

GAVARA DE CARA Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson Aranzadi, 2005, 226 pp.

La obra que se procede a recensionar viene a cubrir un hueco muy importante en la doctrina constitucionalista. Hasta hace poco, el estudio relativo al principio de igualdad se había centrado principalmente en la dimensión política, sociológica y politológica del mismo. Su dimensión jurídica había quedado en un segundo plano. Recientes publicaciones sobre el juicio de igualdad, el juicio de proporcionalidad y ésta que ahora comentamos sobre un aspecto concreto del juicio de igualdad —el término de comparación— están llenando ese vacío. El art. 14 CE no sólo es un precepto jurídicamente invocable ante los Tribunales; es, además, y sólo por detrás del art. 24 CE, el derecho fundamental sobre el que en más ocasiones se ha de pronunciar el Tribunal Constitucional, lo que hace especialmente necesario estudiar, desde el sosiego del estudio académico, las mejores soluciones para incrementar la calidad jurídica de las sentencias que recaigan sobre él.

Como se ha comentado, nuestra monografía ni siquiera se ocupa del juicio de igualdad desde un punto de vista general, sino de una subcategoría del juicio de igualdad —el *tertium comparationis*— que no es, ni siquiera, la más importante de ellas. Ello abunda en la tendencia actual de la doctrina constitucionalista consistente en analizar con un detalle casi mi-

croscópico una categoría menor, incluso dando lugar a una monografía. Algo así es comprensible si se busca la originalidad en las aportaciones, pero puede caer en el peligro de sobredimensionar la figura objeto de estudio, a la que se da una relevancia muy por encima de la que realmente tiene. En realidad, pese al notable esfuerzo empleado en dotarlo de una dimensión especialmente elevada, el término de comparación no da para demasiada literatura, por lo que la monografía es corta, lo que justifica que se complemente con la transcripción de los fundamentos jurídicos más importantes de una amplia selección de sentencias relevantes, algo que resulta, a la postre, bastante útil para contrastar directamente con la jurisprudencia constitucional las sugerencias más interesantes que se hacen en la obra. Nos encontramos, por tanto, ante un estudio pormenorizado del término de comparación, esto es, de la situación jurídica —o como prefiere señalar el autor, la norma jurídica— con la que se compara otra situación jurídica sospechosa de violar el principio de igualdad. Ese estudio exhaustivo se divide en seis capítulos, que se pasan a describir desde un punto de vista crítico.

En el primer capítulo, se analiza la necesidad del término de comparación para la construcción del juicio de igualdad. Con este objetivo, se esboza una

descripción de lo que significa el principio de igualdad jurídica recogido en el artículo 14 de la Constitución. El autor se centra en el carácter relacional de la igualdad, que conlleva la necesidad de recurrir a un término de comparación para entender su estructura. Se recurre, incluso, a la teoría de la vacuidad de la igualdad para incidir en este carácter relacional. Esta teoría, elaborada por la doctrina estadounidense, en concreto por Peter Westen, señala que una declaración de igualdad es una fórmula vacía porque siempre encubre, por necesidad, la declaración de un derecho. En mi opinión, si bien una reflexión así podría deducirse de la jurisprudencia del TS de Estados Unidos en torno a los derechos fundamentales, debido a la influencia en la génesis de muchos de ellos de la cláusula de *equal protection* de la Decimocuarta Enmienda, en nuestro sistema constitucional no es tan pertinente. Es cierto que el derecho a la igualdad sólo tiene naturaleza propia cuando se relaciona con la vulneración de otro derecho subjetivo o de un interés legítimo, pero ello no supone que para que entre en juego se tenga que invocar necesariamente otro derecho fundamental recogido en la Constitución. El derecho a la igualdad necesita de la invocación de algún interés o derecho diferente para existir, pero no es vacío en la medida en que, sin su concurso, dicho interés o derecho, que no se ha reconocido al demandante pero sí a un tercero, no tendría suficiente virtualidad para ser invocado o, en el mejor de los casos, cuando el derecho afectado se reconoce también autónomamente en otro artículo de la Constitución, su fuerza vinculante se vería disminuida.

El segundo capítulo se dedica a distinguir entre la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley a través de la diferente estructura del término de comparación en uno y otro. Para mí, la diferencia entre términos de comparación es una consecuencia más de la dife-

rencia entre un juicio de igualdad y otro, cuya única semejanza es que los dos tienen como origen el art. 14 CE. Es decir, tomar el término de comparación como elemento determinante de la diferencia entre la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley es comprensible si se parte del hecho de que se trata de una monografía centrada en el término de comparación, pero, si se tratara de un estudio más general, sería coger la parte por el todo. Todas las subcategorías del juicio de igualdad en la ley y del juicio de igualdad en la aplicación de la ley son profundamente diferentes; no sólo, ni principalmente, la determinación del término de comparación. Sin embargo, pese a discrepar del enfoque, se ha de reconocer que cuando el autor entra a comparar los términos de comparación le surgen reflexiones muy aprovechables, como la de centrar el *tertium* de la igualdad en la ley en categorías generales, como corresponde a las leyes, y el de la igualdad en la aplicación de la ley en personas individuales vinculadas a un caso concreto, lógica consecuencia de estar analizando decisiones administrativas y judiciales, esto es, actos concretos destinados a personas concretas.

El tercer capítulo entra de lleno en el análisis del término de comparación en la estructura del juicio de igualdad en la ley, para lo que empieza describiendo este último. Se opta por confesar abiertamente que lo que se realiza es un análisis descriptivo del juicio de igualdad en la ley con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dividiéndose el mismo en la determinación de la diferenciación y su relevancia constitucional, la justificación de la diferenciación y la corrección constitucional, lo que se corresponde con las categorías doctrinales del término de comparación, el juicio de razonabilidad y el juicio de racionalidad.

Este análisis tiene bastante problemas, no tanto imputables a la obra como a la propia jurisprudencia del Tribunal

Constitucional. La descripción resulta no demasiado elaborada, como la jurisprudencia en la que se basa. Quizás hubiera sido mejor haber recurrido a la jurisprudencia comparada para pulir algunas categorías; pero puede que ello hubiera supuesto una pretensión impropia para una obra que se centra en el término de comparación, no en el juicio de igualdad. Lo cierto es que una mayor profundización en su estudio hubiera conducido, en mi opinión, a una mayor claridad expositiva, aunque hubiera desenfocado el objeto de estudio.

Pese a ello, hay aportaciones muy interesantes. Es de destacar, por su especial importancia, la referencia que se hace a la ausencia del término de comparación en las cláusulas específicas de no discriminación. Se dice que en los casos de prohibición de discriminación se podría aplicar el control de constitucionalidad de forma binaria sobre la base de la norma impugnada y el parámetro concreto utilizado sin necesidad de estructurar una comparación, al contrario de lo ocurre con la cláusula general de igualdad. Me parece una muy buena aportación, aunque no la comparto. En mi opinión, cuando se está ante una discriminación racial, sexual, de opinión, etc., sigue habiendo término de comparación. Incluso en los supuestos de discriminación indirecta, utilizados en la obra como prueba de su ausencia, es para mí evidente que tiene que haber término de comparación. En la STC 58/1994 (caso *envasadoras*) se planteó un supuesto concreto que enfrentaba a las oficiales de actividades complementarias del sector de envasado y expedición, puestos ocupados mayoritariamente por mujeres, con los profesionales de industria de primera y segunda categoría (peón y ayudantes especializados), puestos ocupados mayoritariamente por hombres. El Tribunal, basándose en doctrina del Tribunal de Justicia, consideró que el esfuerzo físico, criterio utilizado para

otorgar mayor retribución a estos últimos, no es un criterio neutro, por ser un criterio que favorece desproporcionadamente a los hombres, salvo que constituya un «elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trate de un elemento esencial en ésta» (FJ6). Por ello, el Tribunal llegó a la conclusión de que la política salarial de la empresa tenía una finalidad discriminatoria y declaró la diferencia de trato inconstitucional. En lo que aquí interesa, hay dos situaciones jurídicas que se comparan: una, la que se impugna, la de las mujeres que trabajan en el sector de envasado, y otra, el término de comparación, la de los hombres que trabajan de peón y ayudantes especializados, que cobran más. Y es que la estructura del juicio de igualdad, se aplique la cláusula general o las cláusulas específicas de no discriminación, es siempre la misma: dos situaciones jurídicas que se comparan. Ahora bien, hay una diferencia sustancial, a la que se puede reconducir lo que señala el autor, que consiste en la diferente intensidad con la que se construye dicho juicio de igualdad, de forma estricta en las clasificaciones legislativas basadas en los rasgos que dan lugar a las cláusulas específicas de no discriminación y bajo el manto de un juicio de mínimos para el resto de normas. El juicio estricto de igualdad nunca podrá despachar el juicio de igualdad con la simple negación del término de comparación, como sí permite el juicio de mínimos; el juicio estricto debe entrar siempre a analizar todos los elementos del juicio de igualdad con la sospecha puesta en la inconstitucionalidad de la medida. No creo que de las cláusulas específicas de no discriminación pueda derivarse, por tanto, la negación del término de comparación, pero sí la negación del juicio sobre la adecuación del término de comparación, ya que éste nunca podrá ser rechazado.

En el capítulo cuarto comienza el análisis de lo que el autor señala como

las tres fases del término de comparación: la fase de aportación, en la que corresponde al recurrente demostrar su existencia, determinando la relevancia del elemento factual de la comparación; la fase de adecuación, que se centra en fijar las similitudes y diferencias del término de comparación aportado; y la fase de aceptación, en la que se analiza el término de comparación desde la finalidad y la perspectiva de comparación. En concreto, este capítulo está dedicado al estudio de la primera de estas fases.

La fase de aportación supone la necesidad del recurrente de demostrar la existencia de un *tertium comparationis*, algo imprescindible para poder concluir la inconstitucionalidad de la norma impugnada por ser contraria al art. 14 CE. Para ello, la obra fija unas cuantas reglas, como que el término de comparación pertenezca al mismo sistema normativo que la norma impugnada (sistema estatal o sistema autonómico, por ejemplo) o que sea susceptible de ser aplicada a la persona que alega el perjuicio. Sin embargo, se objeta el criterio de la especialidad, según el cual se está siempre ante un término de comparación si éste se concreta en una norma especial que prevea una consecuencia diferenciada y perjudicial respecto a una norma general. Según el autor, se puede plantear perfectamente un término de comparación entre dos normas especiales. Aquí alude a la posibilidad de plantear la comparación entre dos regímenes normativos distintos, como ocurre con los diversos regímenes de seguridad social. Se admite que, como regla general, se considera que las normas responden a situaciones diversas, de forma que no son susceptibles de concretar un término de comparación, pero se añade, con razón, que numerosas sentencias del Tribunal Constitucional lo han admitido sin problemas.

En mi opinión, ésta es la fase de las tres a las que se alude en la obra que se corresponde con el análisis de la rele-

vancia del término de comparación. Los otros dos son fases del juicio de igualdad que pertenecen al subjuicio de racionalidad (o de razonabilidad, en terminología del Tribunal Constitucional), y no a la determinación del *tertium comparationis*. Ahora bien, en una materia como ésta, donde el Tribunal Constitucional tiene una doctrina tan poco definida, hay que ser honestos y reconocer que esta conclusión es tan válida como la contraria a la que llega esta obra. Además, es lógico que si se dedica monográficamente un estudio a una institución se tienda a ampliar los contornos de la misma.

Como señala Suay Rincon, el Tribunal Constitucional debe admitir siempre el término de comparación, salvo justificadas excepciones; otra cosa es que, después de aplicar el juicio de igualdad (juicio de racionalidad y juicio de proporcionalidad), se considere que los supuestos de hecho son diferentes y que, como consecuencia de ello, se declare la constitucionalidad de aplicar a dichos supuestos de hecho diferentes consecuencias jurídicas diferentes. Pero la inadmisión del término de comparación supone resolver la situación con un mero expediente, sin aplicar test alguno de igualdad, sin entrar a enjuiciar la diferenciación normativa en función de las categorías del mismo, y ello supone una fundamentación excesivamente pobre para resolver la inadmisión de un planteamiento de inconstitucionalidad. Sin embargo, para esta monografía este mero expediente se corresponde exclusivamente con la primera fase de aportación, porque al extender, en las fases segunda y tercera, el análisis del término de comparación al juicio sobre la similitud o no de los supuestos de hecho respecto a la finalidad de la norma, en realidad se está haciendo referencia al test de igualdad, aunque con otro nombre, y la pobreza argumental que desaconsejaría su inadmisión desaparecería. Por tanto, cabría perfectamente la inadmisión del término

de comparación con la estructura que tiene dicho juicio en esta obra, pues aquí ya no estamos hablando de un mero expediente, sino de algo más.

Lo que sí se debería aceptar, sin apenas restricciones, es la aportación del término de comparación —primera fase—, restricciones que en mi opinión no deberían ir más allá que las relacionadas con el término de comparación ilegal —cuando la situación jurídica que se trata de aportar como comparación está fundada en la ilegalidad— y el término de comparación que refleje una diferencia preexistente y natural. A una diferencia preexistente hace referencia el Tribunal Constitucional en varias ocasiones cuando habla de distinguir entre diferentes regímenes funcionariales o regímenes de la Seguridad Social, negando el término de comparación de raíz, como analiza esta monografía. Pero el propio Tribunal señala que no estamos ante una regla universal, admitiendo que ello supondría dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad, cuya aplicación se vería excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales distintos que actuarían como justificación de tratamientos diferentes. Por tanto, más que diferencia preexistente a la norma, se debería hacer referencia a una diferencia preexistente a la norma y al propio Derecho, es decir, natural. Coincido con el autor en que no hay que darle excesiva importancia a la regla de la especialidad: lo importante es que exista una diferencia natural. Sólo en ese supuesto se debería inadmitir la aportación del *tertium comparationis*.

En todo caso, toda esta construcción doctrinal tendente a acotar los supuestos de inadmisión del término de comparación no pasa de ser un noble *desideratum*. La realidad es que el Tribunal Constitucional, sin definir muy bien por qué lo hace, desecha la aportación de un término de comparación en unos casos, mediante un simple expediente, y realiza,

en otros similares, el juicio de igualdad en su integridad. Y ello es algo que ni esta obra ni ninguna otra puede hacer otra cosa que poner de relieve, pues no parece responder a ningún criterio o parámetro objetivo, sino más bien al caso concreto.

El capítulo quinto se centra en la adecuación del término de comparación, es decir, en el razonamiento que lleva al Tribunal Constitucional a decidir si la norma jurídica que constituye el *tertium comparationis* es similar a la norma impugnada. Digo norma jurídica porque el autor opta por ello, en contraposición a lo que él mismo en su obra identifica expresamente con mi posición, que es la de comparar situaciones jurídicas, no normas jurídicas. Según el autor, norma jurídica y situación jurídica es la misma cosa, por lo que es una tautología utilizar la segunda en lugar de la primera. Reconozco, como señala el autor, que en mi monografía sobre el juicio de igualdad no realizo un análisis pormenorizado de las diferencias entre ambas figuras, pero, aún así, sigo considerando más clarificador hablar de situaciones jurídicas, aunque sólo sea a efectos de comprensión del problema. Por ejemplo, el ciudadano que impugnó la obligación de realizar declaración conjunta con acumulación de rentas en el IRPF aportó como término de comparación la no obligación de declaración conjunta y la no sujeción a responsabilidad solidaria de las uniones de hecho (STC 45/1989). Esta no obligación no viene recogida por escrito en enunciado jurídico alguno: se extrae a *contrario sensu* de la norma impugnada. Por supuesto, el hecho de no aparecer como enunciado escrito no significa su negación como norma jurídica, pero resulta más fácilmente comprensible hablar de situación jurídica (supuesto de hecho + consecuencia jurídica). Situaciones jurídicas serían las que tienen enunciado escrito y las que no. Si hablamos de normas jurídicas podemos confundirnos pensando

do que sólo existirá un *tertium comparationis* si encontramos otro enunciado jurídico con el que contrastar el enunciado jurídico que impugnamos. En todo caso, he de admitir que se trata de una opción casi pedagógica. En el fondo del asunto, coincido con el autor.

En lo que también apoyo plenamente al autor es en señalar que, dado que las consecuencias jurídicas siempre serán distintas, en la práctica, de lo que se trata es de comparar dos supuestos de hecho, que han de ser iguales si queremos demostrar que la diferencia de trato que se les ha aplicado es inconstitucional. En la similitud o disimilitud de los supuestos de hecho que se comparan está, en efecto, la clave del juicio de igualdad. En este sentido, la obra está llena de sugerentes propuestas para determinar cómo la jurisprudencia constitucional lleva a cabo este juicio. Se concluye, tras un exhaustivo estudio, que el carácter objetivo o subjetivo de la diferenciación entre supuestos de hecho es un elemento de análisis inoperante, aunque se admite que la diferenciación subjetiva facilita la legitimidad procesal del titular del derecho para demostrar la existencia de un interés personal en el caso. Se señala, con acierto, que es el poder público encargado de asumir la defensa de la legitimidad y la constitucionalidad de la diferencia de trato el que deberá aportar los argumentos necesarios para tratar de demostrar que los supuestos de hecho son diferentes, después de que el recurrente haya aportado el término de comparación. Se clarifica que cuando el Tribunal Constitucional está haciendo referencia a dos supuestos de hecho iguales no está solicitando que los supuestos de hecho estén en situación idéntica, sino similar. Se echa en falta, quizás, una mayor concreción en los elementos de juicio que utiliza el Alto Tribunal para determinar dichas similitudes. En mi opinión, las situaciones jurídicas no son iguales o diferentes entre sí de manera absoluta; la di-

ferencia o similitud se plantea en torno a un rasgo específico, que constituye la razón de ser de la norma. El juicio de igualdad se debe centrar en determinar si respecto a la razón de ser de la norma los supuestos de hecho están similarmente situados, porque si es así la diferencia de trato será inconstitucional, y si están disimilarmente situados la diferencia de trato será constitucional. La norma que otorga la posibilidad de conducir a los que hayan obtenido el carnet de conducir y no lo hace a los que no lo hayan obtenido es constitucional porque ambos grupos no están similarmente situados respecto al fundamento de la norma: la seguridad vial. El mismo razonamiento se realiza con cualquier otra norma. La similitud o diferencia de los supuestos de hecho no se ha de decidir a través de la comparación entre las diferencias fácticas de las diversas situaciones jurídicas; lo que se ha de comprobar es si respecto al fundamento o razón de ser de la norma las situaciones jurídicas aparecen como jurídicamente diferentes o no.

Quizás sea éste un planteamiento que no aparece en la obra porque se parte de una estructura del juicio de igualdad muy diferente de la que trae causa del mismo. Así, la referencia a la finalidad (o razón de ser) de la ley se desgaja de la fase de determinación de las similitudes de los supuestos de hecho y se desplaza a una tercera fase, que se denomina de aceptación del término de comparación por el Tribunal Constitucional, en la que la finalidad y la perspectiva de la comparación son los elementos determinantes. No comparto, lógicamente, esta separación de algo que a mi modo de ver es inescindible. Y quizás, por ello, ésta sea quizás la parte de la monografía que me parece menos clarificadora.

El último capítulo viene dedicado a profundizar en el estudio del término de comparación en el juicio de igualdad en la aplicación de la ley. Se ha de hacer referencia a algunas aportaciones especial-

mente interesantes, como la referencia a la búsqueda de un término de comparación respecto a actos parlamentarios sin valor de ley. La igualdad en la aplicación de la ley, como es bien conocido, se centra en el estudio de la vinculación de un Tribunal u órgano administrativo por sus precedentes en supuestos anteriores idénticos. Este mismo esquema habría que aplicar a los órganos de dirección de las Cortes Generales y Asambleas legislativas de Comunidades Autónomas y su posible vinculación por sus precedentes en supuestos de hecho iguales anteriores en el tiempo. El propio autor aclara que el hecho de que este tipo de actos sean controlados a través del art. 23 CE y no a través del art. 14 CE es la causa de que los mismos tengan una virtualidad mínima en la construcción del juicio de igualdad en la aplicación de la ley, pero ello no desmerece la oportunidad de esta llamada de atención a una figura que ha pasado desapercibida en el estudio de esta institución. Por lo demás, el análisis del juicio de igualdad en la aplicación de la ley merece un comentario similar al del juicio de igualdad en la ley: la obra extiende la determinación del término de comparación a todas las fases del juicio, de tal forma que la existencia de un fundamento en el cambio de criterio se inserta como parte de la búsqueda de *tertium comparationis*, lo que desde mi punto de vista es darle unos contornos a esta figura jurídica por encima de los que le corresponden.

En definitiva, no se puede decir que estemos ante una obra de lectura fácil

—ninguna sobre esta materia lo es—, pero sí estamos ante una obra de lectura muy recomendable para todo aquel que quiera profundizar en lo que significa el principio de igualdad desde el punto de vista jurídico, o lo que es lo mismo, en el juicio de igualdad diseñado por nuestro Tribunal Constitucional para desarrollar el contenido del art. 14 de la Constitución. Y todo ello desde la perspectiva de una figura jurídica —el término de comparación— cuya función y contenido se describen con exhaustividad y rigor.

DAVID GIMÉNEZ GLUCK

*Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid*

* * *

ABSTRACT. *The review comments the first monograph dedicated exclusively to the term of comparison in Spain, *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*, by Juan Carlos Gavara de Cara. The concept of term of comparison used by the author, the differences between the diverse tests of equality developed by the Spanish Constitutional Court, the analysis of the structure of the term of comparison, divided in three phases. All of these items, among others, are commented critically in this review, trying not just to agree or criticise but also contributing with own ideas to the debate.*