

CAPÍTULO XIX

MAYORÍA Y MINORÍA EN EL JUICIO DE IGUALDAD

Elia MARZAL YETANO
Profesora Agregada de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Como en el caso de los instrumentos llamados contramayoritarios, el principio de igualdad representa una vía para contrarrestar el poder de la mayoría. Pero lo hace aportando una lógica distinta de la habitual, alejada de la estrictamente institucional, para introducirse en el terreno de lo valorativo, de la comparación cualitativa entre mayoría y minoría. Su importancia reside, no en el hecho de incorporar nuevos actores a la toma o al control de decisiones a fin de contrapesar el poder de la mayoría, sino de cuestionar la diferenciación hecha entre grupos por la mayoría en el ámbito concreto de la justicia distributiva, es decir, en el de la asignación de bienes o cargas, de derechos u obligaciones, llevando a la justicia constitucional a tener que valorar la legitimidad del criterio con el que se ha efectuado el reparto, la comparación a la que se ha procedido entre colectivos y, en definitiva, la realidad sustantiva asumida respecto de cada uno de ellos.

La igualdad se sitúa por tanto en un ámbito específico de confrontación entre mayoría y minoría, especialmente problemático por la escasez que puede darse de recursos a distribuir¹, pero también por la

¹ F. REY MARTÍNEZ, «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 168.

dificultad valorativa que plantea el criterio de justicia que impone: el del tratamiento que corresponde en función de lo que cada grupo y en cada situación representa materialmente respecto del resto.

Es esta especial dificultad la que se pretende abordar aquí. Y para ello se analiza la construcción del juicio de igualdad (la exigencia de igualdad en el contenido de la ley) a la luz de su relación con el principio mayoritario, habiendo variado la función que cumple la igualdad respecto de la regla de la mayoría y, tal y como se examinará, también el tipo de Estado constitucional que sirve de marco a esa relación.

El capítulo se estructura en dos partes, de acuerdo con esas premisas. En la primera parte (apartado 2), más breve, se delimita la idea que estructura el trabajo, la evolución que sufre el principio de igualdad, la transición de la igualdad formal a la material, y la modificación que eso comporta en la relación entre mayoría y minoría, que pasaría de cuantitativa a cualitativa. El principio de igualdad pasa de representar, en el Estado liberal, el fundamento de legitimidad de la decisión de la mayoría (en tanto que permite que la decisión pueda ser asumida por la minoría), a constituir, en el Estado social, un límite a esa decisión (la asignación de recursos entre grupos debe corresponderse con unos determinados rasgos cualitativos, a fin de asignar a cada grupo lo que materialmente le corresponde), a la vez que un objetivo a perseguir (revertir la desigualdad extrajurídica y por tanto la distribución entre colectivos, garantizar la igualdad en las consecuencias de la norma, pero entonces también el derecho al trato desigual). En la segunda parte (apartado 3), más extensa y que ocupa el cuerpo fundamental del trabajo, se diseccionan los aspectos inherentes a esos cambios que se operan en la igualdad, las implicaciones del nuevo principio que surge con el Estado social. Por un lado (subapartado 3.1), los elementos en los que se descompone el juicio de igualdad, el cual pasa a representar una prohibición de discriminación. Por otro (subapartado 3.2), los problemas que se generan con esa operación a la que obliga la igualdad: la configuración de la igualdad como un metaprincipio que otorga un enorme margen de discrecionalidad tanto al legislador como a la justicia constitucional que lo controla, especialmente problemático cuando lo que se plantea es el derecho al trato desigual, necesario para garantizar la igualdad real, pero con el que emergen las minorías como grupos cuya característica es la especial vulnerabilidad o subordinación a la mayoría.

A tal efecto, el análisis se sitúa en el contexto del Derecho positivo constitucional español, si bien en el marco más amplio de los sistemas jurídicos que impulsan esas transformaciones en la construcción jurisprudencial y dogmática del principio.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA IGUALDAD A LA LUZ DE SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO MAYORITARIO: DE LA IGUALDAD FORMAL, COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD, A LA IGUALDAD MATERIAL, COMO LÍMITE Y COMO OBJETIVO

El principio de igualdad representa un principio ético básico, una exigencia de igualdad de trato entre seres humanos, al margen de sus rasgos². Y si bien el liberalismo hace consecuentemente abstracción de esos rasgos distintos a fin de otorgar a todos el mismo régimen jurídico (igualdad en la acción estatal), la justicia distributiva, reivindicada por el Estado social, defiende precisamente la necesidad de su toma en consideración, como medio para garantizar la igualdad material de trato (igualdad en las consecuencias de la acción), procediendo a la asignación de posiciones en el ordenamiento jurídico en función de los méritos o de las cualidades de cada uno.

El significado del principio de igualdad ha variado así profundamente a lo largo del tiempo, a pesar de que los preceptos que de manera general lo formulan no lo hayan hecho. Para el primer liberalismo, lo único constitucionalmente relevante es la condición de ciudadano, al que como tal corresponde un determinado régimen de derechos y libertades fundamentales. No resulta así posible diferenciar al respecto entre miembros del cuerpo político, quedando suprimido todo privilegio o vestigio de la sociedad estamental, como consecuencia del presupuesto moral o filosófico sobre el que se erige el nuevo sistema político, la idéntica dignidad de los integrantes de la comunidad política. Pero sí se entiende sin embargo admisible supeditar el ejercicio de determinados derechos (constitucionales o no) al cumplimiento de requisitos sociales o económicos que sólo puedan satisfacer algunos, siempre que sean exigidos a todos y sean además al menos formalmente susceptibles de ser cumplidos por todos.

Más allá por tanto de esa igualdad (formal) en el estatuto jurídico del ciudadano, la ley puede legítimamente dar lugar a diferencias entre colectivos, sin que ello tenga relevancia constitucional o sin que la condición de aplicación o el criterio de diferenciación seleccionado por el legislador sea pues fiscalizable, en tanto que el Estado liberal no se configura a partir de esas diferencias. Las diferencias que hay, y que se limitan a reflejar las leyes como un hecho natural, el de las relaciones entre las fuerzas sociales³, son consideradas secundarias o fluctuantes. Estas resultan del libre juego entre mayoría y minoría, siendo expresión del desacuerdo o de la diversidad implícita en el principio mayoritario.

² F. LAPORTA SAN MIGUEL, «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 67, 1985, p. 4.

³ F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 623.

Y son, en efecto, diferencias reversibles en la medida en que mayoría y minoría son intercambiables, al estar estas cohesionadas en una unidad a través del principio de igualdad, que hace atribuible a la minoría la decisión de la mayoría y que a su vez permite a la minoría, cuyos miembros tienen los mismos derechos fundamentales que la mayoría, llegar a ser en algún momento mayoría.

El Estado liberal no busca, así pues, diferenciar activamente, sino más bien preservar lo que se considera el equilibrio natural entre colectivos, limitándose la exigencia de la igualdad a la acción del Estado y no a sus consecuencias o resultados. Desde la perspectiva de la igualdad liberal, basta así con asegurar la exigencia de universalidad de las leyes (lo que no implica propiamente una operación de comparación) y la igual eficacia normativa de esas leyes, es decir, su aplicación con criterios uniformes (al margen de la persona a la que se le aplican), con lo que igualdad se equipara a legalidad.

Desde la óptica, en cambio, del Estado social, que persigue la garantía de los derechos sociales y la progresiva democratización de la sociedad, el Derecho puede y debe tratar de corregir las diferencias no jurídicas, tener un papel transformador de la sociedad, y ello implica pasar a entender la exigencia de la igualdad en relación a las consecuencias de la norma. Así, lejos de aceptar el postulado liberal de una misma ley para todos, el Estado social defiende, al contrario, una progresiva diferenciación de regímenes en función de las distintas circunstancias de los colectivos, de los diferentes puntos de partida de los individuos. La igualdad sobre la que se construye el Estado social es, por consiguiente, la de la justicia distributiva, que obliga a dar a cada uno lo suyo, a variar la acción del Estado, que distribuye posiciones, en función de las circunstancias específicas (materiales) que subyacen a la categoría formal de ciudadanía y sobre la base del régimen común jurídico-constitucional que impone la igualdad formal.

A diferencia, así, de la justicia conmutativa, que se ocupa del equilibrio en las transacciones entre individuos y prescinde de las características concretas de esos individuos, la justicia distributiva se centra en la simetría entre lo que la comunidad asigna y el que lo recibe, al tiempo que tiene en cuenta (y por tanto compara con) el resto de receptores y lo que a estos se les otorga. Se trata de un tipo de justicia que vela, en definitiva, por la proporción en la relación del todo respecto de las partes, «en la transferencia de algo de lo común a los particulares»⁴, lo que, en la fórmula aristotélica clásica de justicia, no numérica sino proporcional, significa tratar igual lo igual y desigual lo desigual.

⁴ T. DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2010, p 298.

Con el Estado social, el Derecho deja, en efecto, de ser contemplado como un instrumento limitado a regular las relaciones sociales o económicas que la sociedad espontáneamente genera, para estar asimismo encargado de transformarlas y de consiguientemente propugnar una nueva comprensión de las instituciones jurídicas correspondientes, así como también entonces de cuestionar la división tradicional entre mayoría y minoría. En ese contexto, la igualdad material pasa a ser el objetivo que preside la acción del legislador (su finalidad), al mismo tiempo que su límite, dado que, si la ley puede identificar colectivos de ciudadanos a los que conceder un determinado tratamiento jurídico para lograr la igualdad material, también puede entonces apreciar equivocadamente la particularidad del colectivo frente a la mayoría. El legislador puede, en resumidas cuentas, producir artificialmente un grupo y configurar un tratamiento no ajustado a la realidad, vulnerando con ello la igualdad, en tanto que arbitrario (no justificable en base a las circunstancias materiales del colectivo en su relación a la mayoría), lo que hace necesario el control de constitucionalidad del contenido de las leyes.

Ese control no puede, sin embargo, implantarse en Europa antes del período de entreguerras, en la medida en que ha de ir acompañado del cambio de mentalidad que se produce solo entonces. Su introducción requiere, en definitiva, un contexto de mayor sensibilidad o conciencia social ante las desigualdades, así como de percepción de que el Derecho no es un instrumento neutro y aséptico que opera en una realidad natural o dada sino uno con un impacto sobre esa realidad.

3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: EL CAMBIO DE SIGNIFICADO Y EL DERECHO AL TRATO IGUAL QUE DA PASO AL TRATO DESIGUAL

3.1. La igualdad en el contenido de la ley como prohibición de discriminación: la relevancia del *tertium comparationis* y la proporcionalidad de la diferencia de trato

Este cambio en la comprensión del principio de igualdad, el denominado «cambio de significado» (*Bedeutungswandel*), vinculado a la inclusión de la igualdad entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Weimar, es teorizado y formalizado por primera vez en Alemania, a partir de la reunión de 1926 de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, en la que se discute la interpretación del principio de igualdad propuesta por Triepel y Leibholz, y que con los años acaba imponiéndose. Lo que estos juristas entonces defienden no es, lógicamente, prohibir toda diferenciación normativa,

ya que ello significaría tener que otorgar un trato idéntico⁵, ni obligar tampoco a suprimir toda diferencia existente fuera del Derecho⁶, sino solo la norma jurídica discriminatoria o arbitraria.

Tal y como formulado por Leibholz, la igualdad es «lo que, de acuerdo con la conciencia jurídica de cada momento, representa la concreción no arbitraria del Derecho respecto de los sujetos jurídicos, a través de la legislación y la ejecución (justicia y administración)»⁷. Y ello comporta abandonar la comprensión de la igualdad como exigencia de generalidad de las normas, en el sentido de universalidad, requisito que, como ya se ha indicado, solo se refiere a la forma lógica de la norma, a la previsión de una condición de aplicación que ha de incluir a todos los miembros de una clase⁸, y que no tiene entonces por qué necesariamente implicar una comparación, ni garantizar por tanto tampoco la igualdad o justicia en el trato estipulado.

La igualdad pasa a ser mandato de no discriminación, una exigencia relativa al contenido de la norma. Así lo confirma el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia, de 23 de octubre de 1951⁹, en la que amplía el objeto del art. 3.1 de la Ley Fundamental (LF), a base de prescindir de la literalidad que parece limitarlo a los actos de aplicación de la ley («Todas las personas son iguales ante la ley»), al tiempo que circunscribe el alcance del principio de igualdad a la interdicción de arbitrariedad o, lo que es lo mismo, a la necesidad de hallar un fundamento razonable al trato igual o desigual.

Con ello, el Tribunal viene a zanjar el intenso debate doctrinal iniciado en la referida reunión de 1926 y que enfrentó durante el período weimeriano a iusnaturalistas y iuspositivistas, a partidarios de entender el principio de igualdad como un principio suprapositivo o mandato general de trato justo para los poderes normativos, y partidarios, en cambio, de exigir la igualdad solo en la medida en que la norma constitucional lo hiciera en relación con un rasgo determinado¹⁰. El Tribunal parece hallar un punto intermedio entre esas dos posturas, al afirmar, por un lado, que la igualdad sí que vincula al legislador, y rechazar, por otro, poder controlar normas contrarias al principio de igualdad que no

⁵ Así lo expresan décadas más tarde el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), en la Sentencia de 23 de julio de 1968, *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*, par. 3, y el Tribunal Constitucional (TC) en la STC 22/1981 (FJ 3).

⁶ De ese modo se pronuncia el TC en las SSTC 49/1982 (FJ 2) y 83/1984 (FJ 3).

⁷ G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München, Beck, 1959, p. 87.

⁸ F. LAPORTA SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 7.

⁹ BVerfGE 1, 14.

¹⁰ Para un análisis de ese debate, así como de la evolución histórica del principio de igualdad, *vid.* F. SIMÓN YARZA, «De la igualdad como «límite» a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 73-113, especialmente las pp. 94-103.

sean arbitrarias (irrazonables). El cambio de significado no comporta así la adhesión a tesis más avanzadas, defensoras de un concepto de igualdad real, relativo a las consecuencias de la norma, lo que exigiría garantizar también el derecho al tratamiento desigual. En la interpretación del Tribunal, el trato desigual solo representa una posibilidad con la que cuenta el legislador, no una obligación, significando fundamentalmente la igualdad un derecho a la no utilización de un criterio de diferenciación irrelevante.

En el caso de la Constitución española (CE), el precepto relevante desde esta perspectiva es el art. 14: «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». Y es la primera frase de ese precepto («Los españoles son iguales ante la ley») la que expresa el mandato denominado genérico de igualdad que, si bien se ajusta a la idea de igualdad en sentido formal, también ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional (TC) en el sentido de igualdad material, de conformidad con una, en 1978, ya muy consolidada doctrina y jurisprudencia constitucional europea¹¹.

No se ha discutido así que, a pesar de lo escueto de la frase, la igualdad del art. 14 promulga un deber de igualdad de trato en la esfera jurídica que incluye tanto la igualdad en la aplicación como en el contenido, y que, tal y como ya ha sido señalado, no prohíbe toda diferencia de trato sino solo la discriminatoria o arbitraria, es decir, la que no se ajusta al requisito de la razonabilidad. La segunda parte del precepto expresaría, en cambio, un mandato de no discriminación en sentido estricto, a base de identificar una serie de rasgos que directamente no admiten posibilidad de ser utilizados para diferenciar¹², y a lo que se volverá más adelante.

A diferencia, pues, del principio de igualdad como exigencia de universalidad, la igualdad como mandato de no discriminación sí obliga a una comparación, al pasar a representar la igualdad una norma relacional (STC 76/983, FJ 2). Es decir, una que exige una cualidad predicable de la relación entre dos términos, aunque resultado del juicio entre tres elementos - los dos que se contrastan y el llamado *tertium comparationis* o criterio en función del cual se compara y que determina el sentido de la comparación, así como el resultado del juicio de igualdad¹³.

De ese modo, la igualdad se erige en mecanismo para evaluar la legitimidad de las diferencias de régimen jurídico que establecen las leyes. Y

¹¹ J. C. GAVARA DE CARA, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 33.

¹² De manera parecida, el art. 3 LF, en su tercer párrafo declara: «Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

¹³ F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, op. cit., p. 638.

se introduce, en suma, la igualdad en el contenido de la ley, en relación con el reparto de posiciones jurídicas en el ordenamiento, de bienes o cargas distribuibles, siendo especialmente problemático ese reparto en contextos de escasez de recursos y de normas, por tanto, de contenido prestacional, respecto de las que se hace necesario una evaluación valorativa de la norma, del juicio de igualdad realizado por la mayoría.

Concretamente, la igualdad pasa a ser el parámetro de constitucionalidad desde el que evaluar dos cosas. Por un lado, la legitimidad del criterio de diferenciación empleado en la ley, el *tertium comparationis*, la característica que ofrece el punto de mira, y que además de tener que ser preciso y relativo a concretos derechos o deberes (STC 40/1989, FJ 4), debe, en todo caso, ser relevante, en el sentido de que no pueden diferenciarse supuestos esencialmente iguales (STC 148/1986, FJ 6), desde la perspectiva de la finalidad de la norma (STC 45/1989, FJ 5) o de la protección de bienes y derechos buscada por el legislador (STC 68/1990, FJ 5). Por otro lado, la adecuación entre la diferencia observada y las medidas previstas o, en otras palabras, la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas respecto de la finalidad de la norma, en tanto que esta es la que determina la selección del criterio de diferenciación (entre otras, SSTC 75/1983, FJ 2, 209/1988, FJ 6 o 158/1993, FJ 2, así como la ya citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— de 23 de julio de 1968, par. I.B.10, *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*).

El punto de partida del juicio de igualdad es, por consiguiente, la observación de un trato desigual dado a supuestos en los que, al menos aparentemente, se da una igualdad fáctica parcial (STC 181/2000, FJ 10), sin que pueda haber coincidencia en todos los extremos comparables entre dos situaciones. Y debe a continuación procederse a valorar si esa igualdad observada es esencial, lo que convertiría a la diferencia de trato en discriminatoria, para lo que resulta preciso enjuiciar la relevancia del criterio de diferenciación.

En palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, la igualdad será esencial si para el tratamiento desigual «no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que calificarse de arbitraria»¹⁴. Formulado por el Tribunal español (STC 144/1988, FJ 1), el legislador no puede configurar «los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación», debiéndose impedir «que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresa-

¹⁴ BVerfGE 1, 14 (52).

mente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Finalmente, en caso de no considerarse que la igualdad es esencial y pueda entonces haberse diferenciado legítimamente, se deberá analizar la proporcionalidad del tratamiento previsto.

De esta manera, se controlan y censuran solo las vulneraciones más graves, en tanto que hay supuestos que pueden ser legítimamente tratados tanto de manera igual como desigual. Se trata, en efecto, de un juicio libre el de igualdad, pero sometido a unos límites, que son los que marca el concepto de arbitrariedad y que deja al legislador un margen de discrecionalidad importante, siendo ello calificado por Alexy como la «versión débil de la máxima de igualdad». No se exige la solución más justa, sino solo evitar la discriminatoria¹⁵, y así lo confirma pronto el Tribunal Constitucional en la STC 65/1982 (FJ 4)¹⁶, lo que, junto con sus implicaciones, se analiza más en detalle en el siguiente apartado.

3.2. La igualdad como principio metajurídico: racionalidad y subjetivismo judicial en la identificación de la arbitrariedad y emergencia del derecho al trato desigual

3.2.1. El margen de discrecionalidad inherente al juicio de igualdad y los esfuerzos jurisprudenciales por reducirlo

Tal y como se acaba de exponer, con el llamado cambio de significado, la exigencia de generalidad de la norma se ve desplazada por el mandato de no discriminación, es decir, por la prohibición de utilización de un criterio de diferenciación irrelevante, así como de estipulación de un tratamiento desigual no ajustado a la diferencia observada, a base de remitir al criterio clave de la razonabilidad. Y si bien la equiparación así hecha entre igualdad y exigencia de razonabilidad permite dotar de valor jurídico al concepto de igualdad y controlar consiguientemente al legislador, también es justamente esa equiparación lo que debilita, al tiempo que singulariza, a la igualdad como mecanismo de control.

Ciertamente, el criterio de la razonabilidad es demasiado vago como para limitar fácilmente a un poder como el legislativo, que está sujeto a un texto, el cual, de acuerdo con el principio democrático, se ciñe a plantearle límites en la forma, esencialmente, de valores indero-

¹⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 394.

¹⁶ Otras sentencias en las que el TC le reconoce un amplio margen de apreciación al legislador, en el ámbito de diferenciaciones hechas por motivos de política económica, son las siguientes: 197/2003 (FJ 3), 78/2004 (FJ 2) y 149/2004 (FJ 5).

gables¹⁷, confiriéndole ello un enorme margen de discrecionalidad. Pero la remisión a la razonabilidad por otro lado también comporta sacar el parámetro de control fuera de la Constitución y adentrar al intérprete de la norma en el terreno de la razón práctica, a fin de determinar la licitud o no de la norma que otorga relevancia a cualquiera de las desigualdades fácticas de la realidad¹⁸.

Más allá, por tanto, de la vaguedad del término, el problema fundamental que plantea el criterio de la razonabilidad es la reducción que hace del parámetro de validez a una obligación formal, sin poder el precepto constitucional, pero tampoco la justicia constitucional que trate de proceder a su interpretación, suministrar de antemano pautas materiales que concreten dicho canon para los supuestos específicos en los que eventualmente se suscite su aplicación. Con la razonabilidad, se habilita, en definitiva, un parámetro de validez cuya concreción material (lo que sea considerable razonable) queda en cada ocasión a cargo del intérprete y controlador de la norma, en el mismo acto de su aplicación y a la luz de las circunstancias particulares en las que se produzca la comparación, en tanto que, como ya se ha dicho, el llamado cambio de significado consiste principalmente en conceptualizar la igualdad como una noción relacional, que requiere, pues, una comparación, y que exige consiguientemente decidir previamente y en cada caso cuál de los diferentes aspectos comparables entre dos situaciones es el que debe utilizarse como *tertium comparationis*, por ser el relevante conforme a la finalidad de la norma.

Desde la óptica más concreta del control de la ley, eso significa en todo caso dos cosas. Primero, que la Constitución puede no contener una prohibición expresa al legislador de utilización de criterios específicos de diferenciación desde la que proceder a su control, sin que ello comporte que el poder legislativo no tenga límites en lo relativo a las diferenciaciones que haga entre grupos. Y segundo, o concreción de lo anterior, que el *tertium comparationis* ya no es algo que decida libremente el legislador, como sucedía en el Estado liberal, sino que resulta de su condición material de relevante, siendo entonces susceptible de ser directamente apreciado por el intérprete de la norma, que controla al legislador. Dicho de otra manera, la invalidación de la ley resulta posible sin que preexista una prohibición dirigida al legislador —*praeter legem*, en los términos utilizados por Simón Yarza¹⁹— pero sin ni siquiera tampoco un parámetro de validez previamente acotado, aunque sea jurisprudencialmente, en un determinado nivel material de protección, sino en una mera obligación de razonamiento.

¹⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983, p. 102.

¹⁸ F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, p. 626.

¹⁹ F. SIMÓN YARZA, *op. cit.*, p. 110.

La igualdad, como mandato genérico de no discriminación, se diferencia, así, del resto de derechos fundamentales en que su estructura no es de regla jurídica, pero ni siquiera tampoco de principio o, en la terminología de Alexy, de mandato de optimización. Ello permitiría al menos la operación de ponderación entre dos bienes jurídicos en competencia para tratar de proteger lo máximo posible los bienes en liza, dadas las circunstancias de la colisión. Se trata más bien de una metanorma, un precepto encargado de organizar y gestionar el cuerpo de normas del ordenamiento, en tanto que lo que hace es imponer una obligación de razonamiento que equivale a una obligación de justicia formal, un ejercicio de ponderación no entre bienes o intereses distintos en conflicto, sino entre las razones existentes a favor de la igualdad o la desigualdad de tratamiento²⁰.

No resulta, así, posible identificar previamente un ámbito material concreto de protección o ni siquiera una finalidad específica perseguida con su proclamación²¹, remitiéndose con ello al espacio metajurídico²². La igualdad como principio, directriz o mandato al legislador tiene, en definitiva, un sentido y una función metanormativa respecto de las normas, e introduce una exigencia de estructura, contenido y efectos, susceptible además de ser materializada con diferentes grados de intensidad, así como de concretarse no en un único enunciado sino en un conjunto de ellos²³, cuyo significado subyace a toda la estructura constitucional²⁴.

El problema que en última instancia plantea, así pues, la razonabilidad no es solo el amplio margen de discrecionalidad con el que sigue contando el poder legislativo (la mayoría que decide) sino también el que pasa a tener la jurisdicción constitucional a la hora de controlar a esa mayoría en nombre de la minoría. Y se suscita consiguientemente la pregunta de si es posible un control racional de la mayoría sobre la base de la igualdad y si lo que comporta el principio de igualdad no es entonces una transferencia de la competencia del legislador al tribunal constitucional, al que se traslada la decisión última, en un terreno además escurridizo y con posible impacto económico, con lo que al problema de la inseguridad jurídica, inherente a la vaguedad del término de la razonabilidad, se sumaría el de la legitimidad democrática.

En este sentido, el principio de igualdad representa el punto de tensión, irresoluble, entre el legislador y el juez, entre la política y el

²⁰ L. PRIETO SANCHÍS, «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2, 1995, p. 119.

²¹ J. PÉREZ ROYO y M. CARRASCO DURÁN, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 213.

²² F. LAPORTA SAN MIGUEL, *op. cit.*, p. 2.

²³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴ F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, p. 605.

Derecho²⁵, entre el respeto a la autonomía política del legislador, que para legislar debe diferenciar, diversificando además de manera cada vez mayor en el Estado social, y el valor jurídico de la igualdad²⁶, entre la mayoría y la minoría. Desaparecida la confianza en el legislador, surge especialmente en materia de igualdad la preocupación adicional por el peligro de que también incurra el tribunal constitucional en arbitrariedad al controlar al legislador²⁷, representando la igualdad un espacio límite para la jurisdicción constitucional, en tanto que el riesgo es muy grande de derivar hacia un subjetivismo jurisdiccional, en el que lo que se ejerce es un control de equidad o de oportunidad²⁸.

De acuerdo con ello, todo el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial en materia de igualdad se concentra desde el período de entreguerras en tratar de concretar esa exigencia de racionalidad. Las primeras síntesis de esos esfuerzos vienen del TEDH, el cual, en su Sentencia, ya citada, de 23 de julio de 1968, así como en la de 27 de octubre de 1975²⁹, equipara igualdad a justificación objetiva y razonable de la diferencia, con lo que descompone el significado jurídico de la igualdad, a fin de acotar ámbitos susceptibles de ser más fácilmente controlables.

El desarrollo de este esquema se da a nivel nacional, tratando las jurisdicciones constitucionales de precisar el significado de los dos elementos que deben calificar la justificación de la diferencia. Así, y en relación con el primero de los conceptos, el Tribunal Constitucional español ha interpretado objetividad como generalidad de la norma (SSTCS 42/1981, FJ4, 44/1995, FJ 5, 50/1986, FJ 4 o 148/1996, FFJJ 9 y 10, entre otras). Pero se trata de una jurisprudencia no clara y oscilante, que más adelante es remplazada por otra en la que el Tribunal tiende más bien a identificar la objetividad con la justificabilidad de las decisiones adoptadas, en el sentido de exclusión de criterios subjetivos, arbitrarios o no razonables, admitiendo que el carácter general de la norma es compatible con un tratamiento arbitrario o vulnerador del principio de igualdad (STC 166/1986, FJ 11). De ese modo, el Tribunal acaba haciendo converger su significado con el del segundo requisito señalado por el TEDH, la razonabilidad, pero sin lograr llevar más lejos del propio concepto de arbitrariedad, que es el que en definitiva se trata de concretar³⁰.

En efecto, a la hora de tratar de dotar de contenido al concepto de la razonabilidad, el TC descarta de entrada hacerlo en relación a la finalidad de la norma, dado el amplio margen de discrecionalidad que la

²⁵ *Ibid.*, p. 631.

²⁶ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 76.

²⁷ F. SIMÓN YARZA, *op. cit.*, p. 104.

²⁸ J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 78.

²⁹ *Caso sindicato nacional de la policía belga*.

³⁰ A. RUIZ MIGUEL, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Doxa*, 19, 1996, p. 49.

Constitución confiere al legislador y que hace difícil poder considerar que la finalidad perseguida es inconstitucional (SSTC 50/1986, FJ 4, o 209/1988). En el razonamiento del TC, el art. 14 no prejuzga la finalidad de la norma, cuya identificación no resulta ni siquiera siempre evidente, y en función de la cual varía además el *tertium comparationis*, dificultando todavía más el control racional del legislador. Pero sí se entiende sin embargo posible comprobar luego la concordancia de esa finalidad con la realidad³¹, y el TC ha reconducido así la idea de la razonabilidad al terreno más restringido de la adecuación entre la distinción realizada en la norma y la finalidad perseguida (SSTC 125/2003 y 199/2004). En todo caso, el Tribunal no lo concibe como un examen técnico a realizar, sino valorativo y que permite concluir que las normas son inapropiadas sin ser arbitrarias, con lo que el TC vuelve a confirmar el margen importante de discrecionalidad del legislador.

Es esta importancia conferida al margen legislativo de apreciación, así como, en definitiva, la deferencia hacia el legislador, la que, en efecto, estructura el razonamiento constitucional en materia de igualdad. Así lo explicita el Tribunal en las SSTC 49/1982, FJ 2 y 75/1983, FJ 2, requiriendo en esta última «que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada».

Al legislador, en suma, se le exige fundamentar su decisión en base a la finalidad perseguida, es decir, justificar racionalmente los juicios de valor, tras una valoración de conjunto de los elementos fácticos y normativos³². Y la justicia constitucional puede valorar ulteriormente si efectivamente se da lo que Alexy califica de razón suficiente en favor de un tratamiento o de otro, en función de si considera posible entender que el trato no es arbitrario³³. El juez constitucional debe para ello buscar en lo que Leibholz llama la «conciencia jurídica de la comunidad», fuera así del Derecho, por la vía de la abstracción que implica el juicio de razonabilidad, en el espacio de lo metajurídico³⁴, convirtiéndose

³¹ F. RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, pp. 1194-1195.

³² L. PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 115.

³³ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 395.

³⁴ F. SIMÓN YARZA, *op. cit.*, p. 105.

la igualdad en un ejercicio global de comparación, fundamentación y valoración jurídica de la diferencia o similitud³⁵.

3.2.2. *La fuerza expansiva de la igualdad y el salto al derecho al trato desigual*

Esa autocontención por parte de la justicia constitucional a la hora de garantizar el derecho al trato igual no basta, sin embargo, para frenar la dinámica desatada por la introducción de la lógica de la igualdad material en los sistemas constitucionales. Si bien la vaguedad inherente al concepto de razonabilidad, sobre la que se construye el juicio de igualdad, permite justificar una deferencia hacia el poder legislativo por parte de la jurisdicción constitucional y evitar con ello la declaración de inconstitucionalidad de muchas de las diferenciaciones impuestas por la mayoría, la idea de la igualdad material que inspira el Estado social acaba inevitablemente comportando tener que ir más allá del derecho al trato igual y, por tanto, de la corrección de las desigualdades únicamente jurídicas. Pero los problemas de seguridad jurídica y de legitimidad democrática que ese ulterior desarrollo implica son lógicamente todavía mayores.

De hecho, las propias Constituciones, en coherencia con la esencia del principio de igualdad material o de justicia distributiva, que exige dar a cada cual el tratamiento que le corresponde, tratando igual lo igual y desigual lo desigual, no solo proclaman el derecho fundamental de igualdad, concretado en el derecho al trato igual o, lo que es lo mismo, en la prohibición de discriminación. Las Constituciones configuradoras del Estado social también reconocen la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades y de diferenciar, por tanto, en función de las características de cada grupo.

Directamente inspirado en la segunda parte del art. 3 de la Constitución italiana³⁶, la Constitución española anuncia, en su art. 9.2, el objetivo de la igualdad real: «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; 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».

³⁵ J. C. GAVARA DE CARA, «El principio de igualdad», en J. C. GAVARA DE CARA, (coord.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 73.

³⁶ Art. 3 de la Constitución de la República italiana de 1947: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

Dicho precepto impulsa, así, explícitamente a los poderes a otorgar los tratamientos desiguales que requieran las específicas circunstancias materiales de partida, a fin de corregir las desigualdades extrajurídicas y transformar consiguientemente la realidad³⁷.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en la Constitución italiana (en la que se proclama en un único precepto la igualdad formal y el objetivo de la igualdad sustantiva), la proclamación de la igualdad real es una realizada por el poder constituyente español fuera del art. 14, pero también del Título I sobre derechos fundamentales. El art. 9.2 no reconoce, pues, un derecho subjetivo, se limita a imponer un objetivo, un mandato en la forma de principio, dirigido a los poderes públicos, sin que sea de ninguna manera reclamable esta actuación (y en especial, la del poder legislativo) por parte de los particulares.

La jurisprudencia constitucional en relación al art. 9.2 es rotunda en este sentido. Tal y como reiteradamente declarado por el Tribunal, mientras que el art. 14 sí configura un derecho subjetivo al trato igual, el art. 9.2 no hace lo mismo con el trato desigual, sino que establece un mandato genérico de consecución de igualdad real o de oportunidades para los poderes públicos, que puede actuar de correctivo de la igualdad formal³⁸.

En el caso, por tanto, de la igualdad como mandato de tratamiento desigual, el Tribunal Constitucional ha reforzado todavía más su deferencia hacia el legislador respecto de lo que ya había hecho en el supuesto de la igualdad como prohibición de discriminación³⁹. De acuerdo con la interpretación dada al art. 9.2, el objetivo de la igualdad real faculta, en definitiva, al legislador para justificar políticas sociales sobre esta base, y también entonces a la justicia constitucional para utilizarlo, en el caso de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad que las impugnen, como criterio interpretativo capaz de legitimar la limitación legislativa de derechos subjetivos⁴⁰. Pero, conforme a esa misma interpretación, la igualdad real no permite, en cambio, que prospere una impugnación por omisión de diferenciación por parte del

³⁷ De acuerdo con el mismo espíritu, el art 3 LF, en su segundo párrafo declara: «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

³⁸ SSTC 114/1983, 98/1985 o 19/1988. Para un análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad real, *vid.*, E. CARMONA CUENCA, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 84, 1994, pp. 265-285.

³⁹ Con ello, el Tribunal estaría respetando los límites que le vienen impuestos por su papel de legislador exclusivamente negativo, si bien esa coherencia del Tribunal podría en realidad ser menor, si se tiene en cuenta que, a la hora de enjuiciar las diferenciaciones hechas por el legislador, el Tribunal no siempre se ha abstenido de censurar algunas que, sin ser claramente calificables de discriminatorias por arbitrarias (es decir, por no razonables), se declaraban inconstitucionales por poder ser más razonables (RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 78).

⁴⁰ El TC también ha aceptado la diferenciación de trato basada únicamente en el art. 14 CE: SSTC 65/1983, 25/1989, 180/1991 y 19/1989.

legislador entre situaciones que deberían haber sido tratadas desigualmente (STC 86/1985, FJ 3)⁴¹.

Menos reacios que el Tribunal Constitucional español han sido, sin embargo, sus homólogos alemán e italiano a la posibilidad de apreciar la discriminación por indiferenciación. En diferentes ocasiones han admitido la impugnación de la falta de diferenciación por parte del legislador, como consecuencia lógica de la máxima de igualdad.

Por ejemplo, en la conocida Sentencia de 17 de junio de 1953 del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴², que resolvió un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) contra una decisión jurisdiccional de denegación del llamado derecho al amparo de pobreza o justicia gratuita, se planteó si dicha denegación, justificada en la ausencia de norma legislativa que prescribiera su concesión, vulneraba el art.3 LF sobre igualdad, en la medida en que la ley sí hacía, en cambio, obligatoria la asistencia en juicio de un abogado. La Sentencia contribuyó, así, a clarificar la diferencia entre la igualdad referida a la acción del Estado y la referida a las consecuencias de esa acción, suscitándose el problema de si para crear igualdad de facto (en las consecuencias de la acción) hay que aceptar la desigualdad de iure (en la acción). Se trata de lo que Alexy califica como «la paradoja de la igualdad»⁴³, en tanto que la igualdad jurídica o de iure (en el supuesto, la inexistencia de ayuda económica para la asistencia de un abogado) puede producir la desigualdad sustantiva o de facto, y que llevó al Tribunal a concluir que, si bien la denegación del amparo de pobreza suponía respetar la igualdad en la acción estatal, también comportaba una desigualdad clara en las consecuencias, puesto que iba a impedir a los que carecían de recursos, pero no a los que sí los tenían, reclamar la protección de la justicia, mediante el uso de los recursos judiciales correspondientes. El Tribunal declaró finalmente que en el caso concreto no existía ninguna razón que justificara el trato (fáctico) desigual⁴⁴.

De manera similar, la Corte Constitucional italiana ha admitido la vulneración de la igualdad por falta de diferenciación en la Sentencia 218/1974, de 9 de julio, en la que declaró la nulidad de una norma sancionadora que no diferenciaba entre el cazador que no tenía seguro del que no aportaba el documento acreditativo; así como en la Sentencia

⁴¹ También en este sentido, las SSTC 20/1986, 52/1987, 109/1988 o 48/1989, analizadas en RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 77. La STC 27/1981 sí acepta la relevancia constitucional de la desigualdad por indiferenciación, pero fundamentándola no en el art. 14 CE sino en el 31.1 (igualdad tributaria).

⁴² BVerfGE 2, 336.

⁴³ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 403.

⁴⁴ En sentido contrario, sin embargo, *vid.*, la Sentencia de 14 de abril de 1959 (BVerfGE 9, 237), en la que el Tribunal declara que la igualdad no obliga al legislador «a dictar una regulación que impida que estados de cosas desiguales, de acuerdo con la desigualdad existente, conduzcan a diferentes consecuencias jurídicas».

215/1987, de 8 de junio, en la que estimó inválida una norma que no posibilitaba la asistencia de alumnos minusválidos al ámbito escolar⁴⁵.

Claramente, la máxima de igualdad, especialmente al entrar en diálogo con el mandato de igualdad real, acaba generando su propia dinámica que da lugar a desarrollos no siempre previsibles. Paradigmático en este sentido es el giro producido en la lectura de la segunda parte del art. 14 CE, una vez puesta en combinación con el art. 9.2.

Tal y como ya se ha señalado, el art. 14 contiene, además de lo que se denomina mandato genérico de igualdad, un mandato estricto de igualdad, que prohíbe directamente, sin necesidad de juzgar las razones que lo justifiquen, determinadas diferenciaciones, esto es, las basadas en el uso de ciertos criterios de diferenciación, considerados, por motivos históricos o morales, especialmente odiosos⁴⁶, o atentatorios contra la dignidad humana. Durante mucho tiempo, la segunda parte del art. 14 fue interpretado por la justicia constitucional como una concreción del mandato genérico de no discriminación, en la forma además de regla jurídica, y no de principio o metaprincipio (como en cambio representa el mandato genérico de igualdad). Ello facilitaba enormemente su aplicación, para la que bastaba únicamente comprobar el uso de dichas categorías para declarar inválida la diferenciación (sin requerirse ponderar entre argumentos en favor o en contra de la medida diferenciadora).

Esa interpretación se ha visto, en efecto, alterada, condicionada por su evolución en otros sistemas constitucionales como, notablemente, el norteamericano, adquiriendo finalmente una mayor autonomía respecto de la primera parte del precepto. De entrada, porque de acuerdo con la influyente construcción elaborada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, la utilización de esas categorías no queda completamente prohibida pero sí sometida a un escrutinio especialmente riguroso, por tratarse de categorías calificadas de «sospechosas»⁴⁷, lo que, en su concreción por la jurisprudencia constitucional española, ha comportado sustituir la exigencia de la razonabilidad, para justificar la diferenciación hecha, por la más estricta de la proporcionalidad (STC 126/1997, FJ 8). Pero, además, y en última instancia, porque con ello el Tribunal

⁴⁵ De la misma manera, el TEDH, en la Sentencia de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, condena a Grecia por violación del mandato de no discriminación, por considerar que también se puede entender vulnerado este mandato cuando, sin justificación objetiva razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente distintas. El demandante, testigo de Jehovah, había sido condenado penalmente por negarse a enrolarse en el ejército alegando motivos religiosos y eso había comportado que más tarde no se le permitiera tener acceso a la profesión de perito-contable, sin diferenciarse su caso de otros en los que los delitos cometidos eran de mayor entidad.

⁴⁶ L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 192.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Korematsu v. United States*, de 18 de diciembre de 1944.

Supremo acepta la existencia de grupos especialmente merecedores de protección, lo que en el caso norteamericano se explica por el papel desempeñado por la esclavitud y la segregación racial en la historia del país, pero también por una concepción fragmentada de la sociedad, que se explicita en esa jurisprudencia, siendo esto todavía más relevante desde la perspectiva constitucional de la igualdad que la flexibilización del mandato estricto de no discriminación.

Es, en verdad, esa misma comprensión de la sociedad como subdividida en colectivos sustantivos y en conflicto lo que posteriormente permite al Tribunal Supremo dar un paso más en su razonamiento y legitimar las llamadas acciones positivas y de discriminación positiva o inversa, que preconfiguran el derecho al tratamiento desigual. Se trata de medidas consistentes precisamente en usar las categorías prohibidas, siempre que sea para revertir la discriminación no ya jurídica (puesto que esta queda en todo caso prohibida por el mandato de igualdad como derecho al trato igual) sino extrajurídica, a fin de garantizar la igualdad real y compensar la discriminación de facto sufrida históricamente por determinados grupos en Estados Unidos, como es de manera eminente el caso de la comunidad negra, a través del trato desigual. En el caso de la discriminación positiva, sin embargo, la medida diferenciadora comporta una exclusión (y por tanto discriminación, como su nombre indica) de los miembros del grupo tradicionalmente favorecidos. Y ello resulta especialmente problemático, en tanto que comporta no solo diferenciar usando las categorías prohibidas (para conceder un beneficio a un grupo que tiene unas necesidades especiales) sino también discriminar, en el sentido de excluir a colectivos (que también podrían aspirar a la protección) en base a criterios calificados constitucionalmente de irrelevantes⁴⁸.

Se trata, de hecho, de una construcción especialmente difícil de trasladar (al menos inicialmente) al marco constitucional europeo, el cual, siguiendo el modelo revolucionario francés, se erige firmemente sobre la igualdad formal entre ciudadanos. No obstante, los sistemas constitucionales europeos, irremediablemente influidos por esa interpretación norteamericana, empiezan finalmente a admitir, no sin reticencias, que el mandato estricto de igualdad, en conjunción con el objetivo de igualdad real, ofrece una base para garantizar, no ya únicamente el derecho al trato igual (a través de la prohibición de discriminación), sino también el derecho al trato desigual. Se acepta, en definitiva, que, a fin de revertir la discriminación fáctica de determinados grupos constituidos a partir de los rasgos a los que aluden las Constituciones para excluir su uso, resulta necesario garantizar un trato distinto, aunque ello implique tener que proceder a una discriminación

⁴⁸ *Vid.*, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo norteamericano: *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, de 20 de abril de 1971 o *Regents of the University of California v. Bakke*, de 26 de junio de 1978.

a priori prohibida⁴⁹. De ese modo, lo que durante mucho tiempo se interpreta como un mandato inflexible (que no admite excepciones) y bilateral (que protege en los dos sentidos, a los miembros de los grupos incluidos en cada categoría), pasa a entenderse, desde mediados de los años ochenta en España, como un instrumento al servicio de la igualdad real y no meramente formal, y en beneficio, por tanto, de los grupos tradicionalmente preteridos o marginados, y no de todos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987 es clave en este sentido, en materia de discriminación por razón de sexo, el ámbito en el que, en Europa, se hace más patente la contradicción entre la prohibición de discriminación en sentido estricto y el mandato de igualdad real. En dicha sentencia, el Tribunal admite la utilización del art.9.2 para justificar el tratamiento diferenciado en favor de sectores sociales como el de las mujeres con hijos y evitar su discriminación en el ámbito laboral⁵⁰.

Ese giro en la lectura del art. 14, que permite pasar del derecho al trato igual al derecho al trato desigual, comporta, sin embargo, una serie de problemas. Ante todo, porque la segunda parte del art. 14, que, en el caso del derecho al trato igual, introducía, como ya se ha dicho, una auténtica regla jurídica, en vez de un metaprincipio, como en la primera parte del mismo precepto (el mandato genérico de igualdad), también se convierte, en relación con el supuesto derecho al trato desigual, en un criterio valorativo, en tanto que obliga a enjuiciar si el grupo referido representa uno tradicionalmente preterido o si se trata, en definitiva, de un criterio de diferenciación especialmente atentatorio contra la dignidad. Pero también, porque con ello se refuerza (todavía más que en el caso del derecho al trato igual del mandato estricto de no discriminación) la dimensión colectiva sobre la individual, puesto que con la discriminación positiva se está protegiendo a alguien por el hecho de pertenecer a un grupo, sin comprobarse que a nivel individual sus circunstancias específicas le hagan realmente más merecedor que otro (perteneciente a un colectivo mayoritario o no tradicionalmente discriminado) de la medida protectora. Si bien en el supuesto de la discriminación negativa, el principio de igualdad también protege a los miembros de un grupo tradicionalmente preterido, y se acoge con ello implícitamente la visión de que, por debajo de la categoría general formal de ciudadanos, iguales entre sí, existen diferentes subgrupos

⁴⁹ SSTC 59/2008, 82/2008 o 45/2009, en las que el TC avala la Ley sobre violencia de género. También se ha pronunciado sobre la discriminación positiva el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke c. Bremen* y de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, *Marshall c. Renania del Norte-Westfalia*, tratándose de casos en los que se daba preferencia a las mujeres en el acceso a la función pública. Mientras que el Tribunal rechaza la medida en el primer caso, la acepta en el segundo por ser menos automática la preferencia otorgada a las mujeres y dar así más margen de apreciación.

⁵⁰ *Vid.*, también, en materia de discriminación por razón de sexo, las SSTC 166/1988, 49/1990 o 28/1992.

sustantivamente determinados, la protección en todo caso se concede al individuo que está efectivamente sufriendo una discriminación, siendo precisamente el objetivo último de la prohibición de la medida diferenciadora el negar la relevancia constitucional del criterio diferenciador y, por tanto, rechazar la constitución de colectivos a partir de esos criterios. Esto último inevitablemente cambia con las medidas de acción y discriminación positiva.

Algo parecido hace el TEDH en su jurisprudencia relativa a los grupos que califica de «vulnerables»⁵¹, y que posteriormente inspira al TJUE⁵², además de a las jurisdicciones constitucionales nacionales. Aunque elaborada en un ámbito específico como es el de la protección social, se trata de una jurisprudencia que tiene indiscutiblemente repercusiones directas en materia de igualdad, posibilitando, como en el caso de la reinterpretación del art. 14, un nuevo desarrollo del precepto constitucional que proclama el objetivo de la igualdad real, y que también escapa de lo estrictamente esperable.

La introducción del concepto de la vulnerabilidad por parte del TEDH debe comprenderse en el contexto de la crisis del Estado social, como reacción frente a la anulación que entonces se produce de la eficacia de los derechos sociales, pero que a su vez es consecuencia directa de los límites inherentes a su configuración. Mientras que, por un lado, el Estado social constitucionaliza los derechos sociales, elevándolos a rango constitucional, por otro lado, supedita su eficacia a la disponibilidad de recursos financieros que en cada momento debe apreciar el poder legislativo, desapareciendo esa disponibilidad durante los años de crisis económica y financiera⁵³.

En un período de severos recortes sociales, el Tribunal acude, así, a esa categoría a fin de garantizar una mínima protección, neutralizando las restricciones de gasto en relación con los sujetos que entiende especialmente necesitados de asistencia. Se trata de aquellos que, como consecuencia de las políticas nacionales y europeas de austeridad, quedan excluidos de la distribución de los recursos sociales⁵⁴. Y, al

⁵¹ Sentencias de 18 de enero de 2001, *Chapman c. Reino Unido*, par. 96, y de 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*, par. 84, en las que el TEDH acepta conceder protección en base a la pertenencia a un grupo calificado de «vulnerable». Tal y como argumenta el Tribunal, si bien esa pertenencia no puede sustraer al individuo de la aplicación de las normas generales, sí puede justificar su aplicación adaptada. Se trata de sentencias relativas a colectivos gitanos, pero con las que el Tribunal construye un concepto que va más allá de las minorías étnicas o culturales. *Vid.*, también en este sentido, la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*; de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*; y de 3 de octubre de 2013, *I.B. c. Grecia* (relativas a enfermos de VIH).

⁵² Sentencias del TJUE, en respuesta a cuestiones prejudiciales, de 16 de junio de 2005, C-105/03, *Pupino* (sobre la protección de las víctimas en el proceso penal), y de 19 de septiembre de 2019, C-467/18, *Rayonna prokuratura Lom* (relativa a la protección de los enfermos mentales durante la detención y el proceso judicial penal).

⁵³ P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 17.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

hacerlo, el Tribunal pasa a poner la atención más en el sujeto protegido que en el derecho a ejercer por ese sujeto⁵⁵, implicando eso un nuevo salto respecto del que ya se había dado con el Estado social.

Se podría así decir que la categoría de la vulnerabilidad revela cambios significativos en el Derecho constitucional, construido sobre el concepto de derecho subjetivo, como instrumento de protección de unos determinados bienes jurídicos, a través del reconocimiento de unas facultades a unos sujetos frente a los poderes públicos. En el primer Estado liberal, ese sujeto protegido es uno abstracto y único, la persona física, miembro de la comunidad política, el cual en muchos casos, sin embargo, se extiende a los extranjeros y a las personas jurídicas privadas y, a partir del Estado social, se somete a un proceso de progresiva diferenciación, de acuerdo con las necesidades de protección que las características específicas del sujeto en concreto planteen (distintas, por ejemplo, en el trabajador, en el joven, en el anciano, o en la persona con discapacidad). El concepto de vulnerabilidad pone definitivamente el foco en el sujeto protegido y relega, en efecto, a un segundo plano el contenido del derecho a ejercer, siendo el sujeto el elemento desencadenante de la acción pública protectora, dirigida a garantizar unas mínimas condiciones materiales de vida digna, de cumplirse con determinados rasgos subjetivos (inherentes al sujeto⁵⁶) u objetivos (relativos a la situación en la que se encuentran⁵⁷). Pero se trata de rasgos abiertos y susceptibles, por tanto, de acoger categorías muy variadas de sujetos, reconducibles en todo caso a una única categoría general.

Así, a diferencia de lo que se ha dicho que representa la igualdad material como límite al legislador, exigiéndole una correspondencia entre la medida diferenciadora aprobada y los rasgos concretos del grupo destinatario de la medida, la jurisprudencia relativa a la vulnerabilidad no busca comprobar si se dan unas características específicas diferenciadas, como puede ser el sexo, la raza, la nacionalidad o la condición, por ejemplo también, de trabajador, de preso o de persona con discapacidad, sino una condición general o existencial de vulnerabilidad, en el sentido de estado especialmente débil o dependiente de terceros, al margen de esas otras características individuales que pueden o no darse adicionalmente. Eso obliga a analizar las características específicas de los sujetos y, en definitiva, a seguir identificando grupos sustantivos por debajo de la categoría global de ciudadano, incidiendo, todavía más que con la introducción de la igualdad material, en la idea, que deriva de la

⁵⁵ *Ibid.*, p. xv.

⁵⁶ Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2009, *Zehentner c. Austria* y de 17 de enero de 2012, *Stanev c. Bulgaria* (en relación con personas con discapacidades mentales); así como de 14 de enero de 2020, *Beizaras y Levickas c. Lituania* (relativa a miembros de la comunidad LGTBI).

⁵⁷ Sentencia del TEDH de 27 de noviembre de 2008, *Saldutur c. Turquía* (sobre la protección del procesado penal); y de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia* (relativa a solicitantes de asilo).

igualdad formal, de un sujeto único de protección, sin que sin embargo el concepto de vulnerabilidad elaborado por el TEDH ofrezca criterios formales o materiales capaces de identificarlo claramente. Como en el juicio de igualdad, el Tribunal no procede a una definición del concepto en términos abstractos, ni tampoco a una elaboración de criterios de identificación preestablecidos⁵⁸, limitándose únicamente a poner las bases, presididas por un criterio vago y de contornos difusos como el de la dignidad humana, para su concreción judicial en cada caso.

Con ello, el Tribunal sortea los impedimentos nacionales, introducidos tanto por la vía constitucional como legislativa, a la eficacia de la protección social de los ciudadanos, y obliga a los poderes públicos (y concretamente, al legislativo) a otorgar una determinada protección, fundamentalmente consistente en modular la normativa general aplicable, que parece encaminar el mandato de igualdad real hacia lo que sería un auténtico derecho subjetivo, aunque dirigida únicamente a los miembros de grupos especialmente débiles. Pero, al mismo tiempo, eso comporta dar un salto todavía mayor que el que se da con el mandato de igualdad en sentido estricto, basado en las características sustantivas de determinados grupos, en la medida en que el rasgo cualitativo a tener en cuenta es algo, además de global (puesto que hace referencia a un estado o condición existencial), también, y sobre todo, directamente relacional, esto es, que deriva de la condición de supeditado de un grupo (la minoría) a otro (la mayoría o grupo dominante). Con la categoría de vulnerable, en definitiva, el TEDH estaría explicitando lo que hasta ahora solo se expresaba implícitamente: que lo determinante para constituirse un colectivo como minoría no es tanto que este cuente con un determinado rasgo cualitativo como con una determinada situación, también cualitativa pero relacional o relativa, de inferioridad respecto del otro grupo, el mayoritario.

Dicho de otra manera, en el desarrollo ulterior de la igualdad hecha posible por la jurisprudencia del TEDH en materia de protección social (pero que ya era perceptible en el caso de las medidas de acción y discriminación positiva), la relación entre mayoría y minoría viene determinada por un elemento que, si bien puede derivar de características sustantivas diferenciadas, acaba adquiriendo autonomía. Se trata del estatus global de dependiente o subordinado al grupo mayoritario y que revela un desequilibrio estructural de fuerzas entre los grupos, al margen de que se den o no los rasgos individuales específicos identificados por las Constituciones o por la jurisprudencia constitucional en relación con el mandato estricto de igualdad. Y ello vuelve a situar a los tribunales que controlan a los poderes públicos (en especial, al legislador) en el terreno de lo valorativo, teniendo que acudir a criterios situados fuera del Derecho positivo, si bien reconducibles al principio de dignidad humana y a la efectividad de la protección ofrecida.

⁵⁸ P. SCARLATTI, *op. cit.*, pp. 52-53.

4. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se ha analizado la construcción del juicio de igualdad que acompaña a la consolidación del Estado constitucional de tipo social. Se han examinado así los elementos que integran dicho juicio y los problemas que con él se suscitan.

Tal y como se ha señalado, el paso de la igualdad formal a la igualdad material ha comportado dejar de concebir la igualdad como un elemento que únicamente complementa al principio mayoritario, a base de ofrecer legitimidad a la decisión de la mayoría. Con el Estado social, la igualdad ha pasado además a oponer un límite a la mayoría (la decisión de la mayoría deviene fiscalizable desde parámetros cualitativos), así como también, sin embargo, un objetivo (una obligación de actuar). Y eso ha significado construir el juicio de igualdad a partir de una comparación entre colectivos, que obliga a adoptar previamente un determinado criterio de diferenciación que debe ser relevante o no arbitrario, e imponer una medida diferenciadora ajustada a dicha diferencia observada entre grupos.

El juicio de igualdad se convierte, así, en una actividad valorativa sin que, no obstante, la norma que lo prescribe pueda precisar de antemano los criterios sustantivos que actúan de parámetro de validez. Y se suscitan así importantes problemas nuevos, como es el de la dificultad valorativa que desde la perspectiva jurídica plantea un juicio en el que meramente se contraponen razones en favor de un trato o de otro, y en el que la justicia constitucional debe controlar a la mayoría que decide a partir de criterios no sustantivamente determinados.

Más allá, sin embargo, de la dificultad técnica y de los consiguientes problemas de inseguridad jurídica y de legitimidad democrática que esa operación genera, el cambio de significado del principio de igualdad ha hecho en todo caso posible advertir que los criterios de diferenciación utilizados por la mayoría, lejos de ser necesariamente neutros, como se asumía durante el primer liberalismo, pueden ser arbitrarios o discriminatorios; y que esos criterios de diferenciación utilizados por la mayoría crean colectivos, no se limitan a reflejar su existencia. Es más, desde la perspectiva del Estado social, la acción estatal que diferencia no puede ser neutra, sino que debe estar necesariamente encaminada a la consecución del objetivo (legitimador del Estado) que representa la supresión de las desigualdades reales, y que a su vez cohesiona a los integrantes de la comunidad política en una unidad de protección. Pero es la introducción del control de constitucionalidad en el ámbito de la igualdad lo que permite fiscalizar esas decisiones: a las minorías se les permite cuestionar la realidad de esos colectivos y el trato que se les ofrece, de acuerdo con ese objetivo definido del Estado constitucional,

si bien, paradójicamente, también entonces quebrar esa unidad de protección a base de identificar subgrupos.

En este sentido, el juicio de igualdad desata un diálogo sostenido entre mayoría y minoría, en el que se discute la justificabilidad y la fundamentación de los distintos regímenes jurídicos otorgados a unos y otros colectivos. Pero ese diálogo, sin embargo, desemboca en una cada vez mayor diferenciación entre colectivos, en una cristalización incluso de colectivos enfrentados, que plantea la relación entre mayoría y minoría en términos de subordinación o dominación. Ello hace de esos colectivos entes cada vez menos intercambiables, en tanto que estructurales. Y también comporta que recaiga en la justicia constitucional la decisión acerca de qué colectivos lo son sin tampoco poder contar con criterios sustantivos preestablecidos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 381-418.
- CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 84, 1994, pp. 265-285.
- DE AQUINO, T., *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 179-203.
- GAVARA DE CARA, J. C., «El principio de igualdad», en J. C. GAVARA DE CARA (coord.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el xxv aniversario (1978-2003)*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, pp. 59-106.
- *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983, pp. 71-114.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 67, 1985, pp. 3-32.
- LEIBHOLZ, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München, Beck, 1959.
- PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 211-241.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2, 1995, pp. 111-154.
- REY MARTÍNEZ F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RUIZ MIGUEL, A., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, 19, 1996, pp. 39-86.

SCARLATTI, P., *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

SIMÓN YARZA, F., «De la igualdad como "límite" a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 73-113.