

Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica

Por ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ

Valencia

I. INTRODUCCIÓN

En la línea de algo que ya fue señalado por Aristóteles¹, suele decirse que el principio de igualdad consiste en la exigencia de tratar de manera igual lo que es igual y de manera desigual lo que es desigual. Así caracterizado, el principio de igualdad puede ser considerado como una exigencia ética y jurídica universal o, al menos, universalizable.

Ahora bien, la mencionada definición es puramente formal. Si queremos descubrir cuáles son las exigencias materiales implícitas en el principio de igualdad, es necesario concretarla, esto es, determinar cuándo dos o más personas, grupos de personas o situaciones son iguales, debiendo dárseles un trato normativo igual y cuándo no. Y semejante concreción no puede establecerse *a priori*, no puede desprenderse de fórmulas generales universalmente válidas para todas las ocasiones. Para ello, habrá que tomar en consideración el contexto histórico, las características de las concretas situaciones que exigen justicia, a efectos de qué regulación jurídica se hace el juicio de igualdad, etc. Y es que el principio de igualdad es un principio ético, político y jurídico, esto es, perteneciente al ámbito de la *praxis*. Y los principios prácticos —como destacaba el pensamiento clásico de autores como Aristóteles, Tomás de Aquino, Suárez, Vico, etc., y nos recuerda Ballesteros— son principios no arbitrarios, no meramente discrecionales, pero al mismo tiempo flexibles, es decir, que,

1. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. por M.^a ARAÚJO y Julián MARÍAS, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, V, 1-5.

aun manteniendo su esencia, varían y se adaptan a las diversas circunstancias históricas².

Dada la imposibilidad de otorgar el mismo trato a todas las personas y a todas las situaciones, el Derecho, las normas jurídicas, proceden necesariamente mediante distinciones normativas.

Pues bien, esas distinciones normativas pueden ser evaluadas desde el punto de vista del principio de igualdad. Éste implica unas exigencias impuestas al legislador en lo relativo a la selección de los criterios de diferenciación en base a los cuales se establecen diferencias de trato normativo.

Las normas pueden tomar en consideración las diferencias existentes entre los seres humanos y las situaciones y establecer en base a ellas una diferencia de trato normativo, pero dentro de ciertos márgenes. La problemática del principio de igualdad reside precisamente en establecer cuándo están justificadas y cuándo no las diferencias de trato normativo.

De acuerdo con la caracterización inicialmente propuesta, puede decirse que el principio de igualdad presenta una doble vertiente: de un lado, como principio de equiparación, de no-discriminación, de trato igual a los iguales, o más exactamente de trato igual de las personas o situaciones entre las que existen diferencias, pero que se consideran como irrelevantes a los efectos de que se trate, y de otro lado como principio de diferenciación, esto es, de trato diferenciado de las personas o situaciones entre las que existen diferencias «relevantes» a los efectos de la regulación jurídica de que se trate.

De lo que acabamos de señalar se desprenden dos puntualizaciones importantes.

En primer lugar, que la igualdad absoluta o identidad propiamente sólo se da en las relaciones de identidad de un objeto consigo mismo. Dos personas o situaciones nunca son idénticas entre sí, siempre serán diferentes en algo. Por eso la igualdad es un concepto relativo que implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros. A diferencia de la identidad, la igualdad o desigualdad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia, haciendo abstracción de los demás³.

En segundo lugar, que el juicio de relevancia —como subraya Prieto⁴ ha de efectuarse no de una manera genérica, sino referido a

2. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1986 (2), pp. 102 y ss.

3. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en ADH 1 (1981), p. 265 y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad» en AFD, 1987, pp. 116-117.

4. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, «Igualdad y minorías», Conferencia pronunciada en el Curso Internacional sobre «Las minorías en Europa: Problemas jurídicos y políticos», Valencia del 21 al 30 de marzo de 1994.

un concreto ámbito de regulación jurídica. Una diferencia irrelevante a los efectos de cierta regulación jurídica puede resultar relevante en otro ámbito de regulación. Así la diferencia entre personas mayores y menores de edad es obviamente irrelevante a los efectos del derecho a la vida y, sin embargo, es relevante a los efectos del ejercicio del derecho de sufragio y en general en el ámbito de las normas que limitan la capacidad de obrar de los menores.

Hechas estas dos puntualizaciones, a continuación, en los sucesivos apartados de este trabajo, nos proponemos examinar las dos vertientes del principio de igualdad (principio de equiparación y principio de diferenciación). Veremos asimismo algunas de las cuestiones que suscita el juego de estos dos principios en relación con la extranjería. En un último apartado analizaremos los problemas que plantea la aplicación conjunta de estas dos caras del principio de igualdad, con especial atención a los criterios mantenidos por nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO EXIGENCIA DE EQUIPARACIÓN

En cuanto exigencia de equiparación, el principio de igualdad implica el trato igual de las personas y de las situaciones no idénticas, pero sí equiparables en cuanto que las diferencias existentes entre ellas se estima que deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa. Esta vertiente del principio de igualdad supone hacer abstracción de determinados rasgos distintivos que de hecho existen entre los seres humanos y las situaciones, pero que se consideran como irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado⁵.

Puede decirse que el principio de igualdad como exigencia de equiparación prohíbe de una manera genérica las desigualdades de trato arbitrarias, injustificadas o irrazonables, según la terminología empleada por los Tribunales Constitucionales y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lugar destacado dentro de esta dimensión del principio de igualdad lo ocupan los principios de no discriminación por razón de raza, sexo, religión, estrato social, etc., en cuanto que, entre otras cosas, suponen que tales rasgos distintivos entre las personas deben consi-

5. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., pp. 265-267 y LAPORTA, Francisco, «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema* 67, julio 1985, pp. 13-15. En la misma línea, RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933, p. 98 y BRUNNER, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, México, UNAM, 1961, p. 34.

derarse, al menos en principio, como irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado⁶.

Ahora bien, puede decirse que, aunque el principio de no discriminación es una manifestación del principio general de igualdad de trato, su alcance es más intenso y distinto al de la simple prohibición genérica de desigualdades de trato arbitrarias. La especificidad del principio de no discriminación respecto del principio general de igualdad de trato reside en el sentido emancipatorio o antisegregacionista de aquél frente a fenómenos sociales reales de segregación y de marginación históricamente muy arraigados que han situado, tanto por las acciones de los poderes públicos, como por la práctica social, a determinados grupos o categorías de personas (como por ejemplo los miembros de ciertas confesiones religiosas, los «no blancos», los hijos ilegítimos, la población femenina, los que tienen ciertas opiniones políticas, etc.), «en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona»⁷. Este sentido emancipatorio de los principios de no discriminación por razón de raza, sexo, religión, estrato social, etc., ha sido destacado recientemente por Bobbio en su sugerente ensayo sobre el tema *Destra e sinistra*. En él declara, refiriéndose al artículo 3 de la Constitución italiana, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, lengua, religión, etc., que «Questo articolo è una sorta di sintesi dei risultati cui sono giunte lotte secolari ispirate all'ideale dell'egualianza, risultati ottenuti eliminando via via le discriminazioni fondate su differenze che erano ritenute rilevanti e che a poco a poco vengono a cadere per ragioni storiche molteplici; risultati di cui si fanno rivendicatori, interpreti e promotori, dottrine e movimenti egualitari»⁸.

Por lo demás, conviene tener presente que, junto a este concepto estricto de discriminación al que acabamos de aludir, el término discriminación se utiliza a menudo, concretamente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de nuestro Tribunal Constitucional, con un significado genérico como sinónimo de desigualdad de trato arbitraria, injustificada o no razonable⁹, inde-

6. En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 267, y LAPORTA, F., «El principio de igualdad: ...», cit., p. 14.

7. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 17-19; 64-78; 232-247 y *passim* y las STC 128-87, de 16 de julio (la cita está tomada de esta sentencia, F. 5), 166/88, de 26 de septiembre y 19/89, de 31 de enero.

8. Vide BOBBIO, Norberto, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli, 1994, p. 78.

9. En este sentido, entre otras muchas, las Sentencias: 22/81, de 2 de julio, F. 3, que recoge expresamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 34/81, de 10 de noviembre, F. 3; 99/83, de 16 de noviembre, F. 1; 1/84, de 16 de enero, F. 2; 177/88, de 10 de octubre, F. 5; 209/88, de 10 de noviembre, Fs. 4 y 6.

pendientemente de que tenga o no la trascendencia sociológica que caracteriza a la discriminación en sentido estricto.

En la Constitución española encontramos diversas manifestaciones del principio de igualdad como exigencia de equiparación. Ante todo, el mencionado artículo 14. Puede decirse¹⁰ que el artículo 14 establece en su primer inciso, cuando proclama que «los españoles son iguales ante la ley», el principio general de igualdad de trato que supone una prohibición genérica de desigualdades de trato arbitrarias. Y a continuación en su segundo inciso establece una prohibición de discriminación por razones específicas.

Al respecto conviene aclarar que la enumeración del artículo 14, de las razones de discriminación que se prohíben, no es cerrada ni exhaustiva. La cláusula general final («o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») muestra bien a las claras el carácter no limitativo del precepto y permite su aplicación expansiva. En esto nuestra Constitución ha seguido el criterio de los instrumentos internacionales, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la mayor parte de las Constituciones extranjeras, que no han querido dejar fuera ninguna discriminación, presente o futura. Así lo ha entendido la doctrina¹¹ y nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha considerado incluidas dentro de la cláusula general final del artículo 14 otras causas de discriminación no expresamente previstas en el precepto, por ejemplo, la edad¹².

Por otra parte, conviene aclarar también que las prohibiciones específicas del artículo 14 no son absolutas. No se trata de que toda distinción que utilice como criterio diferenciador alguno de los factores expresamente previstos en el artículo 14 vulnere automáticamente dicho precepto y sea, por tanto, inconstitucional¹³. Ahora bien, lo que sí puede decirse es que la discriminación por estas causas es objeto de una «especial valoración negativa» por otra parte de la Constitución¹⁴ y que las clasificaciones que empleen alguno de estos factores como criterio de diferenciación son, por utilizar la termino-

10. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 65 y STC 128/87, de 16 de julio, F. 5; 166/88, de 26 de septiembre, F. 2 y 19/89, de 31 de enero, F. 4.

11. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 177 y 231-247. En este mismo sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Sobre la igualdad en la Constitución española», en AFD, Tomo IV (nueva época), 1987, p. 151.

12. STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983, F. 3. Ello no obstante, esta sentencia admitió la constitucionalidad del precepto impugnado por entender que en este caso la diferencia de trato por razón de edad contaba con un fundamento objetivo y razonable.

13. En este sentido, las STC 128/87, F. 7 y 166/88, F. 2, ambas relativas a la utilización del sexo como elemento diferenciador.

14. Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, Vol. I, p. 71.

logía acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente sospechosas de inconstitucionalidad (*suspects classifications*)¹⁵, razones por las cuales será necesario un mayor rigor en el enjuiciamiento de su posible justificación¹⁶.

Pueden considerarse asimismo como concreciones especificadoras del principio de equiparación, entre otros, los artículos 32.1, que proclama la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio; el 35.1, que prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral; el 39.2, que establece la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación; el 139.1, que dispone que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

III. IGUALDAD Y EXTRANJERÍA

También puede considerarse como una manifestación del principio de equiparación el artículo 13.1. de la Constitución cuando establece: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Sin embargo, la equiparación entre nacionales y extranjeros no es absoluta.

En primer lugar, el propio artículo 13 en su párrafo segundo (redactado según la reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992) indica que: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales» (en la redacción originaria de este párrafo la salvedad final hacía referencia sólo al «derecho de sufragio *activo* en las elecciones municipales». Por reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 se añadió la referencia al sufragio *pasivo* a fin de que los compromisos asumidos por España en el tratado de Maastricht fueran compatibles con la Constitución). Los extranjeros se encuentran pues con una limitación en la esfera de los derechos políticos que se extiende con carácter general al derecho de sufragio activo y pasivo y al desempeño de funciones y cargos públicos, con la única excepción del sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, en los términos que establezcan los tratados o las leyes atendiendo a criterios de reciprocidad. Este párrafo segundo del artículo 13 puede considerarse como una manifestación de la otra vertiente del principio de igualdad a la

15. Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 107.

16. En este sentido parecen pronunciarse las STC 81/82, de 21 de diciembre; 128/87, de 16 de julio, F. 7.; 58/94, de 28 de febrero, Fs. 4, 5 y, especialmente, 6.

que antes aludíamos y a la que enseguida nos referiremos, esto es, el principio de diferenciación.

Por su parte, el párrafo primero del artículo 13 ha sido interpretado en el sentido de que todos los derechos y libertades del Título I de la Constitución son aplicables a los extranjeros, salvo los expresamente excluidos por el texto constitucional. La exclusión puede ser explícita, como la del artículo 13.2, o implícita al circunscribirse la titularidad de algunos derechos y deberes sólo a los españoles. Ahora bien, en este caso la exclusión debe interpretarse con prudencia, teniendo en cuenta que el artículo 10.1 de la Constitución declara que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social» y que, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, los extranjeros tienen la protección de los Acuerdos Internacionales suscritos por España ¹⁷.

Por otra parte, el artículo 13.1 en su último inciso remite a los tratados y a la ley la regulación del ejercicio por los extranjeros de los derechos y libertades que el mencionado artículo les reconoce. Dicha regulación fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta ley ha sido y sigue siendo objeto de críticas por entenderse que impone restricciones excesivas al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros y que priva a éstos de garantías jurídicas fundamentales para la protección de sus derechos ¹⁸.

La Ley Orgánica 7/85, comúnmente denominada «Ley de Extranjería», fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados aspectos de la misma.

La STC 115/87, de 7 de julio, que resolvió este recurso estimó parcialmente el mismo, declarando inconstitucionales el inciso «y solicitar del órgano competente su autorización» del artículo 7, el artículo 8.2 y el segundo inciso del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/85. Respecto del artículo 26.2, párrafo segundo (relativo al internamiento preventivo de extranjeros previo a su expulsión que, en determinados supuestos, autoriza el artículo 26.2), declaró su cons-

17. En este sentido, el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados aspectos de LO 7/85, de 1 de julio, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España. En la misma línea, AÑÓN ROIG, M. José, DE LUCAS y MARTÍN, Javier y VIDAL GIL, Ernesto Jaime, «Notas sobre una legislación amenazante», en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, EDERSA, núm. 29, 1986.

También la STC 99/85, de 30 de septiembre, parece inclinarse por una interpretación cercana a ésta.

18. Un interesante comentario de LO 7/85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su redacción original, puede verse en AÑÓN ROIG, M. J., DE LUCAS y MARTÍN, J. y VIDAL GIL, E. J., «Notas sobre una legislación amenazante», cit.

titucionalidad estableciendo, mediante una sentencia interpretativa, la interpretación conforme a la Constitución que debe hacerse del mismo en el sentido de que debe entenderse que más allá de las 72 horas la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad corresponde al órgano judicial, el cual habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. El internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la decisión judicial que autoriza dicho internamiento ha de ser «adoptada mediante resolución judicial motivada... que debe respetar los derechos fundamentales de defensa..., así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial...»¹⁹.

Según había declarado el Tribunal Constitucional en una importante sentencia de 23 de noviembre de 1984, pocos días antes de la aprobación por el Consejo de Ministros del proyecto de Ley de Extranjería, el 12 de diciembre de 1984, la remisión del último inciso del artículo 13.1 «no supone... que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas»²⁰, es decir —según aclara, en la misma línea, una sentencia posterior de 30 de septiembre de 1985—, «no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes»²¹. Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales y por tanto dotados de la protección constitucional, pero los Tratados y la Ley podrán modular su contenido y ejercicio.

Ahora bien, puede decirse que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en la configuración legal de tales derechos y libertades el legislador no es enteramente libre al llevarla a cabo. En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado:

1. Que «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos». Así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, «que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español». Se trata de derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc.²². Este fue precisamente uno de los argumentos empleados por la STC 115/87, de 7 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad

19. STC 115/87, de 7 de julio, F. 1.

20. STC 107/84, de 23 de noviembre, F. 3.

21. STC 99/85, de 30 de septiembre, F. 2.

22. STC 107/84, de 23 de noviembre, Fs. 3 y 4 y STC 99/85, de 30 de septiembre, F. 2.

interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la LO 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para declarar la inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 34 de dicha ley que establecía que: «En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley». Ello supone una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho respecto del cual —recuerda la sentencia— la Constitución reconoce la igualdad de trato de unos y otros²³.

2. La STC 115/87 declara que «El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros», esto es, autoriza diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros (hay que entender que se refiere a los derechos no incluidos en el grupo anterior). Pero no permite —continúa la citada sentencia— que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya sido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. En definitiva, el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho de que se trate. En base a este argumento se declaró la inconstitucionalidad de la exigencia de *autorización previa* para promover la celebración de reuniones públicas o de manifestaciones (artículo 7 de la LO 7/85), porque «al imponerse la necesidad de autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión» y la inconstitucionalidad del párrafo 2 del artículo 8 de la LO 7/85, que establecía la posibilidad de suspensión administrativa de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, mientras que el artículo 22.4 de la Constitución establece que las «asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada», mandato del artículo 22.4 que forma parte del contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio²⁴.

Pese a la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, la Ley de Extranjería sigue siendo objeto de críticas por considerarla restrictiva, por lo menos tal como de hecho es aplicada²⁵. Hay que tener en cuenta que, en pocos años, España ha dejado de ser un país de emigración para convertirse en un país de inmigración y en puente para la inmigración

23. STC 115/87, de 7 de julio, F. 4.

24. STC 115/87, de 7 de julio, Fs. 2 y 3.

25. En este sentido, entre otros, DE LUCAS, Javier, *Europa: ¿Convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 83 y ss., y ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 182 y ss.

hacia otros países comunitarios. Precisamente por ello y al mismo tiempo, la Comunidad Europea —ahora la Unión Europea— exige a España que ejerza el papel de muro de contención frente a los flujos migratorios provenientes de fuera de la Unión. En estas circunstancias, sobre todo en lo que atañe a la entrada de trabajadores extranjeros no comunitarios, nuestra legislación de extranjería y, más aún, la aplicación gubernativa de la misma, es cada vez más restrictiva. Hay una amplia coincidencia en subrayar que la Ley de Extranjería deja grandes márgenes de ambigüedad y vaguedad²⁶. De ahí que, en muchos aspectos, la normativa que realmente se aplica en la práctica venga constituida, junto con el reglamento de ejecución de la ley (26 de mayo de 1986), por centenares de disposiciones de desarrollo de la ley, tales como la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 y otra serie de circulares, instrucciones, notas, etc., de rango inferior. Por esta razón, se ha dicho que, en la práctica, se ha producido una «desconstitucionalización» de los derechos de los extranjeros²⁷, que es precisamente lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84, de 23 de noviembre, excluía de manera expresa, como antes veíamos. Es más, puede decirse que, en la práctica, asistimos a una «deslegalización» de los mismos.

Por otra parte, junto a los factores jurídicos del tratamiento constitucional, legal y también gubernativo del tema de la extranjería, a los que hasta ahora nos hemos referido, no podemos olvidar ciertos factores sociales que interactúan con los anteriores. El problema de la xenofobia, ligado en gran medida al fenómeno del racismo, ha prendido en los últimos años en Europa, con diversas intensidades y características en los distintos países. Especialmente alarmante parece la situación en Alemania a tenor de las noticias que recibimos. Estos fenómenos sociales parecen estar abriéndose paso asimismo en España²⁸.

Como nos recuerda Ballesteros, la marginación de las minorías étnicas puede llegar hasta la hostilidad y el rechazo violento, aunque hoy se presenta sobre todo bajo la forma de «desprecio hacia los que no siguen *the best one way*, los tercemundistas», desprecio que, en buena medida, no hace sino enmascarar «el deseo de dominio sobre los peor situados en el Tercer y en el Cuarto Mundos»²⁹.

Ante el recrudecimiento de la xenofobia y el racismo al que asistimos hoy en Europa, se ha subrayado que estos problemas no pueden

26. Sobre las ambigüedades y vaguedades de la ley, entre otros, DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir con la diferencia?*, cit., p. 85 y ATIENZA, M., *Tras la justicia*, cit., pp. 201 y ss.

27. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir...?*, cit., p. 84.

28. Sobre el racismo en España pueden verse los trabajos de CALVO BUEZAS, *Los racistas son los otros*, Madrid, Ed. Popular, 1989; *¿España racista?*, Anthropos, Barcelona, 1990; *El racismo que viene*, Madrid, Tecnos, 1990.

29. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 43 y ss. Las citas son de las pp. 45 y 46.

resolverse únicamente por vía legislativa, judicial y de policía, o fomentando la educación ciudadana sobre el particular —aunque la actuación en ambas esferas es, desde luego, imprescindible—, sino que, sobre todo, se precisa una voluntad política decididamente solidaria para con los pueblos del Sur³⁰.

Frente a la situación jurídica (de equiparación sólo parcial en el trato entre nacionales y extranjeros) y social (de creciente marginación xenófoba y racista de los extranjeros en Europa), conviene recordar que lo propio del Derecho —como destaca Ballesteros³¹— es la no discriminación, el respeto universal al otro, a cualquier otro, con independencia, entre otras cosas, de su condición de extranjero. La experiencia jurídica exigiría una igualdad mínima entre todos los seres humanos, consistente precisamente en el igual reconocimiento a todos ellos de los derechos humanos, como indispensables a todo individuo.

Por lo demás, no pocos autores abogan por una mayor equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros. En esta línea, Massimo La Torre argumenta como sigue. Primero: La subjetividad o personalidad jurídica, a la cual va ligada la titularidad de derechos, no se identifica con la ciudadanía. Segundo: El derecho a la personalidad jurídica, esto es, el derecho a ser reconocido como sujeto de derechos, el derecho a tener derechos, antecede no sólo moralmente, sino también léxicamente, conceptualmente, a todos los demás derechos y, por tanto, a la ciudadanía y a los derechos políticos, normalmente reservados a los ciudadanos, aunque con algunas excepciones, como la establecida por el reciente Tratado de la Unión Europea, a la que antes nos hemos referido. Sobre estas bases llega a la conclusión de que «no deberíamos tomar demasiado en serio la ciudadanía como noción central o incluso única alrededor de la cual se construye toda clase de titularidad de derechos... En la situación política actual, los países de Europa occidental no tienen razones de peso para no conceder *todos* los derechos civiles y sociales a todos los hombres y mujeres —cualquiera que sea su ciudadanía— que residen en ellos. Incluso podrían conceder derechos políticos a los no ciudadanos siempre que sean miembros *de facto* de la comunidad política, por ejemplo, si han crecido o han estado trabajando en ella»³².

30. Cfr. DE LUCAS, J., *Europa: ¿Convivir...?*, cit. pp. 44 y 96. Del mismo autor, sobre la solidaridad, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.

31. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, «El Derecho como no-discriminación y no violencia», AFD, Tomo, XVII, 1974, *passim* y *Sobre el sentido del Derecho*, cit., pp. 125 y ss.

32. LA TORRE, Massimo, «La ciudadanía, una apuesta europea», conferencia pronunciada en el Curso Internacional sobre «Minorías en Europa: Problemas jurídicos y políticos», Valencia, del 21 al 30 de marzo de 1994.

También se ha argumentado en favor de la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros apoyándose en el principio de dignidad humana. Así, se ha sostenido que se atenta contra la dignidad humana desde el momento en que el criterio para distribuir los bienes básicos en una sociedad, esto es, los derechos fundamentales, incluidas las libertades políticas o el derecho al trabajo, «se hace depender de circunstancias que no tienen que ver con las acciones voluntarias de los individuos», una de cuyas circunstancias es el hecho de ser extranjero³³.

Por su parte, Bobbio, en el reciente ensayo al que antes nos referíamos, tras haber afirmado que el verdadero criterio de distinción entre derecha e izquierda reside en el igualitarismo de esta última frente al desigualitarismo de la primera, afirma que las más graves desigualdades en la actualidad son las que existen entre el mundo desarrollado, de un lado, y el Tercer y Cuarto Mundos, de otro, y que este es el gran desafío que hoy tiene que afrontar la izquierda³⁴.

IV. IGUALDAD Y DIFERENCIACIÓN

Hasta ahora nos hemos referido al principio de igualdad como principio de equiparación, pero, como apuntábamos antes, ésta no es su única vertiente, sino que el principio de igualdad presenta una doble dimensión: como principio de equiparación y como principio de diferenciación. En efecto, el principio de igualdad no puede suponer en modo alguno una exigencia de que el Derecho trate a todos y todas las situaciones de la misma manera. El principio de igualdad no impide que el Derecho y los órdenes normativos en general tomen en consideración la diversidad de situaciones para darles un trato normativo diferenciado. De lo contrario, se llegaría a resultados absurdos. Como escribe Laporta, «es fácil combatir la igualdad mediante la invención de un mundo delirante en el que, por ejemplo, se medicine igual a los sanos y a los enfermos, se castigue igual a los culpables y a los inocentes, se otorguen los mismos grados a los competentes y a los ignorantes, etc. Pero ese mundo caótico no es más que un puro esperpento carente de relación alguna con las exigencias ético-políticas de igualdad»³⁵.

Por otra parte, como se subraya a menudo, la equiparación absoluta de todos y todas las situaciones, esto es, la absoluta identidad de trato de todos y de todas las situaciones no hace sino conducir a una sucesión de desigualdades reales³⁶. «El trato igual —escribe

33. ATIENZA, M., *Tras la justicia*, cit., pp. 234-237. La cita es la p. 235.

34. BOBBIO, N., *Destra e sinistra*, cit., pp. 85-86 y *passim*.

35. Vide LAPORTA, F., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», cit., p. 12.

36. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 268.

Brunner— es justo solamente cuando en realidad significa algo igual para todos. Si el maestro exigiera a los alumnos de la clase inferior lo mismo que a los de la clase superior, sería injusto, porque el trato igual constituiría en realidad de verdad un trato desigual... Generalmente la simple igualdad es tan sólo una justicia aparente, porque asigna a cada uno lo mismo, sólo aparentemente, y no en realidad de verdad»³⁷.

En la Constitución española, al igual que en otras, encontramos algunas manifestaciones del principio de igualdad como principio de diferenciación. Así, por lo que respecta a los extranjeros, y como antes veíamos, el artículo 13.2 y aquellos artículos que circunscriben la titularidad de algunos derechos y deberes sólo a los españoles, aunque, como señalábamos antes, esta exclusión debe interpretarse con prudencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.1 y 2 de la Constitución.

También puede considerarse como expresión del principio de diferenciación el principio de progresividad del sistema tributario que establece el artículo 31.1 de la Constitución.

Puede considerarse asimismo como una especificación del principio de diferenciación el artículo 103.3 de la Constitución, a cuyo tenor «la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad». Hoy se suele considerar que este principio de diferenciación en atención al mérito y a la capacidad debe ir unido a la existencia de una igualdad de oportunidades efectiva (y no meramente formal) de todos los miembros de la sociedad, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual.

Por lo demás, se suele entender que la consecución de la igualdad sustancial es una razón que puede justificar la introducción de diferencias de trato. De ahí la justificación del principio de progresividad del sistema tributario.

Pero el problema de la posible justificación de las desigualdades formales de trato en aras de la consecución de una mayor igualdad real se plantea sobre todo con respecto a la llamada «discriminación inversa», la cual supone la adopción de medidas diferenciadoras que favorecen a los colectivos discriminados que se encuentran en situaciones sociales desventajosas, medidas que tienden a eliminar esta desigualdad real y a potenciar la igualdad. Puede decirse que la razonabilidad, la justificación de tales medidas y su consiguiente compatibilidad con el principio de igualdad de trato reside en la existencia de diferencias sociales reales que necesitan ser compensadas. Por esta razón, se entiende que la persistencia de tales medidas debe

37. Vide BRUNNER, E., *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, cit., pp. 35-36.

quedar condicionada a la persistencia de las circunstancias sociales discriminatorias ³⁸.

V. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y RAZÓN PRÁCTICA

Una vez aceptado que el principio de igualdad no excluye, de una manera absoluta e incondicionada, las diferencias de trato normativo, puede decirse que el problema que plantea la aplicación del principio de igualdad es el de determinar cuándo las situaciones deben considerarse como iguales por no existir entre ellas diferencias relevantes a los efectos de que se trate, debiendo, por consiguiente, recibir un tratamiento normativo igual y cuándo, en cambio, las situaciones pueden considerarse como diferentes por existir entre ellas diferencias relevantes, pudiendo e incluso debiendo recibir un trato normativo diferenciado. La respuesta a este problema no puede desprenderse de fórmulas generales universalmente válidas para todas las ocasiones, sino que, por una parte, aparece vinculada al concreto momento histórico, dependiendo, por tanto, de la evolución de la propia conciencia jurídica y, por otra parte, debe atender a las exigencias de la concreta realidad que hay que regular ³⁹. Ahora bien, como suele suceder allí donde se trata de problemas prácticos —relativos a la *praxis*—, éticos, políticos, jurídicos, la respuesta no siempre aparece clara y unívoca. Por otra parte, no cabe duda de que la respuesta a dicha pregunta implica valoraciones. De ahí que el principio de igualdad tal como es hoy entendido por la doctrina y por la jurisprudencia remita a la necesidad de justificar las diferencias de trato.

Puede decirse que hoy es algo comúnmente admitido en la doctrina el reconocimiento de que la aplicación del Derecho no es una aséptica operación mecánica, sino un proceso complejo en el que tienen lugar valoraciones, opciones decisorias que precisan de una legitimación suplementaria, si se quiere alejar la sospecha de arbitrariedad. De ahí que el problema fundamental que hoy se plantea en el ámbito de la metodología jurídica, y al que tratan de dar una respuesta las modernas teorías de la argumentación jurídica, sea precisamente el de cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas esas valoraciones. Pues bien, «el principio de igualdad ante la ley... constituye un punto en torno al cual expresamente se articulan algunos de esos notables problemas del método jurídico» ⁴⁰.

38. En este sentido, STC 128/87, F. 8.

39. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento...», cit., p. 267 y GARCÍA AMADO, J. A., «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», cit., pp. 116-117.

40. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., art. cit., pp. 111-112. La cita está tomada de la p. 112.

Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales (alemán, italiano, español, Tribunal Supremo norteamericano, etc.) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el principio de igualdad formal no impone al legislador una prohibición absoluta de establecer diferencias de trato, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean discriminatorias por ser arbitrarias, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Pero, en definitiva, la calificación del fundamento como suficiente o no es un problema valorativo, de modo que subsiste un espacio amplio de decisión creadora del Tribunal en la concreción de ese derecho fundamental. De ahí, la necesidad de establecer unas pautas o criterios para la fundamentación racional, objetiva y aceptable intersubjetivamente, del enjuiciamiento acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades establecidas en la creación y aplicación del Derecho⁴¹. A tal objeto, los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han elaborado métodos para el enjuiciamiento de la razonabilidad o no, de la justificación o no de las desigualdades de trato normativo, que, aunque presentan rasgos diferenciales en la práctica constitucional de los distintos países, son sustancialmente, en lo que respecta a su orientación general, muy semejantes entre sí. Vamos ahora a referirnos brevemente a este método en la forma en que es aplicado por nuestro Tribunal Constitucional.

Aunque en el examen de la jurisprudencia constitucional encontramos argumentaciones muy diversas para justificar la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades de trato normativo, puede decirse que el método empleado es sustancialmente semejante en la mayor parte de los casos. Para el examen de dicho método vamos a basarnos en la descripción que del mismo hace la STC 209/88, de 10 de noviembre, que resume la reiterada doctrina del alto Tribunal sobre la igualdad en la ley (doctrina que se remonta a la STC 22/81, de 2 de julio, que hizo suya expresamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia a la que se remiten otras muchas posteriores) en los siguientes términos: «para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias, resulta indispensable 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...» (STC 75/1983, fundamento jurídico segundo). Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que

41. Sobre ello, GARCÍA AMADO, J. A., art. cit., *passim*.

la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad»⁴².

De esta descripción del Tribunal Constitucional del método a seguir en el enjuiciamiento de la razonabilidad o no, de la justificación o no de la desigualdad de trato normativo, se desprende, en primer lugar, que es la finalidad perseguida por la norma la que se utiliza como parámetro para determinar si la desigualdad de trato está o no justificada. Este es, en efecto, el método seguido por gran parte de los Tribunales Constitucionales y, en particular, por el Tribunal Supremo norteamericano, por el Tribunal Constitucional italiano y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y asimismo este es el método que usualmente utiliza nuestro Tribunal Constitucional, manteniendo explícita o implícitamente la necesidad de justificar la desigualdad de trato en la finalidad perseguida por la norma. De acuerdo con ello, para que la desigualdad de trato se considere justificada y razonable es necesario, ante todo, que guarde relación con el objetivo, con el fin de la norma, con el interés protegido por ella. En otros términos, es preciso que el factor diferencial escogido por el legislador y en base al cual se distinguen los supuestos de hecho para aplicarles disciplinas normativas diferentes, resulte razonable y teleológicamente fundado en función de los fines perseguidos por la norma. Es necesario además que los fines perseguidos por la norma, los intereses que la misma protege, en función de los cuales se pretende justificar la diferencia de trato, sean a su vez legítimos.

Puede decirse que en la doctrina del Tribunal Constitucional la legitimidad del fin debe vincularse con la propia Constitución. Pero la vinculación a la Constitución puede estructurarse de dos maneras:

1. Positivamente: La legitimidad de la finalidad en base a la cual se introduce la diferenciación se apoya en un precepto o en un principio expreso de la Constitución.

2. Negativamente: Deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso de la misma⁴³.

Por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad al que hace referencia la sentencia citada, diremos que si bien muchas sentencias

42. STC 209/88, de 10 de noviembre, F. 6.

43. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 63.

del Tribunal Constitucional exigen al menos sobre el papel que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y los medios empleados (la desigualdad de trato), en la práctica el Tribunal Constitucional sólo lleva a cabo este juicio de proporcionalidad en contadas ocasiones ⁴⁴.

44. En general, sobre el método seguido por el Tribunal Constitucional para el enjuiciamiento de la justificación o no, de la razonabilidad o no de las diferencias de trato normativo puede verse ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española», cit., pp. 21 y ss.; íd., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 206-238; JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», cit., pp. 71 y ss.; SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pp. 162-185 y 212-218 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 51-63.

Un estudio en profundidad de la línea argumentativa del Tribunal Constitucional en dos sentencias relativas al problema de la equiparación entre matrimonio y convivencia *more uxorio*, a los efectos de la prórroga forzosa de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en VIDAL GIL, Ernesto J. y MARTÍN MORÓN, M.^a Teresa, «Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente *more uxorio* en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1993. Téngase en cuenta que, sin embargo, una sentencia posterior (STC 66/1994, de 28 de febrero, «BOE» de 24 de marzo del 94) considera justificada la diferenciación entre matrimonio y convivencia *more uxorio* a los efectos de percepción de pensiones, manteniendo en este punto lo que viene siendo doctrina reiterada del tribunal.

