través de la noción de desviación de poder o, en el caso alemán, de la proporcionalidad) puede ser entendido también como un esfuerzo por asegurar la aplicación igual de la ley; pero en cuanto esta aplicación igual es una exigencia intrínseca de la ley misma, es indiferente hablar de igualdad o, como es más común, de legalidad.

La única creación jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa que en la doctrina suele vincularse directamente con el principio de igualdad, es la regla de la vinculación al precedente, pero tampoco es difícil hacerla derivar del principio de legalidad. Si la Administración sólo puede actuar *secundum legem*, y por ley se entiende no cualquier mandato del poder, sino la norma jurídica, el enunciado general y abstracto, la regla de la vinculación al precedente no es sino el deber que a la Administración se impone de crear su propia norma de actuación en el marco de libertad que la ley formal le otorga. La vinculación al precedente como el *stare decisis* de la justicia anglosajona, no es sino un modo de creación de Derecho, distinto de la promulgación directa de la norma general y abstracta, pero que, aunque en ámbito más definido, da también lugar a reglas generales e incluso, por paradójico que ello parezca, abstractas.

Por esta misma razón, la garantía del principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho no llega ni puede llegar más allá de donde llega el principio de sumisión del juez a la ley, cuyo correlato necesario, la independencia judicial, excluye toda posibilidad de invalidar decisiones discordantes si no es precisamente por infracción de ley, sustantiva o adjetiva, si se entiende, como es común, que la «doctrina legal» no es una fuente autónoma del Derecho. Naturalmente, el recurso de casación o los instrumentos procesales equivalentes, en cuanto tienen como función propia la unificación de la doctrina, operan en favor de la igualdad, pero sólo (y esto es lo decisivo) mediante la eliminación de normas, esto es, de interpretaciones posibles del precepto legal, como instrumentos de depuración del ordenamiento, no como respuesta a pretensiones basadas en la quiebra de un (inexistente) derecho a la igualdad.

En resumen, para los aplicadores del Derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* que el que la propia ley ofrece, y el principio de igualdad, identificado con el de legalidad, no tiene más contenido que el de la justicia distributiva aristotélica; es la ley y sólo la ley la que determina el *suum* que a cada cual ha de ser atribuido. Para el legislador, el principio de igualdad tiene mayor contenido, en cuanto que impide establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales; pero, entendida la sociedad civil como un hecho natural,

ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia, jurídicamente relevantes las diferencias que la sociedad establece.

#### D) EL «CAMBIO DE SIGNIFICADO» DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Esta construcción, dotada de una casi perfecta coherencia interna y congruente también con una teoría del Estado y de la Constitución construidas sobre el principio democrático, no se ve alterada por las reformas que, sobre todo en el plano legal, pero también ocasionalmente en el constitucional, se van introduciendo en los Estados occidentales a todo lo largo del siglo XIX. La generalización del sufragio a todos los ciudadanos varones, sin exigir para su ejercicio condiciones especiales de fortuna o educación; la extensión a la mujer del derecho de sufragio; la prohibición de diferenciaciones basadas en la creencia religiosa o en el origen étnico, etc., no alteran el sistema por la buena y simple razón de que son, en el fondo, exigencias de éste. Más difícil compatibilidad con él tiene, naturalmente, la introducción de diferencias; pero en la medida en la que estas diferencias jurídicas persiguen la finalidad de corregir las diferencias excesivas que resultan del libre juego social y son introducidas, o al menos pacíficamente aceptadas, por quienes precisamente se benefician de ellas, tampoco originan una crisis ni en la teoría ni en la práctica, aunque sí tensiones políticas. Ni la legislación social de la Alemania bismarckiana, ni la introducción del impuesto progresivo o el forzado abandono, en la época del *New Deal*, de la doctrina del *substantive due process*, con la que la Corte Suprema había impedido en los Estados Unidos incluso los más tímidos avances de la legislación laboral, son entendidos, más allá de los apasionamientos políticos, como cambios estructurales del sistema establecido.

Esta percepción alumbra sólo cuando se generaliza el sentimiento (o tal vez la creencia) de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad, o, dicho de otro modo, que la sociedad no es un «hecho natural» y que, por lo tanto, no son naturales las diferencias que de ella resultan, de manera que el principio de igualdad, lejos de preservarse con su simple aceptación, exige precisamente su corrección. Cuando los partidos «de clase», movidos por esta idea [por cuya potenciación y difusión sería injusto no rendir hoy al marxismo el tributo que se le debe (42)], se convierten en una alternativa

---

(42) Naturalmente, no es el marxismo la única fuerza que impulsa la lucha contra la injusticia social. Otras fuerzas religiosas y políticas hacen en el mismo sentido aportaciones muy importantes; pero al menos en referencia a la Europa continental, es el respeto a la verdad, y no la propia vocación de «viajero de todos los naufragios», lo

real de poder, el viejo sistema comienza efectivamente a conmovirse. Es cierto que, ya antes de ello, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal (cualquier mandato que emane del legislador, sea cual fuera su contenido), el traslado del centro del poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos fuertemente organizados y disciplinados, habían eliminado muchos de los supuestos en los que, de modo explícito o implícito, se asentaba el sistema (43); pero ni la inclusión en la categoría de «ley» de la simple medida de intervención en la sociedad, ni la transformación de los partidos de notables en partidos de masa son ajenos a aquel cambio en la percepción de la igualdad.

Como todo cambio histórico, es difícil datar el que ahora nos ocupa en un momento preciso. Con todo, y limitándonos al ámbito de la Europa continental, no parece exagerado decir que la toma de conciencia de la crisis y el alumbramiento de las ideas, que, después ya de la Segunda Guerra Mundial, llevarían a una transformación en profundidad del sistema, se producen en la Alemania de Weimar, de cuya doctrina constitucional seguimos siendo tributarios (44).

---

que obliga a señalar el papel histórico que, merced a sus aciertos y sus errores, ha desempeñado el marxismo.

(43) A esta influencia de la destrucción del concepto de ley y de la transformación partidocrática de la democracia alude Hesse, con las indispensables referencias a Schmitt y Leibholz. Cfr. K. HESSE, *op. cit.*, pp. 204-207.

(44) Leibholz, que es sin duda el autor central en la discusión teórica sobre el tema, menciona algunas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y sobre todo del Tribunal Federal suizo, como precedentes y apoyo de su tesis, pero esta cita no debe inducir a error, pues ni el Bundesgericht ni la Suprême Court afirman en tales sentencias su competencia para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes *federales* desde el punto de vista del principio de igualdad. Se trata, claro está, sólo de leyes cantonales en el caso suizo o de leyes de los Estados en el norteamericano. En lo que toca a este último, además, dos de las tres sentencias que Leibholz cita (la tercera, Scott vs. McNeal, no la he encontrado en los repertorios más habituales), o se refieren sólo a la aplicación de la ley (Yick Wo vs. Hopkins) o invalidan ésta por contradicción con la 15.ª enmienda, no por violación de la 14.ª (Cfr. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., Munich y Berlín, 1959, pp. 36-37; LOCKHART, KAMISAR y CHOPER, *Constitutional Law*, 5.ª ed., St. Paul, 1980, p. 1279 *passim*; L. TRIBE, *Constitutional Law*, Mineola-Nueva York, 1978, pp. 262, 1025-1026, 1252). De hecho, no es en estos precedentes extranjeros, sino en la propia realidad alemana, en donde hay que buscar el origen de la doctrina del «cambio de significado», cuya primera manifestación es el famoso dictamen de Triepel sobre la *Goldbilanzverordnung*. La polémica construcción, erigida sobre la débil base de la formulación, perfectamente convencional, contenida en el artículo 109 de la Constitución de Weimar, se convertiría en canon sólo después de la Segunda Guerra Mundial, al asumir Leibholz la presidencia del Tribunal Constitucional Federal. De allí pasó, no sin resistencias, a la Corte Costituzionale italiana y

El análisis crítico de este «cambio de significado» del principio de igualdad, que tanta literatura ha originado en su país de origen, está aún entre nosotros por hacer, a pesar de que tanto el constituyente de 1978 como la doctrina y la práctica posteriores lo hayan aceptado como un fundamento indiscutible de nuestro Derecho o, más precisamente, por eso mismo (45). Esta tarea, que sigue siendo necesaria, no puede ser, sin embargo, abordada aquí por razones de espacio y de tiempo. Sí resulta indispensable, para que esta Introducción cumpla mínimamente su contenido, hacer un breve recuento de los problemas que el famoso *Bedeutungswandel* comporta, cuya existencia es el telón de fondo inexcusable para el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la igualdad.

#### a) *El criterio de la igualdad*

El primero y más evidente es, claro está, el de cuál sea el *tertium comparationis* al que el juez ha de acudir para, en contraste con el del legislador, aceptar o rechazar el que éste incorporó a la norma. La Constitución no ofrece ni puede ofrecer, como es obvio, otro apoyo que el de la simple consagración del principio de igualdad, pero como según queda ya dicho, éste no impide en modo alguno el tratamiento diferente de situaciones diferenciadas, no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador o, lo que es lo mismo, sobre la validez constitucional de la norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece. Algunas de estas diferencias fácticas son mencionadas explícitamente en muchas Constituciones modernas, entre ellas la nuestra (46), para prohibir que el legislador las adopte como fundamento de diferenciación jurídica; pero esta interdicción explícita de determinados criterios de diferenciación, lejos de ayudar a la solución del problema, más bien contribuye a complicarlo.

---

más tarde, y sin resistencia alguna, a nuestro Tribunal Constitucional. La convergencia entre esta doctrina y la elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de los años veinte, sobre todo del *New Deal* (convergencia en los resultados, más que en la fundamentación teórica o en la técnica), es una manifestación más de la homogeneización del rumbo industrializado.

(45) Y a pesar, también, del muy temprano y excelente libro con el que Lloréns dio a conocer entre nosotros la discusión doctrinal alemana. Cfr. E. L. LLORÉNS, *La igualdad ante la ley* (Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia, 1934).

(46) La referencia que el artículo 14 hace a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» es de difícil interpretación y suscita cuestiones que debemos pasar por alto en este apresurado recuento de problemas básicos.

De una parte, en efecto, como esta especificación de determinados criterios prohibidos no agota el contenido del principio de igualdad, nada aporta a la solución de los problemas que éste plantea como cláusula general; de la otra, la incorporación a la Constitución del principio general en su actual significado (47) debilita, en lugar de potenciar, el carácter de «regla» de la norma que establece la prohibición explícita.

Esta última afirmación, aunque generalmente aceptada, requiere, sin duda, alguna explicación suplementaria. La aplicación del principio general de igualdad ha llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas (*reasonableness*, *Angemessenheit*, *ragionevolezza*, razonabilidad) que remiten, fuera de la Constitución, a un juicio de la razón práctica: la decisión sobre la validez de las diferencias establecidas por el legislador. Este modo de razonar, seguramente inevitable, no puede limitarse, una vez adoptado, al ámbito del principio general de igualdad (o de la norma general de igualdad, si se prefiere), excluyendo absolutamente su uso en la aplicación de las «normas particulares de igualdad», es decir, aquellas que, en la terminología de nuestra Constitución, prohíben la discriminación basada en el nacimiento, la raza, el sexo, etc. Sin duda, alguna de estas diferencias (la racial, por ejemplo) es siempre inadmisibles, y todas deben ser consideradas como *suspects classifications* sujetas siempre al *strict scrutiny*, como muy expresivamente se dice en la doctrina norteamericana (48); pero el fundamento de su invalidación, cuando se produce, es también el carácter irrazonable de la distinción, que, por el contrario, puede ser admisible a pesar de estar basada en alguno de los criterios específicamente prohibidos cuando resulta razonable por ser necesaria para alcanzar una finalidad en sí misma inobjetable.

La equiparación del principio de igualdad con una exigencia de razonabilidad de la diferenciación (una exigencia que, según queda dicho, es susceptible de diversos grados de intensidad) no resuelve el gran problema de cuál haya de ser el criterio que el juez utiliza para valorar la obra del legislador, sino que, como es obvio, se limita a trasladarle a otro plano. La jurisdicción, que es un modo de producción «cultural» de Derecho (49), no puede

(47) Aunque la fórmula utilizada sigue siendo, por lo general, la muy tradicional de «la igualdad ante la ley». La atribución de un significado nuevo y distinto a un enunciado que permanece inalterado no es un hecho inhabitual en el mundo del Derecho, pero pocos casos se prestan como éste a una reflexión en profundidad acerca de lo que ese hecho significa sobre la realidad misma del Derecho.

(48) Diferenciaciones sospechosas, sujetas como tales a un control estricto, son también, en Norteamérica como en España, las que se producen en el ámbito de los derechos fundamentales, sea cual sea el criterio de la distinción.

(49) Cfr. PIZZORUSSO, «*Fonti 'politiche' e fonti 'culturale' del Diritto*», en *Studi in onore di E. T. Liebman* (Milán, 1979).

basarse, como la legislación, en la voluntad del titular del poder, sino que ha de fundamentar sus decisiones en una norma previa. El juez no puede oponer sus convicciones, su «razón», a la del legislador, al menos cuando se trata de pronunciarse sobre la validez de la ley y no simplemente de aplicarla, y no es fácil determinar cuál es la razón a la que debe remitirse para declarar inválida la razón del legislador. Seguramente no la que se expresa en una concreta Filosofía del Derecho o de la Justicia, por excelsa que sea o generalizada que esté su aceptación, pues la decisión del legislador, como toda decisión política, se mueve precisamente en el ámbito de lo epistemológicamente incierto (50). El poder del juez, como todo poder del Estado democrático, deriva exclusivamente de la comunidad, y sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador. Esta conclusión, que es, desde Leibholz, moneda corriente en la doctrina constitucional, no supone, sin embargo, tanto una solución como un enunciado de problemas. Entre ellos, para mencionar sólo el más obvio, el de cuál sea el modo de expresión de la conciencia jurídica de la comunidad cuando ésta no actúa a través de sus representantes, o, dicho de otro modo, en qué medida y por qué razones puede ser considerado el juez mejor intérprete de la «conciencia de la comunidad» que los representantes libremente elegidos por ésta.

La introducción de la jurisdicción constitucional en general, pero sobre todo en su conexión con el principio de igualdad, significa sin duda una politización de la justicia o, si se quiere, una restauración del principio de división de poderes (51). La tensión entre esta politización y la doctrina democrática, tal como hasta el presente ha sido entendida, puede ser atenuada por la participación de los poderes específicamente «políticos» en la designación de los jueces (52); pero no resulta ni mucho menos abolida por tal participación, pues el juez no es ni puede ser, por definición, mandatario de otro poder. Este problema, que pertenece al ámbito de la Teoría de la Democracia

---

(50) Cfr. B. BARBER, *The Conquest of Politics. Liberal Philosophy in Democratic Times* (Princeton University Press, 1988). De ahí la desconfianza, cuando no hostilidad, con la que muchos políticos, de la izquierda o de la derecha, miran la jurisdicción constitucional en cualquiera de sus formas, pues, como dice Michael Walzer (*The New York Review of Book* de 2 febrero 1989, p. 43), «Judicial review is the crucial institutional device through which the philosophical conquest of politics takes effect».

(51) Cfr. HESSE, *op. cit.*, p. 207.

(52) Una participación que, en contra de lo que entre nosotros parece creerse, tienen los poderes «políticos», por lo general, en la designación de todos los jueces, no sólo de los jueces constitucionales. La supina ignorancia de cuál es esta relación, en los Estados de nuestro entorno, es uno de los rasgos más notables y lamentables de nuestra cultura política.



o de la Constitución, debe ser sólo apuntado aquí, para volver al recuento de las cuestiones que la aplicación judicial del principio de igualdad plantea.

b) *¿Quién ha de demostrar la «razonabilidad» de la norma?*

De la equiparación entre principio de igualdad y exigencia de razonabilidad o, como también se dice frecuentemente, interdicción de la arbitrariedad deriva, en segundo término, un difícil problema procesal, que quizás pueda ser descrito como el problema de determinar si la razonabilidad requiere o no prueba y, en caso afirmativo, quién tiene la carga de ésta. Si la norma de lo razonable es la conciencia jurídica de la comunidad, cabe sostener que, en aplicación del principio *iura novit curia*, es el juez mismo el que ha de determinar si es razonable o no la decisión del legislador que se trae ante su conocimiento. Esta solución, que parece implícita a veces en el modo de razonar de muchos e ilustres tribunales constitucionales, no es fácil de teorizar, pues ni resulta posible establecer una distinción nítida entre hechos y derecho respecto de una norma de «razonabilidad», que por definición sólo existe como norma de decisión para el caso concreto, ni cabe llevar la «politicización» de la justicia hasta el límite de facultar al juez a prescindir de la motivación del legislador, con independencia de que ello sirva para preservar o para negar la validez de su decisión. Pero si, por el contrario, se parte del supuesto de que las «razones» que justifican la decisión legislativa han de ser aducidas por las partes (un supuesto cuya aceptación pura y simple tampoco está exento de problemas), todavía cabe discutir si estas razones han de ser sólo las que en su momento llevaron al legislador a decidir, o también cualesquiera otras, tanto existentes en aquel momento, aunque no fueran entonces explicitadas, como sobrevenidas después, en razón de un cambio operado en la realidad normada.

Esta cuestión, que aquí debo limitarme a plantear como tal, se entrecruza con otra menor, aunque significativa también en relación con los distintos grados de intensidad del control judicial de la ley. Si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe (aunque ni siquiera así en todos los casos) a quien defiende la ley, pero como la igualdad también puede argüirse frente a un tratamiento legal que, a juicio de quien impugna, ha ignorado diferencias significativas, es éste quien debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias. En ambos casos, el defensor de la ley deberá ofrecer las razones que avalan su razonabilidad, pero en tanto que en el primero la razonabilidad que hay que probar es la de la diferencia establecida, en el segundo lo que

se ha de demostrar es la irrazonabilidad de la pretendida diferenciación. Esta inversión de las posiciones de «actor y demandado», a veces no fácilmente percibida por las mismas partes, da lugar a situaciones muy complejas, de las que la práctica ofrece un amplio repertorio.

### c) *La restauración de la igualdad*

Por último, en el ámbito de los problemas en sentido lato procesales, ha de mencionarse el que frecuentemente plantea la fórmula de la decisión estimatoria y la que, en conexión con ella, entraña su ejecución. Como es evidente, el carácter relacional del principio de igualdad hace posible que la restauración de la vigencia del principio pueda obtenerse mediante la modificación de cualquiera de los dos términos de la relación, esto es, o suprimiendo la carga que sólo sobre algunos pesa, o extendiéndola a todos (respectivamente, eliminando el beneficio del que sólo algunos se benefician o extendiéndolo a todos). Es evidente que, sea cual sea la fórmula empleada, el resultado final no es la pura y simple anulación de una norma, sino la creación de una norma nueva, con lo que, al menos en apariencia, el juez constitucional desborda su conocida caracterización como legislador negativo. Es la voluntad de evitar este posible exceso (y de eludir las resistencias que, fundadas en él, pudiera encontrar la aplicación de la norma nueva) la que ha llevado a la utilización de fórmulas dilatorias, ciertamente atípicas, cuya existencia inevitable es testimonio del problema, no su solución.

### d) *Igualdad y cambio normativo*

Aunque la vigencia del principio de igualdad en el espacio sólo plantea problemas específicos en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, tienen estructura compuesta, es universal la problemática que genera su vigencia en el tiempo o, lo que es lo mismo, la que surge del contraste entre tal principio y el cambio normativo, pues si el criterio último de la razonabilidad ha de ser la conciencia jurídica de la comunidad, también puede entenderse necesitado de justificación, desde esta perspectiva, si no el cambio mismo, y quizás ni siquiera su momento, sí el modo en el que el cambio se opera, y en particular la existencia o inexistencia de normas intertemporales (53).

---

(53) Cfr. Dürig, en MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, KLEIN, *Grundgesetzkommentar*, art. 3.1, §§ 194 a 233; sobre el problema del cambio de jurisprudencia, §§ 403 a 408.

e) *Igualdad y «acción positiva»*

Para concluir, es inexcusable una breve referencia a las muchas cuestiones que suscita la tensión entre el principio de igualdad y la llamada acción positiva o discriminación inversa. Esa tensión no surge, como a veces se ha sostenido, de una hipotética contradicción entre el principio de igualdad y aquella acción del legislador que, a veces por imperativo constitucional (artículo 9.2 CE), tiende a corregir las diferencias producidas por la libre actuación de los hombres en la sociedad. El entendimiento rigurosamente «igualitario» del principio sólo opera, y aun con algunas limitaciones, en el ámbito de los derechos políticos y las libertades, y, en consecuencia, nada impide en principio al legislador dotar de relevancia jurídica a esas diferencias sociales. El problema se plantea realmente porque, en no pocos casos, los grupos en situación de desventaja social están definidos precisamente por alguno de aquellos criterios (la raza y el sexo, especialmente) cuya utilización jurídica está expresamente prohibida por la Constitución. El legislador se ve así colocado en una aporía, de la que sólo puede salir, con la ayuda del juez, mediante una derogación parcial de la norma prohibitiva o, al menos, una considerable reducción de su eficacia. La justificación de la razonabilidad de la decisión resulta, sin embargo, especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, mediante la apelación a la «conciencia jurídica de la comunidad», pues, como fácilmente se entiende, situaciones de este género sólo pueden producirse cuando la conciencia social está escindida, de manera que, en tanto que una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación.

Estos son, creo, los principales problemas que la aplicación del principio de igualdad plantea a la jurisdicción constitucional, y es, en consecuencia, la postura que respecto de ellos ha adoptado nuestro Tribunal Constitucional la que debería servir de punto de vista para valorar su obra que, por el contrario, suele ser censurada o alabada sin tener en cuenta otra cosa que la solución dada a cada caso concreto. Esta limitación de la perspectiva, que ignora la verdad elemental de que el Tribunal Constitucional, como cualquier otro órgano jurisdiccional, no puede convertir en ley la voluntad subjetiva de sus miembros, y de que la justicia del caso concreto no puede alcanzarse nunca haciendo violencia a la delicada estructura del ordenamiento jurídico, es quizás inevitable, aunque lamentable, en la prensa periódica (o, más ampliamente, en los medios de comunicación), pero es imperdonable en el jurista e incluso en el político mínimamente ilustrado.

El principio de igualdad es el foco de la tensión entre legislador y juez,

entre política y Derecho, y es, en consecuencia, su aplicación la que más frecuentemente suscita acusaciones de activismo judicial o de abdicación del juez ante la arbitrariedad del legislador. El término medio entre estos dos excesos del activismo y la pasividad, es, como se sabe, la famosa autolimitación (*self-restraint*) del juez, una virtud que, paradójicamente, se exige sólo de los titulares del único poder estatal que carece de iniciativa propia. Esta supuesta virtud, que no debe ser confundida con la mesura, la ponderación y otras virtudes exigibles de quienes adoptan decisiones que obligan a otros, tiene por eso también la notable peculiaridad de que sólo puede ser apreciada por quienes concuerdan con la decisión que merced a ella se adopta. Como esta concordancia, a su vez, sólo es legítima si se apoya en una misma interpretación de las normas, existen algunas razones para sostener que la virtud en cuestión no es virtud alguna y que debe ser olvidada al valorar la obra de los jueces. Al menos en lo que toca al principio de igualdad.