

EL CONCEPTO DE «IGUALDAD» EN UNA DEMOCRACIA AVANZADA: UN ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*)

JOAQUIN MARTIN CUBAS

SUMARIO: I. ¿QUÉ ES LA IGUALDAD?—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. LOS CRITERIOS DE RELEVANCIA.—IV. LA IGUALDAD DE LOS GRUPOS.—V. ¿IGUALDAD MATERIAL? ¿IGUALDAD REAL?—VI. LA IGUALDAD REDISTRIBUTIVA.—VII. CUESTIONES PENDIENTES.—VIII. CONCLUSIÓN.

I. ¿QUE ES LA IGUALDAD?

La Constitución española ha establecido como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad. ¿A qué igualdad se referían nuestros constituyentes cuando redactaron el artículo 1.1 de la Carta Magna? ¿Es la igualdad de la que habla el artículo 1.1 la misma igualdad de la que hablan otros artículos de la Constitución?

La Constitución española se refiere a la igualdad en tres artículos claves para su correcto entendimiento —el artículo 1.1, el artículo 14 y el artículo 9.2— y no con el mismo significado en todos ellos. Al respecto, la doctrina se ha planteado fundamentalmente dos problemas que obviamente tienen elementos de conexión: en primer lugar, si la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento es posible concebirla de forma autónoma o resulta un valor subordinado al de la libertad, auténtico valor superior; y, en segundo lugar, si la igualdad a la que se refiere nuestra Constitución es la igualdad formal o la igualdad material.

Decimos que son problemas interconectados porque, entre otras cosas, la crítica fuerte frente a la igualdad formal es del tipo: ¿para qué nos sirven los

(*) Este trabajo forma parte de una investigación mayor sobre las teorías de la democracia y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

derechos políticos o las libertades individuales si las condiciones materiales nos impiden hacer un adecuado uso de las mismas? (1). La respuesta iría implícita en la pregunta: necesitamos una «igualdad material», y no sólo «formal», para poder hacer un adecuado uso de estos derechos políticos y libertades individuales, esto es, para poder ser libres. La igualdad que reclamamos es la igualdad que implica y es reclamada por la libertad (2).

Ahora bien, habría que precisar en qué consiste la «igualdad formal» y la «igualdad material». La primera es la que se conoce normalmente como igualdad ante la ley, producto de la revolución liberal-burguesa y que queda plasmada: en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), pueden optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos»; en el artículo 2 de la Declaración de 1793: «La igualdad consiste en que todos tengan los mismos derechos», y en el artículo 3 de la Constitución de 1795: «La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. La igualdad no admite distinción alguna por razón de nacimiento ni herencia alguna de poderes.»

Este principio de igualdad, típicamente liberal, implica que la ley es una norma de carácter general y que se aplica igualmente a todos (3). Ahora bien, es de destacar que esta igualdad es proporcional en base al mérito (en el sentido aristotélico): se puede optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según la capacidad, sin otra distinción que la de la virtud y la del talento. Podría parecer, en primera instancia y como cree un sector de nuestra doctrina (4), que la «igualdad formal» se correspondería con el artículo 14 de nuestra Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

(1) Véase, por ejemplo, el último R. DAHL: *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, pág. 336.

(2) G. SARTORI: *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 417: «Se nos escapa con frecuencia —como sucede con casi todo lo que es obvio precisamente por ser obvio— que la libertad significa cuando existe efectivamente libertad *igual*, la *misma* libertad para todos y cada uno.»

(3) RUBIO LLORENTE, incidiendo en otros aspectos, la define caracterizada por su generalidad, su duración indefinida y su abstracción. Véase «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

(4) Entre otros muchos, E. ALVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 263, o J. AROZAMENA SIERRA: «Principio de igualdad y derechos fundamentales», en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 419 y sigs.

La segunda igualdad, la «igualdad material», también llamada igualdad real o efectiva haría referencia a la igualdad de las condiciones materiales, esto es, de bienes y recursos y se correspondería con la igualdad numérica aristoteliiana. Para algún sector de nuestra doctrina (5), ésta es la igualdad que se proclama en el artículo 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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.»

Sobre estas bases, ¿es posible responder a la pregunta que nos formulábamos? ¿La igualdad de la que hablan estos artículos de nuestra Constitución es la «igualdad formal» o la «igualdad material»? Nos tememos que sea imposible, por el momento, dar respuesta a tal pregunta. La distinción entre «igualdad formal» e «igualdad material», a nuestro entender, puede ser insuficiente, cuando no errónea. Aquí vamos a intentar ofrecer alguna respuesta mediante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución.

Pero antes de ello, conviene que hagamos referencia a otra tipología de la igualdad que presenta unas características quizá más atinentes a nuestras necesidades, esto es, al estudio del modelo de democracia constitucional. Giovanni Sartori en *Democrazia Cosa è* (6) considera los siguientes tipos de igualdad:

1. *Igualdad jurídico-política*, esto es, a cada uno los mismos derechos jurídicos y políticos, o sea, el poder legalizado de oponer resistencia al poder político.

2. *Igualdad social*, esto es, a cada uno la misma importancia social, es decir, el poder oponerse a la discriminación social.

3. *Igualdad de acceso*, esto es, igual reconocimiento a igual mérito. A cada uno las mismas oportunidades para ascender, es decir, el poder hacer que se tomen en consideración los propios méritos.

4. *Igualdad de partida* entendida como *comienzo igual*, es decir, a cada uno el mismo poder inicial necesario para adquirir el rango y la capacidad que cualquier otro.

5. *Igualdad económica relativa (al positivo)*, esto es, la misma riqueza para todos entendida como una relativa igualdad-proximidad en el haber y de los bienes.

6. *Igualdad económica radical (al negativo)*, esto es, nada a nadie, el po-

(5) Véase, de nuevo, E. ALVAREZ CONDE: *Op. cit.*, pág. 263, o J. AROZAMENA SIERRA: *Op. cit.*, págs. 419 y sigs.

(6) G. SARTORI: *Democrazia Cosa è*, Rizzoli Libri, Milán, 1993, pág. 183.

seedor de los bienes económicos es otro, el Estado. Por tanto, ningún poder económico para nadie.

7. *Igualitarismo total*, esto es, todos idénticos en todo.

Por lo demás, es conocido su criterio según el cual las igualdades 1, 2 y 3 conllevan necesariamente libertad, mientras la 6 y la 7 niegan la libertad, siendo la 4 y la 5 polivalentes, en parte liberan, en parte no y esto dependerá de cómo se apliquen los «criterios de igualdad».

Parece que, por fin, podemos adelantar algo en el camino de definir los criterios que identifican la igualdad «en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar» (7). En este marco, igualdad ha de entenderse, en el sentido apuntado por Sartori, como igualdad jurídico-política, igualdad social, igualdad de acceso, y también como igualdad de partida e igualdad económica relativa (al positivo), dependiendo estas dos últimas de cómo se apliquen los «criterios de igualdad». Ello debido a la necesidad en un sistema democrático de hacer compatibles libertad e igualdad o, dicho en términos jurídicos y atendiendo a nuestra Constitución, a que los valores superiores del ordenamiento jurídico son, entre otros, la libertad y la igualdad y los dos lo son, por lo que no sería admisible un entendimiento de la igualdad que implicara la negación de la libertad o, al contrario, una concepción de la libertad que implicara la negación de la igualdad. Sólo es concebible en un régimen democrático la igualdad compatible con la libertad. Es más, diríamos que la libertad exige para ser efectiva (y esto es lo que pretende el artículo 9.2 de nuestro Texto constitucional) todos los tipos de igualdad compatibles con la libertad.

Ahora bien, Sartori dice que la igualdad de partida y la igualdad económica relativa (al positivo) son compatibles con la libertad dependiendo de cómo se apliquen los «criterios de igualdad». ¿A qué se refiere Sartori con este término, «criterios de igualdad»? Serían los siguientes (8):

I. *Lo mismo para todos*, es decir, reparto igual (de beneficios o de cargas) entre todos.

II. *Lo mismo para los semejantes*, es decir, reparto igual (de beneficios o de cargas) entre los iguales y, en consecuencia, reparto desigual entre los desiguales y aquí hay que destacar cuatro sub-criterios:

a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente.

b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes.

(7) G. PECES-BARBA: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 118 y sigs.

(8) G. SARTORI: *Democrazia Cosa è*, op. cit., pág. 185.

- c) A cada uno según su mérito (o capacidad).
- d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo).

El criterio I es eminentemente el principio de los sistemas legales que establecen leyes iguales y la igualdad ante la ley, se traduce en el principio de la «generalidad» de las leyes, esto es, que las leyes son iguales y el trato que recibimos de las mismas es el mismo si, y sólo si, las leyes son generales, mientras que las leyes sectoriales, las que benefician a sectores o bloques determinados de la población no son iguales a tenor de este criterio.

El criterio II es la igualdad proporcional aristotélica. En palabras de Sartori «ya no decimos «a todos lo mismo», sino «a cada cual lo mismo». Con lo cual la cuestión es: ¿qué igualdad es la relevante? y esto se convierte en un problema mayor: «¿porqué esas diferencias y no otras (del mismo tipo) tienen que considerarse relevantes?». En la medida que los criterios de igualdad son mutuamente contradictorios y excluyentes entre sí, Sartori piensa que la única solución es la que él llama «un sistema eficaz de compensaciones recíprocas entre las desigualdades» (9), o sea, un sistema de fuerzas contrapuestas en el que cada desigualdad tienda a compensar otra desigualdad (10). En este sistema es claro que caben diversos equilibrios, unos «mejores» que «otros». ¿Cuál sería el mejor? Para Sartori es el que obtenga una eficacia mayor del equilibrio pretendido y/o una adhesión mayor a los valores de justicia predominantes en una sociedad concreta en un momento determinado:

«En la historia, lo que cada época considera como un progreso hacia una mayor igualdad, refleja o una realización más plena del mismo sentido de la justicia o la entrada en vigor de nuevas normas orientadas por un sentido distinto de la justicia.. siempre tratamos de eliminar *algunas* desigualdades: las disparidades que agravan, no las múltiples desigualdades que pasan desapercibidas, o que son aceptadas como normales o se consideran irremediables... un sistema de cancelación recíproca de las desigualdades se organiza siempre históricamente

(9) G. SARTORI: *Democrazia Cosa è*, op. cit., pág. 190.

(10) N. LUHMAN: *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, pág. 32: «Si es posible hablar de una "lógica del Estado del Bienestar", ésta sólo puede ser comprendida mediante el principio de compensación. Se trata de la compensación de aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida. La experiencia nos enseña, sin embargo, que el concepto de la compensación tiende a universalizarse, ya que según como se formulen los problemas, todas las diferencias pueden ser compensadas y aun así, siempre quedan diferencias o aparecen nuevas carencias que, a su vez, exigen ser compensadas. Cuando todo debe ser compensado, habrá de serlo también el mismo compensar. El concepto y el proceso de la compensación devienen reflexivos. Pero de este modo la competencia para compensar alcanza también sus límites materiales y conceptuales y cae en el problema de la competencia para compensar la incompetencia».

en respuesta a los cambiantes centros de gravedad, es decir, en respuesta a los valores y prioridades cambiantes en relación con lo que se considera justo» (11).

De lo dicho hasta ahora, nuestra hipótesis de partida sería que la igualdad a la que se refiere el artículo 1.1 de la Constitución son los «tipos de igualdad» compatibles con la libertad, valor superior de nuestro ordenamiento, y el problema lo hemos situado en el artículo 14, esto es, los criterios de igualdad o, mejor, en cómo han de aplicarse estos criterios de igualdad. Y hemos visto que en los casos problemáticos, el problema se reduce a determinar qué es lo relevante y que esto depende de los valores de justicia predominantes en una sociedad histórica determinada y los que dicen cuáles sean esos valores de justicia en un momento determinado son primariamente el Parlamento y los jueces y, en última instancia, en una sociedad democrática, el pueblo que con sus decisiones a través de elecciones periódicas ha de conformar aquéllos de acuerdo con sus propios valores predominantes. Hemos visto también que la propia Constitución establece lo que podríamos denominar «criterios de relevancia», uno de los cuales —quizá el más importante por su carácter general— sería el establecido en el artículo 9.2 cuyo recto entendimiento no habría que limitar a las condiciones materiales, sino que admitiría otras lecturas.

Sobre estas bases, es ya posible abordar el estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional con el objetivo fundamental de averiguar «su concepto de igualdad» a efectos de situarnos en el modelo democrático pertinente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias formulará la distinción entre «igualdad en la aplicación de la ley» e «igualdad en la ley», útil en el mundo de la aplicación del ordenamiento jurídico pero poco útil a nuestros efectos. Por ello, nos centraremos únicamente en la igualdad en la ley, esto es, la «obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma, o de no anudar consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables de los supuestos de hecho legítimamente diferenciados» (12) o, dicho de otra forma,

(11) G. SARTORI: *Teoría...*, op. cit., pág. 437.

(12) STC 83/1984, de 24 de julio.

«el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)» (13).

Para el Tribunal, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación (art. 14 de la Constitución), es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. Y ello puede ser leído sin ninguna alteración en los términos establecidos anteriormente, esto es, para la efectividad de los valores superiores, entre ellos la igualdad (los tipos de igualdad compatibles con la libertad), la Constitución ha establecido en el artículo 14 los «criterios de igualdad» que son tanto la universalidad de la Ley como la diferenciación de situaciones distintas que exigen un tratamiento distinto. A estos y sólo a estos efectos se requiere la razonabilidad (relevancia) de la diferenciación. Un criterio de relevancia es el establecido por el artículo 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.» Sin embargo, como se aprecia en la cita el Tribunal no menciona la libertad, olvido objetable en la medida que es el término esencial del precepto al condicionar el entendimiento de la igualdad en el sentido apuntado.

Por otro lado, el Tribunal entiende que la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente queda con carácter general confiada al legislador, si bien con ciertos límites: los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2), en general cualquier precepto de la Constitución y, obvio es, la esencia del propio principio de igualdad. Ahora bien, la sentencia continua diciendo:

«Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo

(13) STC 34/1981, de 10 de noviembre.

darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.»

El Tribunal recoge ya un criterio para valorar la relevancia en orden a establecer diferenciaciones en el tratamiento o, mejor, dos criterios: primero, la necesidad de una justificación razonable y objetiva; y, segundo, que ésta debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La doctrina ha ido sistematizando, al hilo de la doctrina constitucional, las condiciones de una diferencia de trato justificada constitucionalmente. García Morillo (14) lo resume diciendo: «La cláusula de la igualdad ante la Ley no impide, pues, otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho —esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en quinto lugar, en fin, que la racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que las justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima».

No obstante la «bondad» de estos criterios, su aplicación plantea también interrogantes, cuando no problemas. En la sentencia comentada podemos encontrar anunciado el gran problema de la aplicación del principio de igualdad al quedar explicitado en el Voto particular que formula Luis Díez-Picazo:

«Si lo que se quiere examinar en cada caso es el carácter razonable y justificado de cualquier consecuencia jurídica que el legislador conecte con cualquier supuesto de hecho que pueda entrar en comparación con otro —cosa obviamente siempre posible— el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es en puridad competencia

(14) J. GARCÍA MORILLO: «La cláusula general de igualdad», en *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 151. Se puede consultar también el magnífico trabajo de E. ALONSO GARCÍA: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 21-92.

del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho a cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal.»

El problema es que determinar la «relevancia» de una diferenciación supone una valoración, una opción valorativa (15). Ya en el apartado anterior habíamos establecido que necesariamente respecto a la igualdad de partida y a la igualdad económica relativa (al positivo) era necesario ponderar los criterios de igualdad aplicables («lo mismo para todos» y «lo mismo para los semejantes») y, claro está, ello conllevaba la aplicación del concepto de relevancia que es un concepto que implica valoración y se sitúa en el ámbito de las opciones que tiene que decidir el legislador o los jueces. La máxima concreción que podíamos hacer del mismo era que la ponderación de la relevancia debía hacerse de acuerdo con los valores predominantes en una sociedad histórica dada, que en nuestro caso viene definida por el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar. Ahora bien, como plantea el profesor Díez-Picazo la necesidad de «valorar» se traduce en términos jurídicos en el problema de los límites de la actuación de la jurisdicción constitucional. Hasta el momento nos habíamos limitado a decir que esa valoración la debía realizar el legislador o los jueces (también el Tribunal Constitucional). Obviamente, en este caso, nos encontramos con dos valoraciones, una primera del legislador y otra segunda del Tribunal Constitucional. ¿Cuándo y con qué efectos puede el Tribunal Constitucional entrar a valorar la valoración del legislador?

El Tribunal Constitucional es el órgano competente para resolver la prevalencia de su valoración de la «relevancia», en los casos en que —como hemos visto— ésta se ha de dar, frente a la valoración del legislador en la medida en que las normas-producción de normas de nuestro ordenamiento jurídico así lo hayan establecido, si bien no hay que olvidar que la legitimidad democrática

(15) N. BOBBIO: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pág. 74: «La relevancia o irrelevancia se establece por la elección del valor y, por tanto, está históricamente condicionada».

del Tribunal Constitucional es una legitimidad derivada (aunque legitimidad al fin y al cabo) por lo que la «preeminencia democrática» del Parlamento podría conducir a una norma de interpretación del ordenamiento en casos como el que analizamos según la cual el Tribunal Constitucional habría de partir de la presunción de que la valoración de la «relevancia» de la diferenciación hecha por el Parlamento es conforme a la Constitución y, por tanto, trasladar la carga de la prueba a la parte contraria a esta presunción (16). Sobre este punto tendremos que volver, pero pensamos que ha quedado claro que es necesaria la valoración de la relevancia, que la han de realizar tanto el legislador como los jueces (también el Tribunal Constitucional) y que en caso de conflicto entre la valoración del legislador y del Tribunal Constitucional prevalece la de éste último, pero la «preeminencia democrática» del primero exige la adecuación a ella de las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico por el propio Tribunal Constitucional.

Pues bien, estimamos que una respuesta convincente a este problema la ofrece Robert Alexy (17). Este autor, al enfrentarse con el significado del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn («Todas las personas son iguales ante la ley»), entiende que hay que interpretarlo no sólo en el sentido de *igualdad en la aplicación del derecho*, sino también en el de *igualdad en la formulación del derecho*. Ahora bien, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. La clave sigue estando en la fórmula clásica: «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.» Esta fórmula, obviamente, no puede ser interpretada en clave formal, esto es, como un postulado de una práctica de decisión universalista, pues el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que es siempre posible. Por tanto, resulta necesario interpretarla como exigencia a su contenido, como un mandato no tanto de igualdad formal como de igualdad material. Pero aquí empiezan de nuevo los problemas, pues nunca dos personas o dos situaciones son iguales o desiguales en todos los aspectos. Necesariamente, tenemos que valorar, teniendo en cuenta que si ha de ser posible un orden jurídi-

(16) A esta idea, en el fondo, responde también la doctrina del *self-restraint*. En cualquier caso, las dudas que suscita tal técnica son manifiestas en las palabras de Rubio Llorente para el cual «es evidente que su misma existencia es un *testimonium pauperatis* como pretensión de organizar un *government by laws, not by men*» (en «Prólogo» a E. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. XXIV).

(17) R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 381-418.

co diferenciado, la igualdad (desigualdad) valorativa tiene que ser relativizada. Se trata de una igualdad valorativa relativa a igualdades (desigualdades) fácticas parciales, relativa a determinados tratamientos y relativa con respecto a un criterio de valoración que permita decir qué es valorativamente igual o desigual: «La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa.» De ahí, que los dos grandes problemas de la máxima de la igualdad sean: «primero, si y en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima de igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional». La respuesta a ambos problemas necesariamente ha de estar vinculada.

Alexy parte de la idea de que puede distinguirse entre una versión fuerte y una versión débil de la máxima de la igualdad. La primera es rechazable pues de lo que se trataría es de la solución ideal, de la más justa o funcional y cómo no existe un conocimiento seguro de la norma respectivamente más justa y funcional, el legislador tendría que plegarse siempre al criterio de lo justo del que hiciera gala el Tribunal Constitucional. La solución radica pues en la *versión débil* de la máxima de igualdad, esto es, en establecer «los límites a la libertad de configuración del legislador definidos por el concepto de arbitrariedad y, por tanto, no de la igualdad valorativa en un sentido ideal, sino limitado». Esta versión es la que explica la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn (comparable al caso español) en el sentido de que «la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria». Esto es, el artículo 3.1 establece un mandato de tratamiento igual en el sentido de la fórmula:

— Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

Como se observa, no se prohíbe el tratamiento desigual, sino que para permitirlo viene exigida una razón suficiente que lo justifique. De ahí la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales.

Ahora bien, la máxima «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» puede exigir también el tratamiento desigual. Pero en este caso, la fórmula no puede ser del tenor «si no hay ninguna razón suficiente para la permi-

sión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual», pues con ello la máxima de igualdad «perdería toda orientación a la igualdad» y se vería reducida a una exigencia en todo caso de fundamentación. Alexy entiende que si queremos mantener el sentido material de la máxima de igualdad, la fórmula de tratamiento desigual tiene que tener la siguiente forma:

— Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.

La diferencia con la fórmula anterior es clara. Mientras que en la primera sólo se «permite» el tratamiento desigual si hay una razón suficiente para su admisibilidad y en caso de que no exista es obligado tratar igual, en la segunda se «ordena» el tratamiento desigual porque hay una razón suficiente que «lo exige».

Es claro, que la interpretación en este sentido del mandato constitucional de la igualdad mantiene la distribución competencial entre legislador y Tribunal Constitucional en unos términos admisibles: «hay casos en los cuales la máxima general de igualdad no ordena ni un tratamiento igual ni uno desigual sino que permite tanto un tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción» (18). Lo que se ha hecho es establecer unos límites a la competencia del legislador. Otra cosa, como es obvio, es que en el control del legislador por el Tribunal Constitucional del respeto de esos límites tenga preferencia la estimación del Tribunal Constitucional.

II. LOS CRITERIOS DE RELEVANCIA

Respecto a los criterios de «relevancia», el Tribunal entiende que en la determinación de qué deba entenderse por desigualdad que entrañe discriminación la propia Constitución obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales

«descuella el principio del Estado social y democrático de derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del artículo 9.2, que prescribe a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la

(18) R. ALEXY: *Op. cit.*, pág. 400.

legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (19).

Esta interpretación, siendo que se trata de aplicar el artículo 14, parece confirmar que el contenido de la igualdad como valor establecido en el artículo 1.1 de la Constitución no es otro que los tipos de igualdad compatibles y exigidos por la libertad en un Estado social y democrático de Derecho; que los criterios de aplicación de la igualdad son los establecidos en el artículo 14 de la Constitución (por lo demás, con una deficiente redacción —fruto de otros tiempos— que el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a matizar a lo largo de sus sentencias); y, por último, que el artículo 9.2 no se refiere tan sólo a la igualdad material (término que, posiblemente, debemos descartar), sino que establece un criterio de relevancia para aplicar, al menos, en los tipos de igualdad cuya compatibilidad con la libertad depende de los criterios de aplicación de la igualdad (entre los dos criterios generales, la relevancia determina la posibilidad de la diferenciación de situaciones y de consecuencias ligadas a las mismas), pero es que, además, el artículo 9.2 va *más allá* de las «condiciones materiales» (habla en general de «condiciones») y son otros los artículos de la Constitución los que, al especificar criterios de relevancia, inciden en las «condiciones materiales», como es el caso, y así nos lo indica el Tribunal Constitucional, de determinados preceptos del Capítulo III del Título I.

Con lo anterior no quiere decirse que todos los criterios de relevancia se encuentren especificados en la Constitución (pueden existir otros que se deduzcan de ella, para lo cual es necesario la integración hermenéutica realizada por el Tribunal), sino simplemente que no estamos ante una zona del derecho abandonada a una suerte de opiniones, de Derecho natural o de reino de la moral, sino que estamos ante normas positivizadas que hay que integrar. Posiblemente ese campo que dejábamos a la valoración de los operadores jurídicos «en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático de Derecho intenta plasmar por medio de los valores superiores» sea más reducido de lo que cabría pensar en principio.

Así, y por ejemplo, el Tribunal Constitucional entiende que entre tales criterios de relevancia

«se encuentra el del artículo 50, que ordena a los poderes públicos garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, «la suficiencia

(19) STC 19/1982, de 5 de mayo.

económica de los ciudadanos durante la tercera edad»... El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo, lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno.»

Parece, pues, que las cosas vayan encajando en su sitio y que la complejidad de ese fenómeno de la «igualdad» no sea tal. Quizá, el origen del problema se genera en una distinción posiblemente equívoca por su indefinición: aquella que distingue entre, por un lado, igualdad formal, igualdad jurídica o ante la ley y, por otro lado, igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Como muy bien dice Sartori «cuando decimos que determinados tipos de igualdad son formales, queremos decir (cuando sabemos lo que estamos diciendo) que son, en primer lugar, *tratamientos iguales*, y que lo que hace igual a un tratamiento es precisamente la forma en la que se expresa. De ahí que no esté justificado descartar la igualdad jurídico-política afirmando que *no es real*. Esta es también una formulación equivocada. Si es cierto que la igualdad jurídica y la política sirven de apoyo (como condiciones necesarias) a las otras igualdades, son tan *reales* como lo que se deriva de ellas» (20). Por tanto, igualdad real y efectiva, sería tanto la igualdad formal como la igualdad material y, en este sentido, nos gustaría recordar una vez más los términos exactos de artículo 9.2 que, esta vez sí, son acertados: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que *la libertad y la igualdad* del individuo y de los grupos en que se integran sean *reales y efectivas*.»

IV. LA IGUALDAD DE LOS GRUPOS

Interesa citar con cierta extensión la Sentencia 14/1983, de 28 de febrero. En esta Sentencia se dice:

«La vulneración del principio de igualdad ante la Ley, recogido en el artículo 14 de la Constitución, la apoya la entidad recurrente, en que el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral, crea una desigualdad procesal discriminatoria por circunstancias personales o económico-sociales, al exigir la consignación para recurrir sólo al empresario y no al trabajador, al que claramente privilegia. Pero esta posición es ciertamente rechazable, atendiendo a la expresa doctrina adoptada en la citada Sentencia de 25 de enero pasado, que precisó, partiendo de que el referido artículo 14 no establece un principio de igualdad absoluta, que al poderse y deberse tener en consideración razones objetivas que justifiquen la

(20) G. SARTORI: *Teoría de la Democracia*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 433.

desigualdad de tratamiento legal, resulta indudable que debía admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuyera al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria, que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos, y a la posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro en la relación de trabajo que les une, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico, compensador e igualatorio, a través de las normas sustantivas y también de las procesales, que impiden o reducen esa desigualdad material, y que actualmente tienen el fundamental apoyo del artículo 9.2 de la Constitución, que exige a todos respetar y promover la igualdad del individuo y de los grupos como reales y efectivas, superando la igualdad meramente formal, y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley fundamental, por lo que indudablemente se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del derecho laboral, exigiendo e imponiendo un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador» (21).

Se aprecia claramente que nos encontramos ante el tipo «igualdad de partida» y que, por tanto, cabe acudir a los criterios de igualdad y es posible aplicar el criterio «lo mismo para los semejantes» en cuanto nos encontramos con unas situaciones diferenciadas por una «relevancia» que es la establecida por el artículo 9.2. Cabe añadir ahora la crítica a la expresión «restablecimiento de la igualdad real». ¿A qué *igualdad real* se refiere? Indudablemente se está pensando en la igualdad de condiciones económicas, como luego deja claro, pero ¿restablecimiento o establecimiento?

En cualquier caso se introduce un elemento de singular importancia en nuestro discurso. Las sentencias están confirmando la relevancia de determinadas situaciones no individuales, sino de grupo, esto es, la situación de los trabajadores frente a los empresarios, lo que conecta con la consideración de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los *grupos* en que se integran los individuos sean reales y efectivas del artículo 9.2. El Tribunal Constitucional ha considerado en las sentencias citadas que los trabajadores como grupo están en una condición económica y material que hay que tener en cuenta, es relevante, para que su libertad y, por tanto, su igualdad respecto al otro grupo de la comparación sean reales y efectivas. Conviene subrayar la redacción que

(21) Ya antes en la Sentencia 3/1983, de 25 de enero, había afirmado que con el artículo 9.2 «se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio igualdad acorde con la definición del artículo 1 (...) que exige un mínimo de desigualdades formal en beneficio del trabajador».

hemos dado a la frase, pues no es la misma que la del Tribunal: no se trata de obtener una igualdad material (como algunos piensan) en cuanto bienes económicos, sino de obtener una *libertad e igualdad reales y efectivas* y esto se consigue tanto mediante la mal llamada a veces igualdad formal (que es real y efectiva) como mediante la mal llamada igualdad material (que depende lo que se entienda por ella puede ser real y efectiva). En cualquier caso, aquí nos interesa retener que en estas sentencias el Tribunal encuentra un elemento «relevante» para aplicar el criterio diferenciador de la igualdad respecto de un tipo de igualdad, la «igualdad de partida», que para poder considerarlo acorde con la libertad —y, por tanto, con la Constitución— exige la anterior relevancia.

Es interesante comparar esta «relevancia trabajadores *versus* empresarios» con otra «posible» relevancia, la de «mujeres *versus* varones» y el tratamiento que recibe ésta por parte del Tribunal. En un primer momento, el Tribunal rechaza la diferenciación con base en la protección de la mujer en cuanto que «por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14»:

«cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de la demostración de carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación como ocurre con el sexo, además de con la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones» (22).

Sin entrar en el caso concreto, lo cual exigiría plantearse el juicio de relevancia en concreto y no en abstracto (no para todas las decisiones jurídicas tiene que ser relevante el sexo de los afectados), vemos de nuevo las complicaciones innecesarias a las que nos conduce una mala distinción en el origen. El artículo 14 es un artículo cuya redacción es inadecuada para un Estado social y democrático de Derecho, responde a un estadio ya superado de la configuración del poder. Tal redacción se corresponde con una sociedad que todavía luchaba por que los tres primeros tipos de igualdad (igualdad jurídico-política, igualdad social e igualdad de acceso) fueran disfrutados por todos los ciudada-

(22) STC 81/1982, de 21 de diciembre.

nos de un Estado dado y no sólo por una parte de la población (23). En ese sentido, tradicionalmente los sectores discriminados en estas tres igualdades eran lo que venían definidos por alguna o algunas de las características reseñadas en el artículo 14, esto es, nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, pero podían ser otras las características definitorias. De alguna manera los términos del artículo 14 respondían a una especie de *slogan* en favor de la universalidad del contenido de esos tres tipos de libertad. La necesidad de dar cumplimiento al contenido de tales tipos de libertad lleva a que el constituyente cuando se refiere a cada uno de esos «derechos jurídico-políticos» emplee expresiones del tipo «toda persona» (art. 17, por ejemplo, para la libertad y seguridad), «los españoles» (art. 19, por ejemplo, para el derecho a elegir libremente residencia y a circular por el territorio nacional), «los ciudadanos» (art. 23, por ejemplo, para el derecho de participar en los asuntos públicos), «todos» (art. 27, por ejemplo, para el derecho a la educación). Da la impresión que el constituyente haya reiterado innecesariamente en el artículo 14 una fórmula, «los españoles son iguales ante la ley», que ya recoge normalmente al regular cada derecho en concreto. Pero puede no ser desafortunado decir que no se trata de una reiteración, sino de una mala formulación.

La finalidad del artículo 14 y de las expresiones citadas tiene que ser diferente, y esto lo demuestra el hecho de que no es lo mismo decir «todos», decir «españoles», decir «ciudadanos» o limitar, por ejemplo, el derecho de huelga sólo a los «trabajadores» (art. 28). Como vemos, ni siquiera lo que hemos considerado «derechos jurídico-políticos», en general, responden al criterio de aplicación de la igualdad «lo mismo para todos». La propia Constitución establece diferenciaciones que considera relevantes y ella misma aplica el criterio «lo mismo para los semejantes». No todos los españoles somos iguales en todo, ni siquiera en derechos. Por tanto, la finalidad del artículo 14 no puede ser la misma que las expresiones mencionadas. La finalidad es otra y da la impresión que lo que tenían los constituyentes en mente era establecer los criterios de aplicación de la igualdad y no los tipos o contenidos de la igualdad, pero la fuerza de la tradición a la que nos referíamos más arriba pudo llevar a utilizar una fórmula («lo mismo para todos») que, todo lo más, se aplicaría a ciertos tipos de igualdad y no a otros que exigen considerar en función de la relevancia del elemento diferenciador dos fórmulas, «lo mismo para todos» y «lo mismo para los semejantes».

(23) Al respecto se puede consultar N. BOBBIO: *Igualdad y libertad*, op. cit., págs. 72 y sigs., o J. A. SARDINA PÁRAMO: «Algunas reflexiones sobre la igualdad ante la ley como razonamiento aporético», en AA. VV.: *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 185-186.

Como se ve claramente, el Tribunal intuye el problema y se ve obligado a recurrir a un extraño malabarismo: el artículo 14 veta la diferenciación por razón de sexo, pero, como intuye que esto en todos los casos puede ser una barbaridad, al mismo tiempo admite que pueda existir tal diferenciación por razón de sexo y, como entonces no le salen las cuentas del veto literal del artículo 14 a tal diferenciación, realiza un salto mortal mientras sostiene todos los elementos del entramado y dice que lo que exige el artículo 14 es rigurosidad en la demostración del carácter justificado de la diferenciación.

Ahora bien, tiene razón el Tribunal Constitucional cuando afirma que la protección de la mujer «por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es contrario al artículo 14». Pero es contrario al artículo 14 no en su formulación literal, sino en el sentido que lo venimos entendiendo aquí o, en palabras del Tribunal en el sentido de la fórmula: «el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso» para lo cual es necesario la «existencia de una justificación objetiva y razonable» que «debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 34/1981) (24). Por tanto resta por ver si la diferenciación en el tratamiento de la mujer respecto al varón es razonable en tal sentido, juicio de extremada importancia no sólo en sí mismo, sino también por las consecuencias que anuda el Tribunal a la falta de tal justificación con el objetivo de restablecer la igualdad:

«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 hubiera 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».

(24) BOBBIO en *Destra e Sinistra* mantiene que «la categoría de lo «diverso» no tiene ninguna autonomía analítica respecto al tema de la justicia por la simple razón de que no sólo las mujeres son diferentes a los hombres, sino que cada mujer y cada hombre son diferentes, los unos de los otros. La diferencia se convierte en relevante cuando está en la base de una discriminación injusta. Pero que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diferencia sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual» (Donzelli, Roma, 1994, pág. 64).

Razonable si la diferenciación no era razonable, pero contraproducente si la diferenciación hubiera sido razonable, pues las medidas que en su momento se dieron, aunque fuera en un régimen no democrático, para «promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», desaparecerían en beneficio del grupo privilegiado por las condiciones «sociales» (25).

Este es el panorama, ampliamente criticado por algunos sectores sociales, de las sentencias del Tribunal hasta la Sentencia 128/1987, de 16 de julio (26), que supone una modificación sustancial de la doctrina constitucional. Conviene realizar una larga cita, entre otras cosas, porque también el Tribunal, consciente de su cambio doctrinal, realiza una larga fundamentación. Empieza la Sentencia diciendo:

«... no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí nos interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo. La realidad social (que no puede, a este respecto, ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales contrarios a la discriminación de la mujer) es hoy claramente muy distante de una situación de igualdad, como lo muestra el que, según los datos disponibles (Encuesta de Población Activa, Primer Trimestre de 1987) la tasa de actividad de la población femenina mayor de dieciséis años sea de un 29,1 por 100 consi-

(25) Las medidas de tipo proteccionistas a la mujer posiblemente dependieran de los valores vigentes de la sociedad de aquel momento. Son esos valores los que han modificado y sería, de esta manera, posible entender que al modificarse los valores devienen inconstitucionales tales medidas, por ser contrarias a la Constitución en su sentido de Constitución-viva, lo cual no tiene nada que ver con la conservación de «conquistas sociales», pues es la misma sociedad con sus nuevos valores quienes las rechazan.

(26) Al respecto se puede consultar C. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR: «La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante», *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, págs. 115-130. También, M. L. BALAGUER CALLEJÓN: «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, págs. 99-123, donde además pone de manifiesto el carácter restrictivo de la interpretación del derecho fundamental a la igualdad: «Esto es especialmente visible en aquellos aspectos procesales del procedimiento como, por ejemplo, en la prescripción de la acción tendente a la reclamación del derecho.»

derablemente inferior a la de la población masculina (68,4 por 100, mucho más del doble)» (27).

Como se observa, el cambio es radical y permite mantener, ahora sí, que el artículo 14 adolece de una redacción no ajustada a su verdadero contenido, que lo que se pretendía por los constituyentes era decir una cosa muy distinta de la que finalmente se dijo. Literalmente, «la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo» podrá servir para resolver una situación de inferioridad jurídica, esto es, la falta de reconocimiento jurídico a la mujer de determinados derechos en condición de igualdad con el varón, pero sólo la situación de inferioridad jurídica. Si existía en el constituyente la voluntad de corregir la situación de inferioridad en la vida social de la población femenina, entonces el constituyente estaba pensando en la «igualdad de partida» y en la «igualdad económica relativa (al positivo)» y, por tanto, en la necesidad de establecer no únicamente el criterio de aplicación de la igualdad «lo mismo para todos», sino también el criterio de «lo mismo para los semejantes», de tal forma que se posibilitara constitucionalmente la diferenciación de situaciones en función de ciertos criterios de «relevancia», como es el caso de la situación de inferioridad en la vida social de la mujer frente al varón, cuando existiera una justificación objetiva y razonable. Por tanto erró en la redacción literal del precepto que no se corresponde con esta intención (28), lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a corregir mediante

(27) Habría que anotar que es uno de los primeros y escasos casos donde el Tribunal recurre a lo que se denomina *jurisprudencia empírica*.

(28) El debate constituyente no resulta claro al respecto. Si bien la señora Revilla López al explicar su voto afirma que con este artículo «la mujer adquiere, por fin, la plenitud de derechos», sigue más adelante diciendo «ahora buscamos el futuro y en el futuro queremos simplemente poder ser, para ser lo que podamos» y «para ello necesitamos, además de la igualdad ante la ley, de una sociedad rica en posibilidades de vida y en formas de existencia, una sociedad flexible en sus sistema de trabajo y educación, donde no sean incompatibles la maternidad y el trabajo, la vida familiar y la cultura». Por otro lado, el señor Fraga Iribarne entendía que la redacción podía «dar lugar a dudas de si, por ejemplo, una regulación de que haga falta tener un mínimo o un máximo de edad para un concurso, etc., se puede considerar discriminación» y añadía «someto a la consideración, al buen sentido de la Comisión, si entiende que hablar de discriminación no incluye esto, y retiramos la enmienda». Tales palabras parece que introducen, más que resuelven, grandes dudas sobre la interpretación que daban al artículo los miembros de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. (en *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, págs. 987-988). Igualmente, en la discusión sobre el sentido del artículo 9.2, los grupos de Progresistas y Socialistas Independientes y de UCD parecen aceptar su vinculación con el actual artículo 14, aunque la enmienda para su unión en un único artículo terminaría retirándose (*op. cit.*, págs. 3.136-3.138).

su doctrina la interpretación de tal precepto y en el sentido de la voluntad del constituyente (29).

El cambio doctrinal lo fundamenta el Tribunal de la siguiente forma:

«La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Desde esta perspectiva, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto; así el artículo 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece «que la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada».

Es interesante hacer al respecto al menos dos comentarios:

— En primer lugar, constatar que la Sentencia, citando el artículo 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las for-

(29) TORRES DEL MORAL y SÁNCHEZ GÓMEZ, al analizar las SSTC 166/1988 y 19/1989 llegan a la conclusión de que «abren la posibilidad de fundamentar las diferenciaciones por razón de sexo, incluso el trato favorable a la mujer, en el artículo 14 de la Constitución en vez de hacerlo exclusiva o preferentemente sobre el artículo 9.2. El matiz no es superfluo en absoluto porque aquel precepto está máximamente tutelado mediante el recurso de amparo, lo que no ocurre en éste». («Principio de igualdad y pensiones de viudedad», en *Revista de Derecho Político*, núm. 35, 1992, pág. 45).

mas de discriminación contra la mujer, esto es, Derecho positivo, asume que el establecimiento de tratamientos diferenciados en favor de la mujer «de ningún modo entrañara, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas (estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto». Esto, ¿acaso no es la positivización de lo que Sartori llama las *compensaciones recíprocas entre las desigualdades* para ponderar la aplicación de los distintos criterios de igualdad [Recordemos que venimos hablando en general de dos criterios, «lo mismo para todos» y «lo mismo para los semejantes», pero que este último, a su vez, se subdivide en otros cuatro: a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente; b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes; c) A cada uno según su mérito (o capacidad), y d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)]. Citemos a Sartori: «El problema de la igualdad es siempre establecer un sistema eficaz de compensaciones recíprocas entre las desigualdades, o sea, un sistema de fuerzas contrapuestas en el que cada desigualdad tienda a compensar otra desigualdad. Globalmente, por tanto, la igualdad resulta del juego de acciones y reacciones de un sistema de libertades-igualdades diseñado para compensar y neutralizar las distintas disparidades entre sí.» Aunque esta fórmula Sartori la concibe como descriptiva, él mismo dice que es complementaria con la fórmula normativa de la «reciprocidad compensatoria» de Rawls y semejante a la argumentación de Walzer en *Spheres of Justice* (30). En cualquier caso, la asunción normativa de tal fórmula por parte del Tribunal Constitucional español parece que es patente.

— En segundo lugar, constatar que la Sentencia establece claramente que la justificación de la «relevancia» debe hacerse de acuerdo con «criterios o juicios de valor generalmente aceptados». Y, ¿acaso esto no coincide con los «mejores equilibrios» de los que habla Sartori? Recordemos que con esta fórmula Sartori se refería «en esencia, a una eficacia mayor del equilibrio pretendido y/o una adhesión mayor a los valores de justicia predominantes en una sociedad concreta en un momento determinado».

(30) Véase J. RAWLS: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1978 y, también, M. WALZER: *Spheres of Justice. A defense of pluralism and Equality*, Basic Books, Nueva York, 1983.

V. ¿IGUALDAD MATERIAL? ¿IGUALDAD REAL?

Si atendemos ahora al concepto de «igualdad material» también en la jurisprudencia constitucional encontramos elementos de reflexión. En la Sentencia 171/1989, de 19 de octubre, se dice:

«es igualmente cierto que, en relación con el derecho a la negociación colectiva, el principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución tiene “perfiles” propios (STC 52/1987) y, como dice, de nuevo, la STC 177/1988, «no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos», en razón de las consideraciones que se aducen en ellas y en otras Sentencias de este Tribunal que hemos expuesto.

De lo razonado en los apartados anteriores ha de llegarse a la conclusión de que no puede afirmarse que las diferencias salariales pactadas en la negociación colectiva sean *per se* contrarias al principio de igualdad; sino que habrá de examinarse, en cada caso, la justificación y razonabilidad de las mismas o si resultan o no aceptables dentro de las circunstancias de la Empresa o del sector.»

Hemos afirmado que el concepto de «igualdad material» puede ser un concepto a desterrar por ser un mal concepto, en cuanto que tiene unos límites difíciles de precisar. La sentencia que comentamos aporta elementos que lo confirman. Si la igualdad material —y sabemos que no es cierto— significara «igualdad de ingresos», en la medida que aquélla fuera un objetivo buscado por la Constitución en pos de la igualdad material, el Tribunal se debería haber visto obligado a establecer que las diferencias salariales pactadas son contrarias al principio de igualdad. Claro está, la «igualdad de ingresos» no significa lo mismo que la «igualdad material». Por ésta sería más correcto —y sabemos que no lo es— entender «igualdad de bienes», lo cual en ningún caso es garantizado por la igualdad salarial (o igualdad de ingresos). Al contrario, esta última podría ser perpetuadora de la desigualdad material en este nuevo sentido (igualdad de bienes) y, por tanto, contraria a la «igualdad material».

Pero el Tribunal, cuando dice que las diferencias salariales no son *per se* contrarias al principio de igualdad, no lo dice argumentando que la igualdad salarial sea contraria a la igualdad material, al contrario, dice que «habrá de examinarse, en cada caso, la justificación y razonabilidad de las mismas o si resultan o no aceptables dentro de las circunstancias de la Empresa o del sector». Cuando se refiere a la «justificación y razonabilidad» nadie que nos lea está pensando en la igualdad material sino en el tipo de trabajo realizado o en los tipos de trabajo que se comparan y cuando se refiere a «dentro de las circunstancias de la Empresa o sector», desde luego, no se refiere a la igualdad material. Obviamente, porque la igualdad material en el último sentido apunta-

do no es un objetivo de nuestra Constitución, entre otras cosas porque un concepto indeterminado no puede ser un objetivo de nada.

Sin embargo, es un término que ha calado en nuestra cultura, como tantos otros, debido a la ideologización del conocimiento llevada a cabo por el marxismo. Su uso se ha convertido en tan común que la mayor parte de la doctrina lo usa contraponiéndolo, quizá de forma equivocada, a la igualdad formal y el mismo Tribunal Constitucional lo usa cuando no interfiere en el razonamiento que entiende adecuado, sino que coincide con él, mientras que no lo usa cuando (subconscientemente) comprueba que perturba el discurso argumentativo respecto a la igualdad, como es el presente caso.

Igualdad material entendida como «igualdad de bienes», en primer lugar, no quiere decir nada porque fácticamente es imposible *medir* los «bienes» (una mayor explicación nos conduciría a una larga disgresión y creo que queda bastante claro lo que se quiere decir) (31) y, en segundo lugar, no es un objetivo de nuestra Constitución, en ese sentido, porque la Constitución sólo admite y exige la igualdad que es compatible y viene exigida por la libertad. Y exigir una —irrealizable, por otra parte— igualdad de bienes es claramente imposible en la medida que, hoy por hoy, sólo podría hacerse a costa de la libertad.

Una segunda reflexión nos suscita la expresión «perfiles propios» de la igualdad en las sentencias citadas, esto es, las SSTC 52/1987, de 7 de mayo, 136/1987, de 22 de julio y 177/1988, de 10 de octubre. Ese «no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos» no es sino resultado de la deficiente construcción doctrinal del Tribunal Constitucional del principio de igualdad y en concreto del artículo 14 en el sentido que venimos apuntando en nuestro discurso. Más bien pensamos que el entendimiento del artículo 14 como positivización de los criterios de aplicación de la igualdad en el sentido apuntado por Sartori, y que nosotros estamos siguiendo, deja en nada eso que el Tribunal llama «perfiles propios». Formalmente, en cuanto procedimentales, los criterios de igualdad son únicos. Los «perfiles propios» sólo se pueden entender materialmente y desde esta perspectiva tiene razón el Tribunal Constitucional, pero habría que añadir que la igualdad presenta perfiles propios en cada rama del ordenamiento jurídico, más aún, que presenta perfiles propios en cada caso concreto dependiendo de todos los factores que entran en juego en su aplicación.

(31) Véase N. BOBBIO: *Igualdad y libertad*, op. cit., págs. 79-82.

VI. LA IGUALDAD REDISTRIBUTIVA

Hasta ahora nos hemos centrado en el estudio crítico de los planteamientos generales de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad, con la excepción de las referencias que resultaban de obligado cumplimiento por aquellos mismos planteamientos, especialmente y a los efectos de nuestro estudio, la diferenciación por «relevancia» de las parejas trabajador-empresario, mujer-varón. Nuestra intención ahora es referirnos a casos concretos de la aplicación de los criterios de igualdad.

Obviamente, como sostiene Sartori, la «igualdad de partida» y la «igualdad económica relativa (al positivo)» son «vecinas», en la medida que la primera exige la segunda. Como decíamos en el apartado primero de este Capítulo, la *igualdad de partida* es una subespecie de la igualdad de oportunidades y Sartori la distingue de la otra subespecie, *igualdad de acceso*. La primera exige la reivindicación de una relativa igualdad económica que se diferencia de la igualdad económica, entendida en su sentido genérico, en la medida en que los instrumentos para obtener unas igualdades de partida no son necesaria y únicamente instrumentos económicos. Como a nuestros efectos, y en este momento, tal distinción nos resulta innecesaria las estudiaremos conjuntamente.

Un primer ejemplo de estas igualdades nos lo ofrecen las Sentencias 22/1981, de 2 de julio y 27/1981, de 20 de julio, referidas al sistema tributario (32). En concreto, la segunda dice:

«Aunque una definición válida de lo que debe entenderse por justo, a efectos tributarios, sería una tarea que rebasa el planteamiento que aquí hemos de hacernos, lo que no debe soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad. Es por ello —porque la igualdad que aquí se reclama va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad— por lo que no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del artículo 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta.»

(32) Sobre la igualdad en el sistema tributario véase F. ESCRIBANO: «Principio de igualdad y deber de contribuir en la jurisdicción constitucional», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 715-776; P. M. HERRERA MOLINA: «El principio de igualdad financiera y tributaria en la jurisprudencia constitucional», en la misma obra, págs. 839-885.

Para no reiterarnos en la crítica, ¿acaso la «relevancia» de la diferencia de las rentas personales no la establece la propia Constitución, como materialización de los valores vigentes en nuestra sociedad, en su artículo 40? ¿Acaso, el criterio de aplicación de la igualdad o «criterio de igualdad» progresividad además de estar recogido en el artículo 31 de la Constitución no forma parte también del artículo 14? Si recordamos, el artículo 14 tanto en nuestras tesis como en las del Tribunal Constitucional contiene dos caras o dos principios: «lo mismo para todos» y «lo mismo para los semejantes» según nuestros términos. El Tribunal Constitucional de momento se queda ahí, pero nosotros, siguiendo a Sartori, dividimos el segundo criterio en cuatro subespecies, la primera de las cuales es «a) Igualdad proporcional, esto es, reparto realizado uniformemente en proporción al grado de desigualdad existente». Y esto, ¿no es progresividad?

Según nuestras tesis, el artículo 14 ampara la progresividad como criterio de aplicación de la igualdad cuando la relevancia de la diferenciación así lo requiera como es el caso de la redistribución de las rentas personales «mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad». En este caso, el artículo 31 de la Constitución *además* lo positiviza *separadamente*, pero eso no altera el razonamiento para otras diferenciaciones que exijan la aplicación del criterio de progresividad según los valores vigentes en nuestra sociedad no positivizadas en la Constitución y que, por tanto, pudieran acogerse al artículo 14 para su aplicación. Es más, pensamos que pese a todo es necesario acudir al artículo 14 para aplicar el artículo 31 por una razón muy simple: la progresividad del sistema tributario, si no nos equivocamos, difícilmente puede ser una progresividad lineal, es necesario establecer escalones de renta y, por tanto, ¿qué es lo que se está haciendo? No otra cosa que establecer diferenciaciones que seguramente habrá que incardinar en la subespecie de los criterios de igualdad 2.b), esto es, «reparto desigual entre las diferencias relevantes», aunque sea por razones técnicas como sería el caso. Asimismo, cuando se establece un sector de renta baja excluido de tributación directa, ¿acaso no se está aplicando el subcriterio de igualdad 2.d), esto es, «a cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)»?

En cualquier caso, es interesante observar, en relación con el sistema tributario justo que exige la igualdad progresiva en virtud de la propia Constitución, como la temprana Sentencia 27/1981, de 20 de julio, rehuye entrar en la concreción de la «definición válida de lo que debe entenderse por justo» y se limita a afirmar que «lo que no debe soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad». Nosotros venimos reiterando que lo justo viene definido por los valores vigen-

tes en una sociedad histórica dada y en nuestro caso, por ser una sociedad que se mueve «en el marco de la moralidad social de tipo democrático, que el Estado social y democrático intenta plasmar por medio de los valores superiores», también venimos manteniendo que, siendo los operadores jurídicos los que tienen que fijar la aplicación de esos valores, es el legislador el que ocupa una posición preeminente (al margen de que el Tribunal Constitucional diga lo contrario). Pues bien, parece que el Tribunal Constitucional viniera a darnos la razón cuando en la Sentencia 19/1987, de 17 de febrero, dice:

«Esta garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma, que en la Ley estatal se cifra (art. 133.1), es también, en nuestro Estado constitucional democrático, como hemos puesto de relieve más arriba, una consecuencia de la igualdad y por ello preservación de la paridad básica de todos los ciudadanos, con relevancia no menor, de la unidad misma del ordenamiento (art. 2 de la Constitución), unidad que —en lo que se refiere a la ordenación de los tributos y, de modo muy especial, de los impuestos— entraña la común prosecución, a través de las determinaciones que la Ley contenga, de objetivos de política social y económica en el marco del sistema tributario justo (art. 31.1) y de la solidaridad (art. 138.1) que la Constitución propugna.»

Bien es verdad que si leemos con atención nos hemos adentrado en uno de los grandes problemas teóricos sobre la igualdad. El Tribunal aquí está apoyándose en la génesis de la Ley, en cuanto autodisposición de la comunidad sobre sí misma, para fundamentar la posible consecución de una libertad e igualdad real y efectivas (objetivos de política social y económica, solidaridad). Califica a la Ley de garantía de tal igualdad en cuanto es ella misma consecuencia de la igualdad y, por tanto, «necesariamente» ha de tender a la preservación básica de todos los ciudadanos. La consecuencia es clara, el Tribunal Constitucional no entrará a analizar la «justicia» de las decisiones del legislador porque éste, en cuanto representante del pueblo, es su máxima garantía. Ahora bien, aun admitiendo que la democracia se fundamente en la igualdad (en dignidad o de cualquier otra clase) de todos los hombres, deja de estar claro que la articulación democrática, ya sea de forma directa o a través de representantes, de las decisiones públicas asegure unos resultados de «igualdad real». Llevado al extremo tal postulado, la ley no estaría sujeta a ningún control y la arbitrariedad del poder, aunque fuera el poder de la mayoría, se haría posible. Este argumento da la razón a los que cifran la garantía de la igualdad en la racionalidad de la norma, en sus efectos y no en su génesis. Pero el problema sigue abierto pues, desde esta segunda postura el problema ahora reside en quién garantiza la racionalidad de la norma.

En materia de «políticas redistributivas» nos gustaría destacar la Sentencia 100/1990, de 30 de mayo, que reitera doctrina sobre Seguridad Social en el

sentido de que el concepto de pensión adecuada del artículo 50 de la Constitución no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. El objetivo, una vez más, la igualdad real, pero introduciendo ahora un nuevo elemento: no se puede olvidar «que se trata de administrar *medios económicos limitados* para un gran número de necesidades sociales». Se trata de uno de los problemas más analizados por la ciencia política en los últimos años. Se le ha dado diversos nombres: la crisis de la democracia, la crisis de gobernabilidad, la crisis fiscal del Estado y un largo etcétera. Es lo que Sartori denomina el paso de la fórmula *no taxation without representation* a la nueva fórmula *more taxation via representation* (33). Ahora bien, Sartori entiende que la razón de la crisis deficitaria endémica que aflige a las democracias consolidadas es que el Estado democrático es hoy estructuralmente inidóneo para frenar el gasto. Nosotros no estamos tan seguros de ello; más bien creemos, que como este mismo autor afirma, se trata de un problema de «malas políticas», se trata de un problema de equilibrios a los que inevitablemente se sujetan los valores predominantes en una sociedad democrática que no desee perecer.

VII. CUESTIONES PENDIENTES

Situándonos en el campo de la justicia material o de la libertad e igualdad real y efectiva, creemos que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional quedan dos grandes «cuestiones pendientes». Dedicamos este último epígrafe a plantear su alcance y a apuntar los problemas que suscitan.

La primera gran cuestión pendiente tiene que ver con la actitud del Tribunal ante el tratamiento indiferenciado por el legislador de situaciones real y efectivamente diferentes que, siéndolo, requieren en pos de la libertad e igualdad real y efectivas o justicia material un trato diferenciado. Según nuestra hipótesis hemos visto que el artículo 14 establece, entre otras cosas, los criterios de igualdad, que son dos: lo mismo para todos y lo mismo para los semejantes. De ello se deduciría, en primera instancia, que tan inconstitucional es una norma que debiendo aplicar el primer criterio aplica el segundo, como aquella que debiendo aplicar el segundo aplica el primero. Estaríamos en presencia de la

(33) G. SARTORI: *Democrazia. Cosa è...*, op. cit., págs. 314-315.

igualdad en su versión fuerte en palabras de Robert Alexy (34) y tanto un caso como el otro estarían amparados por el artículo 14 y serían, también, susceptibles de amparo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional de acuerdo con su doctrina no lo viene entendiendo así. Sentencias como la 52/1987 o 48/1989 afirman que la igualdad del artículo 14 no confiere un derecho previo a la diferenciación ejercitable por vía de amparo. Más recientemente la Sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, afirmaba que «no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica». Es una cuestión de oportunidad que se deja en manos del legislador. Si el legislador no lo hace, el Tribunal Constitucional tampoco está legitimado para hacerlo:

«la igualdad a que se refiere el artículo 14 de la CE lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. Lo que no protege dicho precepto constitucional, como derecho fundamental, es la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables» (35).

Al respecto creemos que precisamente los poderes públicos están obligados a ese *agere* por el artículo 9.2 y nada se opone, siempre que sea razonable según los criterios ya vistos, a que no se pueda exigir a los poderes públicos tales diferenciaciones cuando la igualdad real y efectiva así «lo exija». Y es que como apunta Robert Alexy (36) el problema se reduce a saber si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» que se atribuye al artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn (art. 14 Constitución española) implica o no que el Estado está obligado a crear igualdad fáctica: «Si

(34) R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 393-394.

(35) STC 8/1986, de 21 de enero. En la misma posición se encuentra la gran mayoría de la doctrina. Así, por ejemplo, Baño León afirma que «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 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» (op. cit., pág. 193).

(36) R. ALEXY: *Teoría de...*, op. cit., pág. 404.

se adscribe al artículo 3.1 LF tanto un *principio de la igualdad de iure* como así también un *principio de la igualdad de hecho* se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una «paradoja de la igualdad». Como veíamos anteriormente, y es claro desde el punto de vista del derecho constitucional, no es posible renunciar al *principio de la igualdad de iure* si algún sentido ha de tener el enunciado de la máxima de la igualdad. Como afirma el mismo Alexy es «un postulado básico de la racionalidad práctica» que obliga a abandonar la versión fuerte del principio de igualdad en favor de su entendimiento débil. El problema se traslada, pues, a dilucidar si es necesario «renunciar a la adscripción del principio de la igualdad de hecho al artículo 3.1 LF en tanto principio que, básicamente, puede también fundamentar derechos subjetivos». Alexy constata que doctrina y jurisprudencia alemanas están divididas y, siguiendo a H. Scholler, observa que la concreción de la máxima de la igualdad depende del concepto y de la imagen del Estado que cada cual posea. Pero aún así no renuncia a ofrecer una solución plausible que permita mantener el principio de igualdad de hecho:

Su modelo, como ya sabemos, está basado en la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual». La fórmula del tratamiento igual es: «si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces, está ordenado un tratamiento igual». La fórmula del tratamiento desigual es «si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual». Para Alexy (37) estas normas sirven directamente sólo a la *igualdad de iure* y el tratamiento igual o desigual lo es respecto del acto, no respecto de las consecuencias de la norma. El principio de la *igualdad de hecho* sólo entra en juego en la aplicación de ambas normas dentro del concepto de razón suficiente y, especialmente, como razón para un derecho a un determinado tratamiento desigual *de iure*, en la medida que sirva para la creación de una igualdad de hecho. Ahora bien, para que pueda jugar como razón suficiente ha de poder desplazar a todos los otros principios opuestos que están en juego como es el propio principio de igualdad *de iure* o los principios que tienen como objeto la distribución de competencia entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Como ejemplo de los casos en los cuales el principio de la igualdad de hecho tiene priori-

(37) R. ALEXY., *Teoría de...*, op. cit., págs. 408-415.

dad frente a principios opuestos cita Alexy la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el derecho de pobres.

Ahora bien, a nadie se le puede escapar los grandes problemas que suscita-
ría el hecho de que el Tribunal abriera esta puerta al recurso de amparo. Po-
drían ser miles los ciudadanos que alegando una diferencia relevante en su si-
tuación recurrieran en amparo al Tribunal. Pero ello no obsta para entender que
la interpretación que del artículo 14 hace el Tribunal Constitucional es restric-
tiva desde el punto de vista de la justicia sustancial o de la libertad e igualdad
real y efectiva. Tan «discriminatorio» es que la norma trate diversamente dos
situaciones iguales como que trate de igual modo situaciones realmente dife-
rentes que *exijan* un tratamiento desigual (38).

Si en la igualdad en la ley vemos que queda un amplio campo de la justicia
sustancial fuera del posible control del Tribunal Constitucional, no lo es menos
el que queda en la *igualdad en la aplicación de la ley*. La Sentencia 30/1987,
por ejemplo, es clara al respecto:

«este Tribunal no puede, ni sustituir al juzgador ordinario en su apreciación de
las diferencias que en unos y otros caso pueden mostrar, ni determinar cuál de
las dos resoluciones contrastantes es la correcta en Derecho, ni operar, en fin,
como lo que ciertamente no es, como un órgano formador o unificador de juris-
prudencia sobre la interpretación y aplicación de las leyes, tarea ésta que, según
varias veces hemos recordado le cumple en nuestro sistema jurisdiccional al Tri-
bunal Supremo de Justicia (art 123.1 de la Constitución) y también, en el orden
laboral, al Tribunal Central de Trabajo, esto es, al órgano judicial que adoptó la
resolución hoy impugnada.

En algunas ocasiones ha definido este Tribunal tal diversidad en el enjuicia-
miento, a la luz del principio de igualdad, de las normas o de la aplicación del
Derecho, diciendo que la igualdad que se impone sobre el autor de la norma tie-
ne un carácter «material», en tanto que la que se proyecta, como exigencia tam-
bién constitucional, sobre los Juzgados y Tribunales es predominantemente
«formal».

(38) Esta cuestión ha sido también puesta de relieve por J. M. PAVÓN DE ACUÑA («Proble-
mática del principio constitucional de igualdad», en *El principio de igualdad en la Constitución
Española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 31) que, sin embargo, apunta un caso donde
a través de la vía del recurso de inconstitucionalidad acoge el segundo modo de «discriminación».
Es la Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre: «Una Ley vasca sobre defensa del consumidor, que
establecía el deber del vendedor en la venta de inmuebles urbanos de facilitar al comprador una
serie de datos técnicos sobre las edificaciones transmitidas, razonaba el Tribunal Constitucional
la diferente situación de las transmisiones realizadas en el seno de una organización empresarial
y de las ventas aisladas realizadas por los particulares que podían desconocer tales datos y para
quienes el deber informativo reseñado hubiera podido representar un obstáculo muchas veces in-
salvable para la enajenación.»

Como vemos, el Tribunal Constitucional renuncia cuando se enfrenta a un caso de igualdad en la aplicación de la ley a plantearse la justicia material del caso, o según nuestra hipótesis, a analizar si se han aplicado correctamente los criterios de igualdad establecidos por el artículo 14. En estos casos, predomina el carácter «formal» del artículo 14 sobre el carácter «material». Todo lo más

«como tantas veces hemos dicho, podemos, estrictamente, apreciar si el cambio mismo que sea reconocible en la interpretación y en la aplicación de la Ley se realizó reflexivamente por el órgano judicial, lo que no entraña —repitiendo también aquí advertencias anteriores— reconocer la existencia en nuestro ordenamiento de un principio de sujeción al precedente —pues el Juez está sólo sujeto a la Ley—, sino subrayar la necesidad de que la resolución judicial nueva y distinta no se adopte, apartándose de lo decidido por el mismo órgano en otros casos, sin la previa advertencia de aquellos posibles precedentes que, si no determinan el contenido de los fallos ulteriores, sí imponen la exigencia de su consideración reflexiva. Se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato, sino de determinar, tan sólo, si existe, para la diferente aplicación judicial de la norma, ese fundamento».

Es claro que esta *autoinhibición formal* (39) del Tribunal no se corresponde con la justicia material o con la prosecución de la libertad e igualdad real y efectiva. Ahora bien, habría que decir también que no en todos los casos el Tribunal se ha limitado a ese control formal en la aplicación de la ley por los Jueces y Tribunales (ejemplo de ello puede ser la STC 101/1987, de 15 de junio). En el fondo, el problema se conecta con la posición del Tribunal Constitucional respecto a los otros poderes del Estado, principalmente el legislador y los Jueces y Tribunales.

Para terminar conviene citar la Sentencia 96/1989, de 29 de mayo, que aporta otro elemento de reflexión interesante. En ella se dice:

«la apelación por el Juez a razones humanitarias para precisar el contenido y el alcance de su resolución no puede ser alojado tan resueltamente como la actora pretende al ámbito de lo extrajurídico. Es aquí de pertinente recordar que nuestro ordenamiento recoge un conjunto de reglas de interpretación de

(39) Esta cuestión ha sido admirablemente tratada por A. OLLERO TASSARA en «Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la ley», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, op. cit., Madrid, págs. 383-414. También del mismo autor, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 51 y sigs.

las normas jurídicas que propende a una aplicación más ajustada de las mismas a las circunstancias de cada caso. Entre tales reglas, que son sin duda reglas jurídicas y no simples arbitrios u ocurrencias hermeneúticas a disposición del intérprete, destaca la equidad, cuya ponderación es siempre obligada, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código Civil, en aplicación de toda norma. Siendo esto así, debe admitirse también que la invocación de motivos humanitarios, de la que los Jueces y Tribunales hacen, por lo demás, frecuente uso en este tipo de pretensiones y también en otras sujetas a su jurisdicción, es una forma razonablemente lícita de expresar la ponderación que de la regla jurídica de la equidad ha de hacerse en la resolución judicial de los litigios».

Acaso, en este caso, lo que se está haciendo ¿no es aplicar uno o más de los subcriterios de diferenciación que habíamos reseñado? Recordemos que entre éstos se encontraba «b) Reparto desigual entre las diferencias relevantes», pero también «d) A cada uno según su necesidad (básica o de otro tipo)». Las razones humanitarias ¿no entrarían dentro de este subtipo del criterio de igualdad más general «lo mismo para los semejantes? ¿Acaso la ley, ante la que se declara la igualdad no se ha encargado de establecer en su propio interior criterios de diferenciación en su aplicación como es el caso de la equidad? ¿La equidad, acaso, no se define en función de los valores de justicia vigentes en una sociedad histórica dada? ¿Las razones humanitarias no son «una razón suficiente que exige la aplicación del principio de la igualdad de hecho? ¿Son demasiadas coincidencias?

VIII. CONCLUSIONES

Desde otra perspectiva, y como conclusión, más arriba decíamos que la igualdad que ampara la Constitución es la compatible y, al tiempo, exigida por la libertad. Siguiendo a Sartori, de los siete tipos de igualdad que establecía descartábamos la «igualdad económica radical (al negativo)» y el «igualitarismo total» por ser incompatibles con la libertad. La Constitución, al establecer como valor superior la libertad también los descarta y sólo admite la igualdad compatible con la libertad a la cual, al mismo tiempo reclama, y dentro de esta igualdad se encuentra la «igualdad económica relativa (al positivo)». Es correcto, por tanto, decir que la Constitución de 1978 no protege la «legítima aspiración a la igualdad material o de hecho», pero podría decirse que no sólo es porque el artículo 14 no la ampara sino porque además viene vetada por el artículo 1.1 de la Constitución, cosa que, en defi-

nitiva, mantiene el Tribunal en otros términos (40). Sólo así cabe entender el concepto de igualdad en la «democracia avanzada» que se preconiza en el Preámbulo de nuestra Constitución.

(40) Quizá, desde esta hipótesis se pueda explicar la «homologación de los valores superiores del ordenamiento» con los principios de Derecho Constitucional que VILAS NOGUEIRA detecta en parte de la doctrina y en la jurisprudencia constitucional («Los valores superiores», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, págs. 87-102). Más acertada aparece la distinción entre valores y principios de FREIXES SAN JUAN y REMOTTI CARBONELL: «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 97-109.

JURISPRUDENCIA

