

IGUALDAD JURIDICA E IGUALDAD REAL Y EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*)

SUMARIO.—I. *La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico.*—II. *«Igualdad jurídica» del artículo 14 y concreción jurisprudencial del criterio de «razonabilidad».*—III. *El artículo 9.2 y la dimensión «real y efectiva» de la igualdad en un Estado social de Derecho.*—IV. *Interpretación del artículo 9.2 en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*

I. LA IGUALDAD COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestra vigente Constitución de 1978 define al Estado español, aparte ahora otras calificaciones que no hacen el caso, como un «Estado social». Diversas zonas del articulado prolongan después, en sus espacios respectivos, las consecuencias de esta calificación, permitiéndonos así precisar la exacta dimensión constitucional de la misma.

Primera de esas proyecciones de la calificación «Estado social» en nuestro texto constitucional es la aceptación de la *igualdad*, es decir, de la *corrección de las desigualdades sociales*, como uno de los «valores superiores» llamados a inspirar el ordenamiento jurídico. Así lo afirma el propio artículo 1.1, con una técnica reiterativa conforme a la cual

(*) El presente trabajo constituye una actualización de mi libro sobre *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho* (Murcia, 1980) en el específico tema de la igualdad. Como tal, sus materiales aparecerán incorporados a la segunda edición de esa obra que prepara en estos momentos la editorial Tecnos.



cada denominación parece corresponderse con un principio fundamental del ordenamiento, y concretamente la de «Estado social» con el valor «igualdad». Y así lo ratifica insistentemente nuestro Tribunal Constitucional, para quien, como puede leerse en su sentencia de 18 de febrero de 1983, «la igualdad se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia transcendente, de modo que toda situación de desigualdad... deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama»¹.

II. «IGUALDAD JURÍDICA» DEL ARTÍCULO 14 Y CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CRITERIO DE «RAZONABILIDAD»

Más concretamente, el principio de igualdad está recogido en el artículo 14, cuyo texto dice: «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»².

Sobre dicho precepto (que, con las precisiones que después veremos, consagra el principio en su versión «jurídica» o como específica «igualdad ante la ley») ha elaborado después nuestro Tribunal Constitucional una puntualísima dogmática tendente a fijar ciertos criterios que hagan posible su siempre delicada y difícil aplicación posterior; dogmática cuyos principales extremos son los siguientes:

(i) Parece que a la altura de nuestro tiempo —sería el presupuesto de partida de esa doctrina— no se puede entender el principio de igualdad en su escueta y originaria versión liberal, como simple producto de la condición de «generalidad» que debe predicarse de la relación que liga a la ley con el ciudadano, ni —por tanto— como inter-

¹ Sentencia del T. C. de 18 de febrero de 1983, recaída en recurso de amparo número 240/1982. Esa afirmación de la «igualdad» como «valor superior» puede verse reiterada en múltiples decisiones del mencionado Tribunal; entre las más recientes, por ejemplo, la sentencia de 20 de julio de 1983, recurso de amparo núm. 500/1982, y la sentencia de 3 de agosto de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad número 44/1982, bien que, en ambas, esa afirmación desemboque en un discutible fallo desestimatorio de la inconstitucionalidad por violación del valor «igualdad»; véase, sobre todo, respecto de la última sentencia el voto disidente firmado por cinco magistrados.

² Para un excelente tratamiento del principio de igualdad formulado en el artículo 14, vid. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, sept.-dic. 1983. Su consulta es particularmente recomendable para contrastar los extremos que a continuación se exponen en el texto.



dicción de toda diferenciación jurídico-formal; eso no sería igualdad, sino «identidad», la cual no sólo es inviable en cualquier circunstancia (salvo que se constriña a parámetros mínimos y muy formales), sino que, además, carece de sentido en el seno del vigente Estado social de Derecho donde precisamente el legislador, cada día más, se ve obligado a realizar el valor «igualdad» distinguiendo entre situaciones que merecen ser distinguidas. El propio Tribunal ha explicitado muy bien todo el anterior hilo argumental en alguna de sus primeras sentencias: «... el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 —se lee allí— hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra...»³.

(ii) Consiguientemente, el contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la interdicción de normaciones diferenciadas no justificadas, esto es, arbitrarias o discriminatorias; para decirlo claramente y en línea con los propios términos utilizados por el artículo 14, la clave del principio de igualdad no radica en la «no diferenciación», sino en la «no discriminación»⁴.

(iii) De esta manera, el problema se desplaza a la determinación del criterio que nos permita establecer cuándo una diferenciación es o no es «discriminatoria». No sin ciertas vacilaciones (recurso, por ejemplo, al ambiguo parámetro del «trato igual para situaciones iguales y trato desigual para situaciones desiguales...») ⁵, ese criterio ha venido a quedar identificado —de manera próxima a lo que es la construcción italiana de la idea de «ragionevolezza»— con el parámetro

³ Sentencia del T. C. de 10 de noviembre de 1981, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 48/1981.

⁴ La simetría entre «igualdad» y «prohibición de discriminación», en sentencia del T. C. de 10 de julio de 1981, recurso de amparo núm. 135/1980, y, a partir de ella, prácticamente en todas las que rozan el tema. Esta simetría, evidentemente, convierte en muy próximas, casi solapadas, las categorías «igualdad», del artículo 14, e «interdicción de la arbitrariedad», del artículo 9.3, conexión que se hace explícita en bastantes sentencias y que, sin embargo, es denunciada como confunde en el voto particular que acompaña a la sentencia del T. C. de 3 de agosto de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 44/1982.

⁵ Sentencia del T. C. de 10 de julio de 1981, recurso de amparo núm. 135/1980; sentencia del T. C. de 22 de noviembre de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982, entre muchas otras...



de la «razonabilidad»: «la igualdad es sólo violada (dice inicialmente la sentencia de 2 de julio de 1981, y desde entonces repiten cuantas afectan al tema) si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable»⁶.

(iv) Por supuesto, saber si un trato desigual es o no «razonable» no deja de seguir comportando una peligrosa carga de subjetividad. De ahí que la fijación de ese criterio no tenga sentido si esa categoría no se depura, completa y objetiva después, en lo posible, con la determinación de aquellas operaciones que tienden a hacer coherente y fundado ese «juicio de razonabilidad». En concreto, y a tales efectos, el Tribunal: *a)* debe, ante todo, aislar el acto o norma que comporta el presunto trato desigual, lo cual, las más de las veces —según aclara el magistrado Rubio Llorente—, se obtendrá de su contraste con la correspondiente norma general, esté ésta explicitada o no en un precepto (de ahí esa disposición triédrica que se predica del «juicio de igualdad»: norma general, norma o acto discriminatorio, norma constitucional que prohíbe la discriminación)⁷; *b)* debe asimismo comprobar —atendiendo los argumentos de quienes defienden la constitucionalidad de una concreta diferencia, aunque sin quedar ligado a ellos⁸—

⁶ Sentencia del T. C. de 2 de julio de 1981, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 223/1981. De diferencia «fundada y razonable» habla la sentencia de 14 de julio de 1982, recurso de amparo núm. 21/1982...; y la lista podría extenderse a casi toda sentencia del Tribunal relativa al principio de igualdad.

⁷ Vid. el muy sugerente razonamiento de Rubio Llorente en su voto particular a la antes citada sentencia de 10 de noviembre de 1981, cuestión de inconstitucionalidad 48/1981. Por cierto, que en ese voto particular puede advertirse que la identificación de la norma verdaderamente discriminatoria no es una operación tan simple y exenta de posibles errores como cupiera suponer; en el caso de referencia se critica el que la sentencia haya señalado como tal a una norma que no es sino mera concreción de otra en la cual se contiene la que, de admitirse el recurso, constituiría la auténtica fuente de discriminación.

Añadamos que esta primera operación basta, a veces, a rechazar la demanda, si conduce a comprobar que no existe tal norma o acto discriminatorio. No hay discriminación, por ejemplo, en que un Juez acepte tesis de una de las partes y no de la otra, porque ello es inherente a la función jurisdiccional; sentencias del T. C. de 26 de julio de 1983 y 13 de diciembre del mismo año, recaídas respectivamente en recursos de amparo núm. 445/1982 y 170/1982.

⁸ Adviértase que es doctrina reiterada del T. C. (sentencia de 22 de noviembre de 1982, recurso de amparo núm. 87/1982; sentencia de 3 de agosto de 1983, cuestión de inconstitucionalidad núm. 44/1982) el que es a los órganos del Estado demandados como responsables de discriminación a quienes corresponde la carga de la prueba de que esa diferenciación por ellos establecida es «razonable», esto es, la carga de la prueba de la «razonabilidad».



la existencia y la licitud constitucional de un fin (que no es motivo subjetivo del poder que actúa, sino interés público o social objetivado en la norma o acto) constituyente en soporte de ese trato diferenciado⁹; sin tal fundamento, nunca podrá pretenderse que existe una «situación diferenciada racional», sino sólo una «situación diferenciada de hecho», indigna de mayor atención y respeto; c) debe además indagar, a la inversa —ahora mirando al ángulo de quienes reclaman trato igual—, cuál es el alcance del elemento común (identidad de condiciones de edad, de sexo, de preparación técnica o titulación, etc...) en el que apoyan su demanda; porque es evidente que no debe bastar cualquier «elemento común» o compartido para que el Tribunal aprecie una violación del valor «igualdad», sino sólo aquel cuya entidad sea tal que alcance a convertir en no razonable o ilegítima una diferencia¹⁰; d) finalmente, el Tribunal debe establecer que existe un nexo de conexión pertinente, lógico y además proporcionado, entre aquel fin y esta regulación diferenciada¹¹. Ello cubierto, es posible pensar que no se está ante una «discriminación», sino ante una diferenciación «razonable y objetivamente justificada».

⁹ Sentencia del T. C. de 6 de abril de 1981, recaída en recurso de amparo número 47/1980; en ella se dice textualmente: «... no aparece justificada en la norma la pretendida desigualdad de trato...». Claro está que se trata de un supuesto nítido; nada impide que la norma exprese el fin de esa diferencia y éste sea ilegítimo; o que no lo exprese de forma explícita, pero exista y pueda reconstruirse.

¹⁰ Sentencia del T. C. de 30 de marzo de 1981, una de las primeras en que dicho Tribunal se pronuncia sobre el artículo 14, recaída en recurso de amparo número 220/1980; es un caso extremo, pero muy significativo, de lo que es esa necesaria atención al valor del «elemento común» como base o soporte de la demanda de «trato igual»: un empresario pide la revisión de su condena penal porque —dice— otros 92.000 empresarios han actuado igual que él y no han sido condenados por la Justicia; es evidente, como aclara la sentencia, que la difícil efectividad de ciertas leyes penales no convierte actuaciones delictivas iguales en actuaciones «no punibles».

Prácticamente, toda sentencia comporta un juicio sobre el alcance de ese «elemento común». Valga, por todas, la sentencia de 20 de julio de 1983, recurso de amparo núm. 500/1982, en la que, con motivo de la amnistía a funcionarios de la República, se cuestiona si esta condición de «funcionario» es elemento igualador que impide ciertas discriminaciones entre quienes fueron «militares» y quienes fueron «civiles». También, aunque expresado a veces «a contrario», y discutido en voto particular, es interesante su consideración en sentencia del T. C. de 22 de noviembre de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982.

¹¹ Sentencia del T. C. de 3 de agosto de 1983, cuestión de inconstitucionalidad número 44/1982; dice: «... el medio empleado, sirve adecuada y proporcionalmente al objeto...», y antes habla de «razonable relación de proporcionalidad».



(v) El Tribunal, además, ha incluido en su razonamiento una importante advertencia adicional que tiene que ver con los muy delicados límites de fricción institucional en que se mueve el criterio de la «razonabilidad». Porque peligro fundamental de tal criterio es que este «juicio de razonabilidad» se convierta en un «juicio de oportunidad» sobre la procedencia, acierto o calidad técnica de las decisiones contenidas en la norma o actuación cuestionada en cada caso; en otras palabras, que en esa determinación sobre si existe o no una conexión pertinente y lógica entre el fin buscado y la decisión diferenciadora establecida, el Tribunal no se limite a pronunciarse sobre si tal conexión existe, sino que además se extienda a determinar si el contenido de aquella decisión es más o menos hábil, idóneo u oportuno, lo cual supone tanto como formular un pronunciamiento político, «de adecuación» o «de oportunidad» (no un pronunciamiento «de constitucionalidad»), que, a todas luces, no es al Tribunal a quien corresponde realizar y con el que, por tanto, estaría invadiendo la competencia de otros sujetos. Procurando, pues, vadear tales peligros, el Tribunal ha reconocido explícitamente que a él le corresponde pronunciarse sobre el nexo lógico que anuda el fin perseguido con la medida diferenciadora, pero nunca sobre la calidad técnica o la oportunidad de esa medida que, así, no tiene por qué ser la única posible ni tampoco la presumiblemente más acertada: «Hay que advertir a este respecto —dice la sentencia de 10 de noviembre de 1982, refiriéndose a los criterios que han llevado a la Administración Pública a decidir que asistan a determinada reunión internacional representantes de unos Sindicatos y no de otros— que no es función del Tribunal Constitucional examinar la oportunidad del criterio adoptado, ni su mayor o menor adecuación al fin perseguido, ni decir si es el mejor de los posibles que puedan aplicarse»¹².

III. EL ARTÍCULO 9.2 Y LA DIMENSIÓN «REAL Y EFECTIVA» DE LA IGUALDAD EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Tal es, en fin, el tratamiento que el Tribunal Constitucional hace

¹² Sentencia del T. C. de 10 de noviembre de 1982, recaída en recurso de amparo núm. 50/1972. E igual, sentencia del T. C. de 13 de octubre de 1982, recurso de amparo núm. 218/1981 (la conexión al «fin» de «otras fórmulas técnicas es cuestión sobre la que no ha de pronunciarse este Tribunal»); y sentencia del T. C. de 3 de agosto de 1983, cuestión de inconstitucionalidad núm. 44/1982 («no es función de este Tribunal constitucional formular juicios técnicos, ni tampoco de mera oportunidad...»).



del artículo 14 en su jurisprudencia. Sin embargo, en un Estado social de Derecho como es el Estado español, la lectura constitucional del valor «igualdad» no debe hacerse excluyentemente a la luz del citado precepto, donde ese principio de igualdad es contemplado básicamente —ya matizaremos después la idea— en su vertiente formal y jurídica, sino, antes bien, poniendo en contacto la mención de dicho valor con la declaración primera del Preámbulo («La Nación española... proclama su voluntad de: garantizar la convivencia... conforme a un orden económico y social justo»), con el artículo 40.1 (donde se obliga a los poderes públicos a potenciar «una distribución de la renta regional y personal más equitativa») y, sobre todo, con el artículo 9.2, donde, en fin, se habla expresamente del compromiso constitucional de esos poderes —de la Administración, pero también del legislador y de los Tribunales— cara a orientar sus actuaciones en el sentido más adecuado a convertir esa igualdad en la que corresponde a un «Estado social», es decir, en una igualdad «*real y efectiva*»; los adjetivos son los empleados por el propio precepto y a todas luces están apuntando a una concepción «material» de dicha igualdad, llamada a rebasar a esa escueta igualdad «jurídica» que durante tantos años ha sido punto de referencia único al tema en los textos constitucionales.

Es posible incluso considerar (sin que tal cosa suponga desconocer las dificultades que se oponen a que ello tenga desde ya plena efectividad jurisprudencial y práctica) que la clave de la condición fundamental de la igualdad en nuestro nuevo ordenamiento jurídico ha pasado a estar en el citado artículo 9.2, lo que, en cierto modo, aconseja una atención más detallada al mismo. Comenzando esa atención por su reposada lectura, pues ninguna descripción podría sustituir con ventaja la complejidad de matices que se contienen en su propia letra: «Corresponde a los poderes públicos —se lee en dicho precepto— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integrà 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.» Ese es el texto. En torno a su interpretación debe girar, y está girando, aunque tal vez no con toda la profundidad que debiera, buena parte del debate sobre el mayor o menor alcance del compromiso social del sistema y, lo que es más, sobre la posibilidad o imposibilidad de que este último se abra a interpretaciones alternativas en las cuales pueda quedar implicada una cierta tensión de transformación de su propio sustrato de clase. Pero sobre esto vol-



veremos más tarde, cuando hayamos de referirnos a la correlativa mutación funcional del Estado que ello acarrea. Lo oportuno aquí y ahora es advertir la singularidad del precepto y llamar la atención sobre sus consecuencias.

La fórmula —apresurémonos a decirlo— es transcripción casi textual del artículo 3.2 de la actual Constitución italiana¹³, sin que sea posible encontrarla, aparte la versión empobrecida que de la misma ha ofrecido el artículo 10 de la Constitución turca de mayo de 1961¹⁴, en otros ordenamientos constitucionales del área capitalista. Y, si se piensa bien, ello es lógico. No es nada común ni esperable que una Constitución elaborada en dicho ámbito asuma, sin más, ese salto cualitativo que supone pasar de la mera oferta de prestaciones sociales concretas (vivienda, sanidad, educación...), lo que, en el fondo, no es sino un modo de corregir (y, por tanto, de proteger) el modelo, al reconocimiento frontal y generalizado —casi por vía de principio— de la constitutiva desigualdad e injusticia que afecta al sistema capitalista, lo cual tiene ya un delicado y contradictorio aire de denuncia del sistema mismo. «Se diría —ha escrito en Italia Pietro Rescigno— que en el artículo 3.2 la experiencia histórica liberal y democrática, de la cual la Constitución ha nacido, casi reniega de sí misma»¹⁵.

Ahora bien —cualquiera que sea la peculiar posición de dicho precepto dentro del sistema normativo en que es recibido—, una vez que la Constitución ha decidido llegar hasta ahí lo importante es determinar su eficacia dentro del ordenamiento jurídico correspondiente.

Por lo que hace al caso español, su existencia obliga, por supuesto, a integrar el principio de «igualdad jurídica» o «igualdad ante la ley» del artículo 14, en todos los casos en que ello sea preciso, con criterios

¹³ El artículo 3.2 de la vigente Constitución italiana dice: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.»

¹⁴ El artículo 10 de la Constitución turca, de julio de 1961, dice en su apartado segundo: «El Estado apartará cualesquiera obstáculos políticos, económicos y sociales que limiten los derechos y libertades fundamentales del individuo de tal modo que resulte irreconcilable con los principios plasmados en el imperio de la ley, el bienestar del individuo y la justicia social. El Estado dispondrá las condiciones necesarias para el desarrollo de la existencia material y espiritual del individuo.»

¹⁵ PIETRO RESCIGNO: *Persona e comunità*, cit. por UMBERTO ROMAGNOLI: *Il principio d'eguaglianza sostanziale*, en los Comentarios a la Constitución italiana a cargo de GIUSEPPE BRANCA, 1975; comentario al artículo 3.2.



básicos de «igualdad sustancial» o «material». Pero sería empequeñecedor ver sólo en este precepto un mero «complemento» material del principio de igualdad jurídica: parece claro, a la vista de la intensidad de sus mandatos, que su alcance va mucho más allá extendiéndose hasta impulsar y servir de soporte a una interpretación convenientemente material o sustancial de los demás contenidos constitucionales y, tras ellos, de todo el subsiguiente ordenamiento jurídico. No es sólo el artículo 14, en cuanto haga falta transcender al mero criterio de igualdad formal de que este artículo es en principio portador; son muchos otros preceptos de la Constitución (baste pensar, por ejemplo, en aquellos en los cuales se prevén instituciones como la propiedad, la familia, las relaciones de producción, todo el restante entramado de relaciones sociales, la gestión de los servicios públicos, la planificación económica...) los que deben adquirir un sentido nuevo y distinto reinterpretados desde la perspectiva transformadora del artículo 9.2.

Cierto que la experiencia del aludido precedente italiano viene, en cierto modo, a desmentir tales posibilidades. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia constitucional del país vecino no ha extraído ni mucho menos todas las consecuencias que una utilización prudente, pero decidida, del artículo 3.2 permitiría. Más exacto sería incluso decir que la Corte constitucional italiana se ha cerrado ella misma esa posibilidad al evitar intencionadamente hacer uso de dicho precepto y optar por canalizar como supuestos del artículo 3.1 en el que se contempla la simple «igualdad jurídica», y por tanto como situaciones de «desigualdad ante la ley», entendida ésta —eso sí— en sentido lato, todos aquellos supuestos que, puesto que planteaban auténticas realidades de desigualdad social o material, debían haber sido resueltos al amparo del artículo 3.2; práctica ésta que ya Livio Paladin denunció en su momento como «una strada sbagliata» que el Tribunal debía esforzarse en no seguir¹⁶. Es de notar, incluso, que en los contados casos (aislada en muchos años quedó la sentencia núm. 22, de 9 de marzo de 1967) en que la Corte se ha decidido a argumentar directamente desde el artículo 3.2, los sectores más conservadores de la doctrina y de la judicatura italiana han reaccionado ante el hecho con un alarmismo no siempre estridente, pero sí suficiente para retraer al Tribunal en oportunidades posteriores.

Sin embargo, antes de generalizar de modo apresurado los resultados de esta experiencia, hay que sopesar convenientemente las pecu-

¹⁶ LIVIO PALADIN: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, 1965; vid. también al respecto las protestas de ROMAGNOLI, *op. cit.*



liaridades que han afectado al caso italiano y medir su diferencia con los simétricos datos del caso español.

Es que, en primer lugar, ha influido allí una razón estrictamente técnica, sistemática, en cuanto que el citado apartado 2.º está ubicado inmediatamente detrás de la mención de la «igualdad jurídica» contenida en el apartado 1.º, ambos del artículo 3, lo cual puede haber inclinado a esa interpretación conjunta y sólo conjunta, casi confundente, de ambas previsiones eslabonadas en un mismo artículo; en nuestro caso, en cambio, el artículo 9.2 está situado en distinto título incluso que el artículo 14 referido a la igualdad ante la ley; más aún, está en ese título preliminar donde se han reunido todas aquellas declaraciones y principios llamados a tener después, lo que nos puede dar una idea de cuál ha querido el constituyente que sea su dimensión, una clara incidencia informadora sobre el resto del articulado constitucional.

Por otra parte —sería una segunda diferencia a no perder de vista— el precepto italiano, en ese tramo final donde se consigna el compromiso público de convertir en «efectiva la participación...», ha establecido como destinatarios de esta garantía a «tutti i lavoratori», realizando así una referencia de clase que es precisamente la que ha permitido a ciertos sectores avanzados de la doctrina sugerir la posible utilización del ordenamiento jurídico burgués como instrumento de lucha de clases; tal, por ejemplo, en la línea de la ya antes citada teoría del «uso alternativo del derecho», las consideraciones que hace Pietro Barcellona sobre el artículo 3.2 y sobre la posibilidad de establecer desde él una «reserva de licitud» para determinados comportamientos¹⁷; pero esa referencia es también —se trata, en el fondo, del reverso de esa misma moneda— la que probablemente ha retraído, ha puesto en guardia frente a la eventual y atípica necesidad de razonar en términos de clase, a la propia judicatura italiana. Nuestra Constitución, por contra, ha generalizado con indudable buen criterio la expresión «lavoratori» (no toda injusticia se produce en el seno de las relaciones laborales, ni éstas dejan de estar incluidas y atendidas en razón de tal ampliación semántica), sustituyéndola por la mucho más adecuada de «ciudadanos».

Cabía, pues, esperar que aquella distinta disposición sistemática, así como esta posibilidad de expresarse sin el temor a quedar atenuado por enojosos equívocos ideológicos, acabasen estimulando a nuestro juez constitucional a hacer un uso decidido de toda la potencialidad de renovación, de remodelación social avanzada y transformadora, que

¹⁷ P. BARCELLONA y G. COTTURI: *Stato e giuristi*, Bari, 1974, p. 263.



el artículo 9.2 contiene. En otras palabras, cabía pensar que el hecho de que los términos en que ha quedado regulado este tema entre nosotros hayan venido a ser menos «de frontera», terminaría siendo una ventaja; porque, a fin de cuentas, de lo que se trata no es de disputar sobre palabras, sino de ser eficaces en la incesante, aunque responsable, tarea de transformación de la sociedad. Cierto que esa esperanza y este planteamiento tenían sus límites; precisamente esa mayor facilidad para hacer de este precepto un uso franco obligaba a no desconocer la conveniencia de que tal utilización, al tiempo que incisiva, fuera hábilmente medida y ponderada; lo demás (hacer de este precepto recurso indisciplinado y para todo) hubiera sido tanto como provocar innecesariamente los mismos recelos que vimos aparecer en el caso italiano; ello, en perjuicio —y sólo en perjuicio— de la posterior y progresiva aplicación de esta norma.

Pero, superados ya los primeros años de rodaje de nuestra Constitución, ¿qué es lo que ha sucedido en la realidad, en la aplicación práctica de nuestro Derecho?

IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 9.2 EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde luego, tres años de jurisprudencia constitucional —tal vez no en otros casos, pero sí en un punto tan delicado como éste— son, a no dudarlo, muy poco tiempo para permitir ninguna suerte de balance, y menos de balance definitivo; creo, a fin de cuentas, que estamos aún en el tiempo de las escaramuzas, de los tímidos escarceos tanteantes a la hora de fijar doctrina, y no en el de las conclusiones apresuradas. No obstante, si hace falta una valoración provisional de la utilización que nuestro Tribunal Constitucional está haciendo del mencionado precepto, esa valoración, en mi concepto y mixturada con algunas consideraciones personales, sería la siguiente:

(i) Ante todo, es obligado comenzar por reconocer que, igual que en su momento hiciera la Corte Constitucional italiana, también el Tribunal español parece estar prefiriendo en la mayoría de los casos argumentar a partir de una interpretación abierta y avanzada, generosa, del artículo 14, para con ella cubrir aquellos supuestos que implican desigualdad en las condiciones reales (desequilibrio real de trato o de oportunidades para ambos sexos, avances de contenido social...), antes que adentrarse en una indagación frontal y directa de las posi-



bilidades que el artículo 9.2 pudiera ofrecer en orden al enjuiciamiento constitucional de tales supuestos de desigualdad real.

(ii) Hay, no obstante, que puntualizar de inmediato que esta actitud —al menos en la parte que a continuación se indica— es técnicamente más coherente y correcta de lo que la disposición argumental anterior pudiera llevar a pensar. En realidad, no debe olvidarse que (como hicimos notar en su momento) la superación actual de los presupuestos estrictamente liberales que en su origen nutrieran a la idea de igualdad hace hoy prácticamente imposible que el artículo 14 siga significando, entre nosotros y a esta altura de los tiempos, exclusivamente y sólo protección de la igualdad jurídico-formal. No otra cosa está indicando la universalizada tendencia que se observa en nuestros días a integrar la categoría «igualdad» con la idea —necesariamente material— de «razonabilidad»; el juicio en torno a si una desigualdad es o no «razonable» inevitablemente comportará siempre (por mucho que se le quiera formalizar, y aun dando por descontado el que se excluya todo juicio de mera oportunidad) una ponderación sustantiva, no sólo formal, entre posiciones de hecho realmente distintas —en muchos casos, socialmente distintas— y, por tanto, atendidas ya en su dimensión material.

De esta manera, la vieja idea de la «igualdad jurídico-formal» o «igualdad ante la ley» —la del artículo 14— ha pasado a ser una idea no tan formal como habitualmente la consideramos, lo cual, lógicamente, no puede dejar de afectar a la correcta interpretación correlacionada que después debemos hacer de los artículos 14 y 9.2 de nuestro texto constitucional. En otras palabras: a partir de esta comprensión de las cosas es más difícil afirmar inmatizada y acríticamente, como es lo más común hacer, que el artículo 14 asume y expresa entre nosotros la concepción formal o jurídica de la igualdad, al tiempo que es al artículo 9.2 al que nuestra Constitución ha querido confiar la constitucionalización de la igualdad material. En nuestro sentir, ello no es exacto si a tal planteamiento no se añaden de inmediato los matices siguientes: *Primero*, que el artículo 14 comporta y exige necesariamente en nuestros días una más que cierta apreciación de las premisas materiales y sociales que de modo inexcusable hacen acto de presencia en todo juicio de igualdad, con lo cual ese precepto cubre ya en no pequeña parte (eso es lo que justifica en buena medida la actitud de nuestros jueces constitucionales) el trayecto que afecta a la igualdad material. *Segundo*, que, en consecuencia, y puesto que ahora el problema se plantea en términos de deslinde de la cobertura ofrecida



por ambas normas dentro de un mismo trayecto, el artículo 9.2 debería quedar reservado a aquellos supuestos de desigualdad material cuya corrección, además, comporte la necesidad de provocar un avance social intenso en una determinada zona. *Tercero*, que, habida cuenta de que esa parece ser su más coherente intención constitucional —su adecuada frontera con el artículo 14— y tales correcciones sociales avanzadas es difícil que el Tribunal pueda hacerlas directamente (sobre todo si el supuesto tiene un alcance general) sin convertirse en «legislador positivo», condición institucional que a todas luces no le pertenece, es esperable que la eficacia del artículo 9.2, a efectos jurisprudenciales, se haga explícita tanto más que en su capacidad para fundamentar inmediatamente un fallo (lo cual será posible y aun estimable, siempre que la concreción individual del supuesto o las condiciones de su planteamiento lo permitan) en su valor para servir de soporte a determinadas «recomendaciones al legislador» dirigidas a recordar a éste la exigencia constitucional de producir ciertas leyes y de producirlas en el sentido más adecuado a la remoción de determinados obstáculos sociales; probablemente es lícito pensar incluso que es precisamente aquí donde el Tribunal tendría las mayores y mejores oportunidades para ir definiendo, con adecuado vuelo general, una ponderada doctrina sobre el alcance y contenido del artículo 9.2. Y *cuarto y último matiz*, que el artículo 9.2, como ya indicamos en otra parte de la exposición, no debe ver reducido su alcance a su sola proyección constitucional en el tema de la igualdad; cualquier otro precepto, y no sólo el artículo 14, debe quedar prolongado, plenificado de sentido social, en función de su integración sistemática con el precepto que aquí se comenta.

(iii) Es, pues, a partir de los presupuestos anteriores (y sin perjuicio de convenir en que el Tribunal Constitucional ha mostrado desde el primer día su disposición a destacar los aspectos más progresistas del precepto: sentencia de 16 de marzo de 1981, donde se reconoce que «el artículo 9.2 impone sin duda actuaciones positivas...»; sentencia de 25 de enero de 1983, donde se dice que «con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal...») ¹⁸ como deben ser consideradas las razones que nos impiden creer que estamos aún en presencia de una jurisprudencia

¹⁸ Sentencia del T. C. de 16 de marzo de 1981, recaída en recurso de amparo número 21/1980; sentencia del T. C. de 25 de enero de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 222/1982.



constitucional coherente y definida, segura en la orientación y en el alcance de su doctrina, sobre el artículo 9.2.

Cierto que, como hemos admitido ya, y en razón de argumentos que nosotros mismos acabamos de recordar aquí, no es posible reprochar plenamente al Tribunal (tal vez sí en lo que tiene de cierto exceso) el que esté canalizando a través del artículo 14, y por tanto bajo la apariencia de «juicios sobre la razonabilidad o no razonabilidad» de ciertas desigualdades «jurídicas», la apreciación de determinados desequilibrios que lo son en las condiciones efectivas o «materiales». Aceptable también porque lo son (aunque más discutible, pues no siempre lo son) el que el Tribunal haya planteado como supuestos de integración sistemática del artículo 14 en función del artículo 9.2 aquellos cuya resolución debe ser atribuida fundamental o determinadamente a la eficacia de este último precepto (así parece considerarse en la mayoría de las sentencias que a continuación se citan; de modo paradigmático se razona sobre las posibilidades de tal interpretación integrada en las sentencias de 25 de enero y de 29 de noviembre de 1983)¹⁹. En cambio, menos disculpable es que el Tribunal Constitucional no haya fijado con exactitud un criterio que nos permita saber cuándo estamos en un tramo y cuándo en otro de ese mismo trayecto, es decir, cuándo corresponde razonar de una manera (uso expansivo, casi material, del artículo 14, pero sólo del artículo 14) y cuándo de otra (integración del artículo 14 en virtud del 9.2); forzando un poco las cosas, podría admitirse que la jurisprudencia hoy disponible tiende a esbozar a estos efectos un doble y acumulativo criterio según el cual procedería la apelación al artículo 9.2 —siendo insuficiente la del artículo 14— siempre que con ello se intentara justificar un trato diferenciado constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente discriminados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos

¹⁹ Sentencia del T. C. de 25 de enero de 1983, citada en la nota anterior. En ella se lee: «Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2... pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho. Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario promovida por el Derecho laboral sustantivo o procesal no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 de la CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución...» También, sentencia del T. C. de 29 de noviembre de 1983, recurso de amparo núm. 155/1983.



(sentencias de 25 de enero, 28 de febrero y 29 de noviembre de 1983, según las cuales no es inconstitucional, por ejemplo, que la Ley de Procedimiento Laboral exija al empresario, para poder entablar recurso de suplicación, la consignación en metálico del importe de la condena más el veinte por ciento, y no extienda esta exigencia al obrero litigante)²⁰, o —segundo criterio— siempre que esa apelación al artículo 9.2 sirva para hacer constitucionalmente explicable el que la generalización de una determinada conquista social se considere la alternativa más idónea entre las posibles a la hora de restablecer una concreta igualdad (sentencia de 5 de mayo de 1982, por la que la posible compatibilización de varias pensiones, entendida como conquista de la legislación social, se extiende a situaciones previas a la ley en que ello se dispone; sentencias de 21 de diciembre de 1982 y de 15 de noviembre de 1983, por las que determinado logro del personal femenino, justificado en su día por razón del sexo y hoy carente de tal sentido, no se anula sino que se extiende al personal laboral masculino del sector...)²¹; sin embargo, ni puede decirse todavía que aquí exista exactamente una doctrina comprometida sobre el efectivo alcance social del precepto, ni la que se esboza parece marcar una orientación definida, ni los criterios indicados agotan la casuística posible, ni la aplicación que se hace de los mismos deja de ser forzada en ciertos supuestos (es más que discutible, por ejemplo, la necesidad de apelar al artículo 9.2 en la sentencia de 5 de mayo de 1982), ni, en fin, en los casos en que el recurso al 9.2 ha servido para extender conquistas sociales a supuestos impensados por el poder normativo correspondiente (poder reglamentario en sentencia de 21 de diciembre de 1982 y de 15 de noviembre de 1983, ya citadas; poder legislativo en sentencia de 22 de noviembre de 1983, aunque sólo en la medida en que el artículo 9.2 había sido alegado en el proceso) se ha salvado siempre con buena técnica el consabido riesgo de conversión en «legislador positivo» que las llamadas «sentencias aditivas» inevitablemente comportan; y ello sin perjuicio de reconocer que, en los casos en que el problema se ha planteado a través del recurso de amparo y tratándose

²⁰ Sentencia del T.C. de 25 de enero de 1983, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 222/1982; sentencia del T.C. de 28 de febrero de 1983, recurso de amparo núm. 233/1982; sentencia del T.C. de 29 de noviembre de 1983, recurso de amparo núm. 155/1983.

²¹ Sentencia del T.C. de 5 de mayo de 1982, recaída en recurso de amparo número 398/1981; sentencia del T.C. de 21 de diciembre de 1982, recurso de amparo núm. 158/1982; sentencia del T.C. de 15 de noviembre de 1983, recursos de amparo acumulados núms. 149, 175, 176, 196/1983.



de normas procedentes de la potestad reglamentaria, la referencia a tales categorías sólo puede hacerse en un sentido lato; aunque —pensamos— no por ello menos significativo.

Sorprendente, casi sintomático diría, resulta además que el Tribunal apenas haya hecho del artículo 9.2 un uso desvinculado del artículo 14 o, lo que es lo mismo, de su escueta dimensión como correctivo de la igualdad formal, ya se trate de un uso independiente, ya de una utilización integradora de cualquier otro precepto. De hecho, sólo un par de sentencias están en la línea de insinuar ese empleo (sentencia de 4 de marzo de 1982, donde integra al artículo 9.3 para evitar que la interdicción de la retroactividad «in peius» se convierta en coartada para todo derecho adquirido; sentencia de 5 de julio de 1982, donde el artículo 9.2 aparece integrando de sentido social al artículo 24 en punto a asistencia letrada al detenido...) ²². Parece como si el Tribunal Constitucional no hubiera adquirido todavía plena conciencia de las posibilidades que el precepto comporta en orden a integrar o redefinir en sentido social al resto del articulado de la Constitución.

E igualmente preocupante es, en fin, dentro del globo de cuestiones suscitadas por la concreción jurisprudencial del artículo 9.2, la adivinable ausencia de criterio que el Tribunal Constitucional evidencia a la hora de encarar las difíciles relaciones con los otros poderes, y particularmente con los poderes normativos, que inevitablemente plantea un precepto de alcance social remodelador tan intenso como es el que aquí consideramos. Mientras que en ciertos casos —ya lo advertimos— parece no tenerse excesivo inconveniente en bordear la peligrosa frontera de ciertos comportamientos muy próximos a las sentencias aditivas, en cambio, en otros supuestos, el Tribunal prueba ser consciente de sus exactos límites institucionales frente al legislador y adopta una presumible actitud de contrario signo (sentencia de 20 de julio de 1981, donde se habla de que el artículo 9.2 «exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley»; implícitamente, sentencia de 5 de julio de 1982, donde se insinúa la necesidad de corregir socialmente determinada legislación al amparo del artículo 9.2; voto particular del magistrado Rubio Llorente a la sentencia de 22 de noviembre de 1983, en el cual se lee que «esta desigualdad real y efectiva debe ser eliminada por el legislador por la vía y en el momento que juzgue más oportunos para dar cumplimiento al mandato del ar-

²² Sentencia del T. C. de 4 de marzo de 1982, recaída en cuestión de inconstitucionalidad núm. 243/1981; sentencia del T. C. de 5 de julio de 1982, recurso de amparo núm. 366/1981.



título 9.2...») ²³. Sin embargo, más acá de lo uno y más allá de lo otro, lo que la actual jurisprudencia constitucional en torno al artículo 9.2 prácticamente no hace (las recién citadas sentencias no concluyen explícitamente en ello y sólo alguna de ellas, y muy vagamente, podría considerarse que realiza tal) es utilizar esa posibilidad técnica, sin duda más adecuada y correcta, que son las «recomendaciones al legislador», las cuales aquí —tal y como insinuábamos en su momento— tendrían la virtud de ser explícito reconocimiento de la imposibilidad de realizar pronunciamientos que no le están constitucionalmente encomendados y, a la vez, vehículo hábil para fijar con criterio decidido y firme una cada día más nutrida doctrina en torno a las potencialidades de normación social avanzada que posee el artículo 9.2. Tal vez aquí —en este no haber dado con la vía más apta para ello— haya que buscar, incluso, parte de las razones que explican la actual ausencia de esa doctrina jurisprudencial en torno al mencionado precepto.

De todos modos, y como advertimos en su momento, no cabe olvidar que esta jurisprudencia constitucional está todavía en sus inicios, con lo cual es inoportuno pedirle lo que no puede dar; y que si ello es verdad para los demás preceptos de la Constitución, mucho más debe serlo para éste, cuyas dificultades técnicas y cuyas inevitables implicaciones ideológicas hacen, incluso, que no podamos utilizar para él la misma medida de tiempo que para cualquier otro. Vistas así las cosas, tal vez sea justo concluir que la labor de nuestro Tribunal Constitucional en este punto está, desde luego, pendiente de una toma de actitud técnicamente más depurada y doctrinalmente más precisa, pero que en absoluto se la puede considerar merecedora de un juicio adverso.

ANGEL GARRORENA MORALES

²³ Sentencia del T. C. de 20 de julio de 1981, recaída en recurso de inconstitucionalidad núm. 38/1981; sentencia de 5 de julio de 1982, recurso de amparo número 366/1981; sentencia de 22 de noviembre de 1983, cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982.



