

Capítulo octavo

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE
RETÓRICA 111

I. La “realidad social” como clave interpretativa 117

II. Un concepto dinámico de razonabilidad 119

III. Jueces sometidos al imperio de la Constitución 123

CAPÍTULO OCTAVO

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO
DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA

Cuando hace ahora veinticinco años, en las primeras líneas del articulado de su Constitución, “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”, tal afirmación no dejaba de suscitar alguna controversia. Quizá el paso del tiempo permita aventurar algún provisional balance, tanto sobre el efectivo alcance de dicha constatación o propósito como sobre las vías por las que ha llegado a hacerse posible.

La alusión al Estado “social” marcaba un obvio contrapunto al viejo modelo liberal de Estado de derecho. Éste pretendía sólo someter al imperio de la ley a los poderes públicos, a los que se pretendía poner freno en garantía de unos derechos y libertades individuales enfrentados a ellos defensivamente. Resultaba obvio por demás en qué medida aquellos derechos de la llamada primera generación habían dado luego paso —en un contexto más socializador que individualista— a una segunda generación de derechos, que cobraban sentido por la posibilidad de recabar de esos mismos poderes una prestación que permitiera hacerlos efectivos. Tal evolución histórica era pacíficamente admitida y se había plasmado igualmente en el ámbito económico, patentando la no muy individualista fórmula alemana de la economía “social” de mercado.

Más problemático resultaba qué alcance pretendiera darse a la alusión al Estado “democrático” de derecho, cuya matriz histórica distaba de resultar obvia. Los intentos de explicitar su sentido parecían emparentar tal fórmula con un entendimiento del socialismo como obligada plenitud histórica de la utopía liberal;¹ tomado en serio abocaría a un final de la historia, de

¹ Así para Elías Díaz, mientras el Estado social de derecho unía una democracia social con un capitalismo maduro y un Estado intervencionista productor de bienes y servicios, el Estado democrático de derecho supondría una transformación en profundidad del capitalismo y su sustitución por el socialismo, lo que habría llevado a G. Peces-Barba a insistir en “esta interpretación, diría auténtica”, que rimaría con la “democracia avanzada” a la que alude la

dudosa compatibilidad con el pluralismo reconocido como valor superior del ordenamiento por ese mismo artículo 1o. En un momento en que los entonces principales partidos de la oposición mantenían como seña de identidad una ideología que aseguraba no haber renunciado a la dictadura del proletariado, más de uno optaba por desdramatizar la cuestión, reduciéndola a colofón retórico.

De lo que no parecía haber mayor duda es del emparentamiento de este intencionado frontispicio con el artículo 9.2 del propio texto constitucional:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Su conocida filiación italiana alentaba más de una suspicacia,² al haber servido de bandera a las invitaciones, por entonces pujantes, a un uso alter-

Constitución en su preámbulo. El texto diría “y democrático”, porque la expresión copulativa marca una fase superadora a la que aspirar, que llevaría a un socialismo “heredero a su vez de la mejor tradición liberal”. Como intentos significativos de acercarse a tal modelo aludía a Dubcek y Allende (“El Estado democrático de derecho en la Constitución española de 1978”, *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, Mezquita, 1982, pp. 179, 180, 181, 182, 199 y 204). Sería interesante confrontarlo con sus muchas más matizadas alusiones a un “Estado democrático de derecho”, en el que el “socialismo democrático” se presenta como “liberalismo igualitario”, en *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 202 y 204.

² Que no dejan de reflejarse en el debate parlamentario. Dos enmiendas de diputados de Alianza Popular solicitan la supresión del apartado; la núm. 2 de Carro Martínez, por entender que “los principios de libertad e igualdad ya están en el artículo 1o.”, y la 691 de López Rodó, que considera que “el contenido del párrafo no es materia constitucional” (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pp. 122 y 395). Tras ser rechazadas por la ponencia, que acepta otros cambios de redacción, fueron retiradas en el debate en Comisión (*ibidem*, t. I, p. 922). En el Senado la enmienda núm. 824, que tiene como primer firmante a Pérez Puga de UCD, propone de nuevo la supresión, para “asegurar en la Constitución el principio de legalidad que nada tiene que ver con el contenido del párrafo 2, el cual supone una importante innovación inspirada en la Constitución italiana”; pero el propio Pérez Puga, oficiando de portavoz de su grupo, profetizará en Comisión que tal apartado “supone la implantación de una democracia de frontera móvil, de una democracia real, de una democracia tremendamente dinámica, y será uno de los artículos más importantes y trascendentales para la interpretación de la Constitución” (*ibidem*, t. III, pp. 2950 y 3137).

nativo del derecho.³ Manteniendo el dualismo social impuesto por el materialismo dialéctico y su lucha de clases, se trataría de ir logrando que el ordenamiento jurídico fruto de una sociedad burguesa fuese utilizado en beneficio de los explotados. Para más de uno aquello aparecía como el amenazador anuncio de la voluntad de lograr por vía judicial lo que, a través de elecciones democráticas, no podría alcanzarse por vía legislativa. Algo así como: hagan los burgueses residuales las leyes que ya pondremos nosotros las sentencias. Podía invitar sin embargo a relativizar tales riesgos la previsión de que el citado artículo, excluido de la protección reforzada del recurso de amparo, no parecía destinado a dar demasiado juego en el posterior desarrollo constitucional.

No es de extrañar que los sectores menos entusiasmados con la Constitución, no faltos obviamente de relevante representación en el mismo Poder Judicial, pretendieran traducirla a términos jurídicos como una especie de sustitutivo de las programáticas leyes fundamentales del régimen predemocrático. Falta de consistencia jurídica propia, precisaría de una *interpositio legislatoris* para llegar a surtir efectos; sin excluir siquiera de tan desvalida situación a artículos como el 14, que sí gozaban de protección por vía de amparo. Se preconizaba pues una parsimoniosa pasividad judicial. No faltaba por lo demás quien insinuara que la propia Constitución (artículo 117.1) consideraba a los jueces “sometidos únicamente al imperio de la ley”, por lo que los mandatos constitucionales habría que entenderlos dirigidos al Poder Legislativo. Por si fuera poco, actuaba como trasfondo teórico un estricto normativismo jurídico, que animaba a considerar a los principios como mera música celestial.

La respuesta del Tribunal Constitucional fue contundente, al sentar drásticamente el carácter de norma jurídica directamente aplicable que era obligado reconocer a la Constitución.⁴ De ello derivaba, en consecuen-

³ De dicho debate me ocupé en “Poder Judicial y transición democrática en España”, *Sociología y psicología jurídicas*, Colegio de Abogados de Barcelona, 1982, 9, pp. 7-42); trabajo incluido luego, en versión resumida, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 167-188. Significativo del eco y alcance de dichas propuestas en aquellas fechas: López Calera, N. M. *et al.*, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1978.

⁴ En la STC. 80/1982 del 21 de diciembre, F. 1, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente; de ella me ocupé en “Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución”, incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 271-296.

cia, una particular responsabilidad de los jueces controlando la validez de las leyes preconstitucionales, aplicando sin aguardar a futuros desarrollos legislativos el último párrafo de su Disposición Derogatoria, que obliga a considerar afectadas por ella “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

La siempre problemática frontera entre legalidad y constitucionalidad inauguraba así un apasionante debate de difícil cierre. Pronto se vería acompañada por el inútil intento de reducir el control constitucional a mera “legislación negativa”, según el modelo kelseniano. Éste diseñaba el sistema de control “concentrado” de constitucionalidad, que hacía suyo nuestra norma suprema; pero no preveía ni por asomo la posibilidad de recursos en amparo de derechos fundamentales, a los que la teoría pura no reconocía consistencia jurídica propia.

La idea de la “legislación negativa”, que reduciría el papel del Tribunal Constitucional a la posibilidad de extraer del ordenamiento normas puestas por el Legislativo, sin permitirse poner nada por su cuenta, resultaba consoladora para los partidarios de una pasividad judicial neutra, rayana en lo extraterrestre. Allá legisladores positivos y negativos con sus conflictos; los jueces a lo suyo. Los recursos de amparo acabarían sin embargo rindiendo un envenenado homenaje al Poder Judicial. Concebidos como subsidiarios de su labor, niegan al Tribunal Constitucional la posibilidad de sanar vulneraciones de derechos sin que antes haya tenido ocasión de hacerlo la jurisdicción ordinaria. El paradójico resultado acaba siendo que la mayoría de la admisión de amparos se traducirá precisamente en la anulación de resoluciones judiciales, sin excluir las del propio Tribunal Supremo. La jurisprudencia constitucional cobrará así un carácter indisimuladamente positivo y corrector, que tendrá al Poder Judicial como privilegiado destinatario.

Particularmente expresiva de la nueva situación resultó su oscilante doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Desde una perspectiva legalista sólo preocupaba una igualdad *ante* la ley, concebida en realidad como igualdad *en* la ley: ésta no podía tratar de modo desigual a unos u otros ciudadanos sin aportar un fundamento objetivo y razonable que descartara toda discriminación. La obvia e insuprimible creatividad judicial lleva a plantearse de qué sirve contar con normas esmeradamente igualitarias si luego *en la aplicación de la ley*, por vía administrativa o sobre todo judicial (incluso llevada a cabo por un mismo órgano...), se acaban tratando de modo desigual casos idénticos. El Tribunal Constitucional vacilará, una

vez más, entre una inhibición “negativa”, que le evite asumir una “casación universal”, y una acción positiva en defensa de una igualdad real y efectiva, que acabe convirtiendo el respeto al precedente en exigencia constitucional.⁵

El artículo 9.2 emparentaba también con la doctrina de la función promocional del derecho, que animaba a superar una visión meramente represiva del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos habrían, en efecto, de “promover condiciones” y eliminar obstáculos a la libertad y la igualdad. No podían, en consecuencia, limitarse a garantizar que no se produciría entre ciudadanos cara al futuro trato desigual alguno; por dicha vía no harían sino consolidar un *statu quo* históricamente viciado de desigualdad. Habría más bien que erradicar sus arraigadas causas y compensar sus efectos, generando condiciones vitales bien distintas.

Se ensancha así por vía constitucional el angular ya abierto cinco años antes, en un marco aún predemocrático, por la reforma del título preliminar del Código Civil, que recordaba la necesidad de aplicar las normas de acuerdo con la “realidad social” del momento. Es esa realidad, que aparece como desigual e incluso discriminatoria, la que vetará cualquier actitud neutra y empujará a acciones positivas capaces de transformarla. Todo ello habrá de llevarlo a cabo el juez, detectando en cada caso situaciones poco “razonables” para aplicar a ellas la Constitución, sin esperar a que el legislador supere cualquier ocasional letargo.

Deberá, por otra parte, ocuparse no sólo de la libertad y la igualdad de los individuos, sino también de la “de los grupos en que se integran”.⁶ Lo

⁵ De ello me he ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Particularmente significativo del repliegue actual de esta línea doctrinal el F. 7 y último de la STC. 203/2002 del 24 de julio, de la que fue ponente la magistrada Emilia Casas Bahamonde: “es claro que la doctrina del precedente administrativo —esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal, una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la ley”.

⁶ En el debate constituyente en el Senado es paradójicamente el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes el que, en la enmienda núm. 12, propone suprimir la alusión a los grupos. Lo justifica porque “no aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto”; amaga también con un argumento *ad absurdum*, recurriendo a una interpretación excesivamente estática y literal de la igualdad de los grupos. Lograron hacer prosperar su enmienda en Comisión, pero el voto particular del Grupo Socialista acabaría siendo defendido por UCD en el Pleno, lo que resta-

“social” contribuirá en efecto a recordar que no existe el individuo aislado; aunque en su condición de tal se le respete, puede acabar sufriendo discriminaciones derivadas del trato que, incluso inconscientemente, tienden a recibir los grupos en los que “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia” (artículo 14 CE) acaba viéndose socialmente inserto.

Todo ello obliga a luchar contra tópicos y estereotipos sociales, lo que no deja de desmentir cualquier intento de dar por supuesto que la Constitución dice en cada momento aquello que los ciudadanos fácticamente comparten. Explicitarla implicará, por el contrario, una dimensión utópica, que llevará obligadamente a superar los mínimos garantizables por una “legislación negativa”, para explorar “acciones positivas” de las que un juez particularmente activo será obligado protagonista.

Que todo esto no ha sido en veinticinco años mera palabrería lo pone de manifiesto de modo significativo la jurisprudencia constitucional sobre uno de los motivos de discriminación vetados por el ya citado artículo 14: el generado por la pertenencia a uno u otro sexo. Hablo de pertenencia porque si —fuera de un contexto social— cabría pensar que el sexo es condición que pertenece a cada cual, superada esa visión irreal y convertido el género en categoría cultural, cada cual acaba más bien perteneciendo al suyo, también a posibles efectos discriminatorios.

La peripetia jurisprudencial puesta en marcha para que tal igualdad sea “real y efectiva” sería ininteligible sin la intromisión del artículo 9.2 en el amparado ámbito del artículo 14, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto por extenso.⁷ No tendría mayor sentido reiterar ahora dicho análisis, por lo que me remitiré en lo que sigue sólo a sentencias posteriores, sin perjuicio de reenviar ocasionalmente al estudio realizado sobre sus precedentes.

blecería el texto aprobado por el Congreso (*Constitución española. Trabajos parlamentarios, cit.*, nota 2, t. III, pp. 2674, 2675 y 3139, t. IV, pp. 4196 y 4398-4401).

⁷ Analizando con detalle dicha jurisprudencia, hasta sentencia tan digna de comentario como la 126/1997 del 3 de julio sobre la viabilidad constitucional del principio de varonía en la sucesión de los títulos nobiliarios (*Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; lo relativo a dicha sentencia en pp. 87-103). No deja de resultar significativo que en el debate constituyente en el Senado se plantee, en Comisión mediante enmienda *in voce*, el posible traslado del texto del artículo 9.2, convirtiéndolo en un segundo epígrafe del hoy artículo 14 —por entonces 13— (*Constitución española. Trabajos parlamentarios, cit.*, nota 2, t. III, p. 3136).

I. LA “REALIDAD SOCIAL” COMO CLAVE INTERPRETATIVA

La denegación del derecho a excedencia para el cuidado de los hijos a una funcionaria interina ha servido, por ejemplo, para escenificar lo ya expuesto. Se nos recordará para empezar que la Constitución, como todo el ordenamiento en su conjunto, no es un mero agregado de normas, sino que los principios juegan en ella un papel decisivo a la hora de marcar “la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad”; condición indispensable para lograr la “justificación y razonabilidad de la resolución” al problema planteado. Bien es verdad que, demostrando a la vez la dificultad de superar el modelo normativista, se incurre probablemente en la indebida identificación del carácter vinculante de tal juicio con la presunta estructura normativa de su fundamento, al rechazar que los principios sean “meras normas sin contenido”,⁸ dando así por hecho que para ser considerados jurídicos habrían de ser normas.

Desde este entramado —no sólo de normas sino también de principios; no menos vinculantes que ellas aunque con muy diversa estructura y dinamismo práctico— habrá que trazar la siempre compleja frontera entre legalidad y constitucionalidad, para dilucidar si ha podido o no producirse la vulneración de un derecho fundamental. Así el Ministerio Fiscal propondrá, con ocasión de un caso semejante al anterior, la denegación del amparo por entender que por razones de legalidad “no puede prosperar la equiparación entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos”.⁹

La sentencia admite en principio que “no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos”; por otra parte, “el interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no pueden a su vez dejarlas temporalmente vacantes, aunque sea para atender bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia”. Al no existir —por razones legales— igualdad de circunstancias, no cabría apreciar —constitucionalmente— trato discriminatorio alguno; tampoco por razón de sexo, al no existir ningún caso en que se la haya “otorgado a un funcionario varón en las mismas circunstancias”. Siguiendo esta línea, el magistra-

⁸ STC. 203/2000, F. 4.

⁹ STC. 240/1999 del 20 de diciembre, A. 10, de la que fue ponente el magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer.

do que acabará discrepando del fallo remacha que lo suscitado es “un puro problema de legalidad ordinaria consistente en si los funcionarios interinos son titulares del derecho de excedencia”.¹⁰

Un “legislador negativo” no tendría demasiado más que añadir; pero determinados aspectos de la realidad social pueden exigirle poner algo más de su parte. El hecho, por ejemplo, de que la demandante “llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad” no parece inocuo. Aludir en tal contexto al “carácter temporal y provisional” de su trabajo, o considerarlo motivado por la “necesidad y urgencia de la prestación del servicio”, resultaría “en extremo formalista”; con lo que la denegación de excedencia pasa a considerarse “claramente desproporcionada”.¹¹

En la medida en que la interinidad aparece como contratación precaria en perjuicio del trabajador, más que como recurso de emergencia en beneficio común, podría considerarse discriminatoria la denegación de excedencia a cualquier interino. Pero no será ésta la consecuencia: “no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas”, sino que serán otras “circunstancias del caso” y “la trascendencia constitucional del derecho” tratado desigualmente en ellas¹² las que permitan dictaminar su carácter discriminatorio. Deberá tratarse, en concreto, de una interina...

Nos hallamos ante un “dato extraído de la realidad social imperante” que obliga a reaccionar: la negación de excedencia a los interinos “produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres”, que con frecuencia “se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral”.¹³

No constituye ningún secreto la relevancia valorativa de esta apelación a la “realidad social”. No nos hallamos ante una mera constatación sociológica, cuyo refinado conocimiento nos permitiría proyectar con mayor

¹⁰ STC. 240/1999, F. 4 y 1 y epígrafe 1 del voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas.

¹¹ STC. 240/1999, F. 1 y 4. Tal razonamiento se reitera ante caso similar en la STC. 203/2000, F. 3, para la que “no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución española para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera”.

¹² STC. 240/1999, F. 7 y 4.

¹³ STC. 240/1999, F. 5.

acuerdo a un juicio de valor del que sólo la norma jurídica es depositaria. Los hechos no se nos presentan como “jurídicos” sin ir acompañados de una relevancia normativa, antes aun de haber tenido ocasión de localizarla en el ordenamiento positivo. Las normas no nos acaban de transmitir su mensaje hasta que cobran existencia entrando en correspondencia con hechos concretos.

Más allá de toda ingenua —y mitificada— separación entre hechos y normas, nos encontramos ante unos hechos que reclaman por sí mismos valorativamente una solución más ajustada y obligan a buscarla en el ordenamiento, de modo que se satisfaga favorablemente este requerimiento de justicia: “la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento”; por lo que resultará obligado reconocer que “denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado de su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto a la permanencia en el mercado de trabajo”.¹⁴ El nuevo tópico de la “realidad social” y el clásico de la “naturaleza de las cosas”, con su capacidad de “poner en correspondencia” ser y deber ser,¹⁵ parecen así darse la mano.

II. UN CONCEPTO DINÁMICO DE RAZONABILIDAD

Ha de desaparecer toda pasividad judicial y se ha de trabajar activamente para abordar de modo positivo una situación que perjudica fundamentalmente a la mujer, dado que, de acuerdo a pautas socialmente arraigadas, “la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino”.¹⁶ Para empezar habrá que

¹⁴ STC. 240/1999, F. 7.

¹⁵ Arquetípico al respecto véase Kaufmann, A., *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 44. El papel de este trabajo dentro de su obra lo he analizado en “El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, *Persona y Derecho*, 2002, 47, pp. 281, 285, 290 y 291.

¹⁶ “La abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres” se insiste (STC. 240/1999, F. 1 y 7). Al magistrado Vicente Conde, sin embargo, “la mezcla del dato de la duración anómala de la interinidad con el de la utilización casi exclusiva de la excedencia para el cuidado de hijos por las mujeres” le parece que “introduce en la argumentación un factor de artificiosidad”, con una “paradójica consecuencia”: “a situaciones legalmente irregulares... se les viene a reconocer unos derechos”, que la sentencia “no tiene inconveniente en negar a las situaciones

superar toda visión del artículo 14 desconectada del 9.2, como la que entre nosotros dio inicialmente paso a una jurisprudencia constitucional *sex-blind*, que sugería —ante el estupor de propios y extraños— que la víctima por antonomasia de la discriminación por razón de sexo era el varón viudo, al que no se reconocía pensión.¹⁷

La ambivalencia de la desigualdad de trato, según se analice desde un aislado cotejo individual o haciendo entrar en juego la situación del grupo social en el que los afectados se insertan, es notable. La discriminación individual del viudo sin pensión no era sino consecuencia de la práctica expulsión del mercado de trabajo de la mujer, que es a quien realmente discriminaba una sociedad para la que sólo su propia condición de viuda, o alguna otra catástrofe familiar, hacía concebible que tuviera que “ponerse a trabajar”.

Los estereotipos vinculados al género han de servir de pista para detectar incluso discriminaciones indirectas, encubiertas bajo apariencia de igualdad formal. Se trata de situaciones que ponen de relieve cómo “la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al artículo 14 que un tratamiento formalmente igualitario no repara”. Ayudará a constatarlo el análisis sociológico del “impacto” de dicha situación, aprovechando la notable experiencia acumulada al respecto en la doctrina norteamericana alentadora de las *affirmative actions*. Tales datos se convierten en sustitutivo de la mera búsqueda de un término de comparación entre dos casos aislados para buscar luego si existe o no un fundamento objetivo y razonable que justifique su desigual trato. Dejan así bajo sospecha a más de un “tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo un impacto adverso” para uno de los grupos de género; ya que ahora “lo que se compara, no son los individuos sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales”.¹⁸

regulares de interinidad que les sirven de marco legal” (epígrafe 1 del voto particular a la STC. 240/1999).

¹⁷ Sobre el particular véase *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, nota 7, pp. 55-58.

¹⁸ STC. 240/1999, F. 4 y 6. Tal enfoque está ya presente en la STC. 145/1991, de la que nos ocupamos por extenso en *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, nota 7, pp. 141-144, 146 y 148. Lo que lleva al magistrado Vicente Conde a discrepar es el conven-

Un punto de vista excesivamente “neutro” puede acabar dejando excesivo espacio a la inercia de los tópicos y estereotipos sociales, llegando a considerar que si las mujeres acaban asumiendo una mayor responsabilidad dentro del reparto de papeles en la vida familiar es como consecuencia de “una opción libremente elegida por éstas”.¹⁹ De ahí que se opte por una dimensión conscientemente utópica, que se sabe no compartida mayoritariamente, al menos en lo que a los comportamientos socialmente vigentes se refiere. Ello explicará que más de una resolución del Tribunal Constitucional no disimule en sus razonamientos una neta intención didáctica.

Así, aunque en uno de los casos analizados la interina hubiera acabado disfrutando de “un periodo de excedencia superior al inicialmente solicitado”, el Tribunal considerará que subsiste el objeto del proceso con un “diseño de defensa objetiva de la Constitución” que va más allá del caso singular, pues aun desbordando “el ámbito subjetivo del recurso de amparo” no es ajeno a su “dimensión objetiva”.²⁰

Más significativo aún de esta actitud es el tratamiento dado a un recurso de amparo motivado por el acoso sexual sufrido por una trabajadora, que considera en consecuencia vulnerado su derecho a la intimidad. La sentencia que la ampara no duda en reconocer que el artículo 14, en lo relativo a la discriminación por razón de sexo, “no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre” pero, partiendo de que “tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, pueden afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres”, considera que “los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, iden-

cimiento, expresado en el epígrafe de su voto particular, de que en la doctrina acerca de la lucha contra la discriminación por razón de sexo “en este caso se avanza un poco más, que considero excesivo”; ya que se venía analizando cuándo “una determinada norma o aplicación de ésta afectaba de modo peyorativo a las mujeres”, “aceptando para establecer tal hecho datos estadísticos, y siempre que la medida en cuestión no tuviese una justificación objetiva y razonable al margen de la condición femenina”; “el elemento novedoso de la sentencia” consistiría en que “se minimiza en ella la última salvedad”, ateniéndose sólo a un dato estadístico que le “parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación” utilizado, ya que “el dato estadístico es sólo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma”.

¹⁹ Así lo afirma el magistrado Vicente Conde en el epígrafe 3 de su voto particular a la STC. 240/1999, considerando que “ese fenómeno en las postrimerías del siglo no es un efecto necesariamente derivado de la condición femenina, como lo es el parto”.

²⁰ STC. 203/2000, F. 2.

tificar el derecho fundamental agredido”.²¹ Resulta así patente el afán por sensibilizar respecto a una lacra que —como la del condicionamiento de su opción por la maternidad, de la que nos ocupamos más abajo— podría estar viéndose obligada a soportar más de una trabajadora.

Resulta a estas alturas obvio el “activismo” judicial a que esta línea jurisprudencial invita. El juez se convierte en pieza clave para que los valores incluidos con intención utópica en la Constitución lleguen a dar su fruto. De ahí que se le aleccione sobre su adecuado papel como garante de los derechos en ellos implicados. Los jueces no pueden:

Ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del artículo 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por el cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde.²²

Podría parecer que la existencia de un fundamento objetivo y razonable deja de ser el criterio decisivo a la hora de apreciar una discriminación; pero se trata de un espejismo.

Cuando se nos reitera que es preciso superar un “principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato”, para entender que “la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación”,²³ lo que se nos propone en realidad es abandonar una versión estática, meramente no desigualadora, de lo razonable. Resulta exigible otra, histórica y dinámica, decididamente erradicadora de lo que, por injusto, hace tiempo que debiera haberse considerado poco razonable.

²¹ STC. 224/1999 del 13 de diciembre, F. 2, de la que fue ponente el magistrado Rafael de Mendizábal Allende; al final reconoce en el fallo que “se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal”; aunque previamente insista en que no se desconoce con ello que “el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo” (*ibidem*, F. 5).

²² STC. 203/2000, F. 4.

²³ STC. 17/2003, F. 3, de la que fue ponente el magistrado Roberto García-Calvo. Encuentra en ello confesado precedente en la STC. 229/1992, a la que aludí repetidamente en *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, nota 7, pp. 81-83, 87 y 106.

III. JUECES SOMETIDOS AL IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN

Donde el alcance de esta obligada disposición activa del juez se ha venido poniendo particularmente de relieve ha sido al aplicar el Tribunal Constitucional al posible hostigamiento de la trabajadora que da a conocer su estado de embarazo la doctrina que tempranamente estableció con ocasión de despidos indiciariamente vinculados al ejercicio de responsabilidades sindicales. En tales casos incumbirá al empresario probar que el despido obedece a motivos no discriminatorios y al juez preocuparse activamente de que así sea.²⁴

Con ello quedará igualmente de manifiesto en qué medida resultan desbordados los esquemas legalistas de aplicación del derecho, y obviamente cualquier asomo de reducción del control de constitucionalidad a “legislación negativa”. El Tribunal Constitucional se verá obligado a revisar la actuación de los órganos judiciales bastante más a fondo de los que éstos podrían asumir sin incomodidad; dejará incluso en evidencia el carácter obligadamente ficticio de los intentos de reparto de papeles entre órganos judiciales, por la vía de una casación o suplicación que no implicaran en realidad el nacimiento de una nueva instancia. Lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible, como apostillaba el castizo maestro...

Para evitar una mecánica inversión de la carga de la prueba, provocada por la mera alegación de un derecho fundamental presuntamente vulnerado, la jurisprudencia constitucional acaba exigiendo previamente un “principio de prueba”, que abra una fundada expectativa de “prueba verosímil” o un “panorama indiciario suficiente”. La sutil frontera entre estas exigencias y el presunto indicio va a dejar al juez curado de antemano de cualquier tentación de pasividad, y le va a someter con frecuencia al juicio de un Tribunal Constitucional que, por una parte, “no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego que no fue irrazonable ni arbitraria ni manifiestamente errónea”, porque ello sólo satisfaría las formales exigencias procesales del artículo 24 CE, sino que ha de apreciar si se ha garantizado “un derecho fundamental sustantivo”; pero, por otra, habrá de hacerlo “sin

²⁴ Así lo establece la STC. 38/1981 del 23 de noviembre, de cuya posterior incidencia nos hemos ocupado en *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, nota 7, pp. 123-129 y 153.

que tal actuación suponga revisión de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador”.²⁵

“No basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar un presumible trato discriminatorio”, lo que puede llevar en alguna ocasión a un pacífico dictamen sobre la insuficiencia de lo alegado.²⁶ Pero no será así en todos los casos.

No ocurrió, por ejemplo, cuando un Juzgado de lo Social estimó que existían indicios suficientes de despido discriminatorio por embarazo, al apreciar dos hechos: la simultaneidad entre conocimiento del embarazo por un organismo público, atestiguado por varios de sus cargos, y el cese de la trabajadora; aun admitiendo que ésta había sido contratada para obra y servicio, dentro de un programa que se extinguió al verse privado de financiación europea, hizo notar que ello se había producido más de un año antes y no impidió que se siguiera recurriendo a la trabajadora para labores ajenas a dicho programa. Con posterioridad el Tribunal Superior, al resolver recurso de súplica, estima que los “pretendidos indicios” eran en realidad “meras sospechas y conjeturas”; considera no constatado que el empleador conociera el embarazo, cuya coincidencia con el cese era “tan sólo una mera coincidencia”, privando de valor probatorio a los testimonios de sus relevantes cargos, reducidos ahora a “simple opinión”; admite por lo demás que el organismo público, cuyo cuantioso empleo de mujeres lo pondría a salvo de toda sospecha de discriminación, pusiera fin a una situación fraudulenta, como la de mantener en su puesto a quien ya no tenía labor que realizar. El Tribunal Constitucional no quedó muy convencido al respecto y, tras anular la sentencia, consideró firme la del Juzgado, desautorizando inevitablemente al Tribunal Superior.²⁷

²⁵ Ardua tarea que asume en su F. 4 la STC. 41/2002 del 25 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Eugeni Gay Montalvo.

²⁶ Así ocurre con la STC. 41/2002, a cuyo F. 4 nos hemos referido. No considera “convincientes” las alegaciones de la demandante, que evoca su despido anterior después de reincorporarse tras una baja maternal, logrando la readmisión gracias a una fuerte presión sindical; no estima que tal indicio dé paso a un “panorama indiciario suficiente”, al no conocer la empresa en este segundo caso su estado de gestación. Tanto el Juzgado de lo Social de Almería como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía habían descartado el carácter discriminatorio del despido por idéntica razón (*ibidem*, A. 2).

²⁷ STC. 17/2003, A. 2 d) y e), F. 5. Se cita en ella con profusión la ya comentada STC. 41/2002.

No deja de resultar curioso que mientras que el organismo público demandado aduce que la recurrente “pretende oponerse a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Superior de Justicia”, quedan pocas dudas de que éste no vaciló en asumir dicha tarea, rectificando la llevada a cabo por el juzgador *a quo*. El Tribunal Constitucional, que se sabe afectado por la “imposibilidad legal y material de alterar los hechos”, no abdica sin embargo de “su función de protección del derecho fundamental”. Resuelve tan agudo dilema convenciéndose de que sin “revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces y tribunales ordinarios, «función privativa suya»”, puede “alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales”. Todo consiste, pues, en “analizar los hechos”, “tal como fueron declarados por los tribunales ordinarios” (de modo, por demás, contradictorio), aunque, eso sí, “desde la sola perspectiva del derecho fundamental invocado”. Que sea posible interpretar rectificadamente un relato fáctico sin afectar a la evaluación de la prueba en que él mismo consiste, detectando la existencia de “indicios indebidamente desechados en el grado jurisdiccional de suplicación” no deja de ser un profundo misterio; aunque es muy de alabar que se haga “con el propósito descrito”²⁸ (o sea, sin afán de molestar).

* * *

La referencia del artículo 14 CE al sexo ha dejado, pues, de entenderse de modo neutro, como peculiaridad individual, para resaltar posibles condicionamientos de género de alcance sociocultural, más amplio que la mera diferencia fisiológica.

Cuando ya nadie duda de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable, su artículo 9.2 se ha demostrado como una eficaz vía para hacerlo progresar. Su falta de protección por vía de amparo no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional lo haya hecho entrar en juego, con una clara dimensión utópica, invitando a los jueces y tribunales a hacer lo propio, en lucha contra tópicos discriminatorios.

Ello implica dar por hecho que el control de constitucionalidad entendido como *legislación negativa*, que puede conservar su sentido en los recursos contra leyes, habrá de verse por vía de amparo con frecuencia sustituido por exigibles *acciones positivas*. Ello no parece suscitar ya particulares temores

²⁸ STC. 17/2003, F. 2 y F. 6.

respecto a un posible uso alternativo del derecho, doctrina que ha acabado encontrando su lugar natural en ámbitos académicos reducidos (con Brasil, por ejemplo, como exponente privilegiado), en los que rima con las propuestas de una también regional teología de la liberación.

Sí ha obligado a abandonar una visión meramente individual de los derechos y libertades, para descubrir a sus titulares hondamente condicionados por el tratamiento que los grupos en que se ven integrados reciben, de modo más o menos consciente, en el contexto social. A la vez ha resaltado la sutil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad, lo que repercute en la obligación del Tribunal Constitucional de entrar en juego, con todo el afán inhibitorio que su prudencia le dicte, ante una posible vulneración sustancial de un derecho fundamental, limitándose en otro caso a exigir a la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de las garantías formales derivadas de su artículo 24. Que ello no deja de plantear problemas en la práctica, es de sobras conocido; son fruto inevitable de la valencia positiva de la propia Constitución, por lo que no parece muy realista aspirar a eliminarlos por vía de reforma legislativa.

Veinticinco años después, la fórmula del Estado social de derecho dista de aparecer como un mero recurso retórico; mientras que su calificación como “democrático” no parece haber precisado mayor glosa, quizá por haber acabado considerándose pleonástica.