

Capítulo séptimo

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD . . . . .	95
I. La igualdad entre los “valores superiores”. . . . .	95
II. No discriminación e igualdad ante la ley . . . . .	98
III. Igualdad en la aplicación de la ley . . . . .	102
IV. La dimensión activa de la igualdad . . . . .	106
V. Omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución . . .	109

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

Transcurridos trece años de la promulgación de la Constitución española, pocos de sus contenidos parecen haber mostrado más relevancia práctica que la igualdad; tanto a la hora de remodelar derogatoriamente el ordenamiento preconstitucional como a la de abrirle nuevos horizontes.

#### I. LA IGUALDAD ENTRE LOS “VALORES SUPERIORES”

Resulta, sin duda, sorprendente la ausencia de toda alusión a la igualdad en el preámbulo de nuestra forma suprema. En él se recogen los cuatro objetivos que la “nación española” desea “establecer” o “promover”, a la vez que “proclama su voluntad” de poner en práctica seis medios que los hagan posibles. La Constitución aparece, “en consecuencia”, como el texto jurídico capaz de servir de cauce a todo ello. “La justicia, la libertad y la seguridad”, junto con el “bien” de todos los españoles, disfrutan así de un protagonismo teórico (quizá retórico) negado a la igualdad.

Basta, sin embargo, adentrarse en el articulado para encontrar en su primer epígrafe (artículo 1.1) a la igualdad entre los “valores superiores” del ordenamiento jurídico, propugnados por el “Estado social y democrático de derecho” que se constituye. En el preámbulo se aludía ya a la necesidad de consolidar un “Estado de derecho”, sin más especificaciones que la de estar destinado a asegurar el imperio de la ley. Justicia y libertad mantienen ahora su presencia, mientras la seguridad —con el título menos retórico de “seguridad jurídica”— ha de buscar cobijo en el artículo 9.3, junto a otros siete contenidos constitucionalmente garantizados. Su hueco da entrada al “pluralismo político” ausente también en el exordio.

Una primera actitud, ante este generoso y variado desfile de términos, consistiría en no dar mayor importancia a tales alusiones programáticas, renunciando de paso a exigirles particular coherencia. La suscribieron

con displicencia quienes negaron a la Constitución —y, sobre todo, a sus títulos preliminar y primero— rango de “norma jurídica”, aplazando hasta su futuro desarrollo legislativo toda dimensión vinculante. Dado que el Tribunal Constitucional excluyó bien pronto tal interpretación,<sup>1</sup> parece obligado un enfoque más riguroso.

A nuestro modo de ver, la omisión de toda referencia a la igualdad en el texto del preámbulo resulta tan desafortunada como sorprendente. Igualdad y libertad constituyen los dos ingredientes básicos del derecho, o de la *justicia* en que éste consiste. Lo jurídico es *libertad* ajustada y ésta sólo se hace real cuando gravitan sobre ella determinadas exigencias de igualdad. No cualesquiera, porque lo jurídico es a la vez *igualdad* proporcional o adecuada, calificativos que revelan el jugo —también ajustador— de las exigencias de la libertad. De ahí que referirse a la justicia y a la libertad, sin mencionar a la igualdad, resulta o parcial o redundante, según se tenga en cuenta la ausencia o la presencia de cada uno de estos dos imprescindibles ingredientes de lo justo.

El *pluralismo político*, por su parte, será el cauce obligado para llegar a la justicia. Su ausencia, no menos llamativa, en el preámbulo debería haberse evitado al aludir a la consolidación del Estado de derecho.

El término *valor superior del ordenamiento jurídico* no ha dejado de prestarse a polémicas. Más allá de prosaicos prejuicios gremiales, politólogos y “juristas positivos” han discrepado a la hora de tratar el texto constitucional. Los primeros se han mostrado más favorables a una dimensión expansiva, para la que resultaría estrecho el instrumental de la dogmática jurídica al uso; tipologías filosóficas o científico-sociales habrían de solventar dicha angostura. Por contra, los partidarios de una dimensión “más técnica que política” de la Constitución no dejan de motivar su desasosiego ante tales propuestas. Baste como ejemplo el malhumorado despego mostrado hacia “la filosofía de los valores” con ocasión de alguna sentencia del Tribunal Constitucional.<sup>2</sup>

Como intento de salvar este aparente dilema se ha recurrido a otorgar la condición de *norma jurídica* a los aludidos *valores superiores*.<sup>3</sup> Si con

<sup>1</sup> STC. 16/1982 del 28 de abril, F. 1.

<sup>2</sup> Voto particular del magistrado F. Tomás y Valiente, a la STC. 53/1985 del 4 de abril, resolviendo el recurso previo sobre el proyecto despenalizador del aborto en determinados supuestos.

<sup>3</sup> Así Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984. Una crítica al normativismo que le sirve de fundamento en nuestro trabajo incluido en *Derechos*

ello se pretende resaltar el carácter vinculante de sus exigencias, nada más plausible. El propio Tribunal Constitucional, tras recordar que “la igualdad se configura como un valor superior”, deriva de ello la siguiente consecuencia: “toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama”.<sup>4</sup> Pero el remedio elegido quizá resulte arriesgado e innecesario.

Arriesgado, porque el sano interés por conferir a tales valores (intranquilizadamente difusos e imprecisos) la condición de normas (de sentido presuntamente determinado y nítido) puede acabar transfiriendo a las normas los pretendidos vicios de los valores, lo que bastaría para justificar malhumores como los ya apuntados. No se adivina, por ejemplo, cuáles podrían ser las “ventajas” de afirmar que la libertad, la justicia o el pluralismo político son normas jurídicas. Innecesario también, porque únicamente un rígido “normativismo” jurídico obligaría a entender que sólo lo catalogado como “norma” pueda considerarse jurídicamente vinculante. Este desfasado planteamiento llevaría a aceptar que o bien “los principios rectores de la política social y económica” (artículos 39 a 52) no son vinculantes, o bien —porque lo son— tienen el carácter de normas. Curiosas “normas”, por cierto, que “informarán la legislación positiva” y sólo podrán ser alegadas “ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3).

Pensamos que los valores (“superiores” o no) cobran operatividad jurídica indistintamente como principios o como normas, tan jurídicos y tan vinculantes unos como otras, aunque sea diverso su modo de acción. Los *principios* no son menos jurídicos por no ser normas; por no serlo pueden poner en juego su carácter informador y dirigir esa ajustada ponderación que el derecho en la práctica siempre lleva consigo. Las *normas* no son más derecho que los principios, sin los que —por otra parte— no tendrían sentido jurídico alguno; su estructura formal —al contar con un supuesto de hecho relativamente determinado— les confiere sin duda una operatividad más controlable y neta, con lo que lleva consigo de seguridad pero también de posible rigidez.

*humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 225 y ss.

<sup>4</sup> STC. 8/1983 del 18 de febrero, F. 3.

La igualdad, pues, es uno de los “valores superiores” de nuestro ordenamiento, en el que acabará resultado operativa bien como principio jurídico o bien como norma. En el propio texto constitucional encontramos ulterior noticia al respecto, sin ceñirnos necesariamente a la ordenación sistemática de sus alusiones.

## II. NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD ANTE LA LEY

El título I, acerca “De los derechos y deberes fundamentales”, después de tratar en el primero “De los españoles y los extranjeros”, dedica su segundo capítulo a los “Derechos y libertades”. La sistemática resulta tan compleja como elocuente, sobre todo si contemplamos la ubicación que reserva a la igualdad. Las dos secciones, destinadas a ocuparse respectivamente “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (artículos 15 a 19) y “De los derechos y deberes de los ciudadanos” (artículos 30 a 38), encuentran justificación en la diversa tutela disponible para el ciudadano. Los derechos de la primera sección cuentan con un procedimiento preferente y sumario, así como con la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo curioso es que, gozando la igualdad de tal protección (artículo 53.2), el artículo 14 en que se plasma queda fuera de dicha sección, a modo de asimétrico anticipo a todo el capítulo.

Tales titubeos nos recuerdan que —más que ante un derecho fundamental o libertad pública— nos hallamos ante un valor superior del ordenamiento e incluso —al margen de la sistemática constitucional— ante uno de los ingredientes básicos de lo jurídico. Como consecuencia, “la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”.<sup>5</sup> Se trataría de “un derecho fundamental carente de autonomía propia en cuanto se da sólo en relación con otros derechos, a los que, por decirlo así, modula de acuerdo con la igualdad entendida como valor y proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución”.<sup>6</sup>

El citado artículo 14 deriva, en efecto, del valor superior de la igualdad la constatación de que “los españoles son iguales ante la ley, sin que

<sup>5</sup> STC. 76/1983 del 5 de agosto, F. 2.

<sup>6</sup> ATC. 862/1986 del 29 de octubre.

pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. No nos hallamos, pues, ante un mandato positivo de trato uniforme. Las mismas exigencias de la igualdad obligarán, paradójicamente, a tratar de manera desigual a aquellos ciudadanos que se encuentran en situaciones de relevante diversidad. El principio de igualdad:

No prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento.<sup>7</sup>

Entra, pues, en juego la dimensión relacional que la *igualdad* —y con ella toda la realidad jurídica— lleva consigo. De la exigencia de igualdad hemos pasado al rechazo de una determinada especie de *desigualdad*: la *discriminación*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha facilitado en este aspecto la tarea de nuestro Constitucional, con su doctrina elaborada al respecto. Se entiende por discriminación una desigualdad de trato carente de *justificación objetiva y razonable*, que ha de apreciarse en relación a la *finalidad* y efectos de la medida, cuidándose la adecuada relación de *proporcionalidad* de los medios empleados a tal efecto.

Es toda una definición del derecho lo que se va así desplegando. No es extraño que, a la vez, se haga presente la inevitable *circularidad* que acompaña a todo razonamiento jurídico. Circularidad que sólo resultará viciosa si se la camufla bajo ropajes lógico-formales, sustrayéndola a la obligada reflexión argumental. Un planteamiento simplista nos llevaría, en efecto, a entender que, siendo la libertad y la igualdad ingredientes básicos de la justicia, si aisláramos con precisión exigencias de igualdad estaríamos en mejores condiciones para *hacer justicia*. Sin embargo, para decantar las exigencias de la igualdad resulta imprescindible poner a prueba el grado *justificación* de determinadas desigualdades, y mal se podrían “justificar” sin contar previamente con un criterio de “justicia”. A su luz surgirá una precomprensión del caso cuyo *fundamento* habrá de ponerse luego a prueba a través de necesario proceso de *razonable argumentación*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> STC. 34/1981 del 10 de noviembre, F. 3.

<sup>8</sup> Cfr. Nuestro estudio “Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución”, *Anuario de Derechos Huma-*

La reiterada alusión a la necesidad de una justificación objetiva y razonable, para que una desigualdad no sea rechazable por discriminatoria, implica —retóricas aparte— un notable alcance filosófico-jurídico. La actividad jurídica se configura como un ejercicio de *razón práctica*, al presuponer una realidad práctica objetiva y cognoscible, admitiendo a la vez la aptitud de la razón para explicitarla.

No deja de replantearse una falsa cuestión ya apuntada. El valor superior de la igualdad, recogido ahora en el artículo 14, ¿constituye una “auténtica” norma jurídica o tiene sólo el valor de “mero” principio? Realmente, lo que se está preguntando —en clave normativista— es si el contenido del artículo goza o no de “vinculatoriedad inmediata” (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario). La extinta Audiencia Territorial de Sevilla (STC. del 31 de enero de 1980) no dudó en equiparar la Constitución con las leyes fundamentales predemocráticas, por considerar que “integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles, salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores”. Puesto que era el artículo 14 el que estaba en juego, el Tribunal Supremo afirma dos años después (STC. del 8 de abril de 1982 de la Sala 1a.) que tiene sólo el “alcance de una declaración de principio”, rechazando todo efecto derogatorio respecto al artículo 137 del Código Civil, que asumía discriminaciones por razón de nacimiento a la hora de regular las acciones de filiación. Todo ello llevó al Tribunal Constitucional, tras sentar “que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática”, a, partiendo de este “reconocimiento de su carácter normativo”, establecer “la vinculatoriedad inmediata del artículo 14”.<sup>9</sup>

Como puede observarse, la identificación norma-vinculatoriedad y principio-declaración programática se muestra más arraigada de lo deseable en nuestro léxico judicial. Volviendo a nuestro planteamiento, los motivos de discriminación incluidos específicamente en el artículo 14 ofrecen ya un supuesto de hecho relativamente determinado; pero —aparte del carácter abierto de dicha enumeración— no hay duda de que la relevancia prioritaria de este artículo se pondrá de manifiesto en

*nos*, 1986-87 (4), pp. 173-198; incluido luego en versión alemana en Garzón Valdés, E. (ed.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, pp. 155-169.

<sup>9</sup> STC. 80/1982 del 20 de diciembre, F. 1 y 2.

su notable operatividad como principio jurídico valorador de las más diversas relaciones sociales.

Al ser elemento decisivo para la entrada en juego de dicho principio la existencia de una identidad de supuestos, resulta obligada la atribución de la *carga de la prueba*. “A quien alega la vulneración del derecho a la igualdad corresponde aportar la prueba de la identidad sustancial del supuesto con otros iguales”.<sup>10</sup> Establecido ese *tertium comparationis*, y sin perjuicio de la presunción de legitimidad que corresponde al Legislativo como expresión de la soberanía popular, el propio texto legal debe ofrecer el fundamento objetivo y razonable justificador de la diferencia de trato.

Si la *igualdad* de todos *ante la ley* excluye el tratamiento discriminatorio de alguna categoría de ciudadanos, dentro de la óptica general propia de todo texto legal, problemas peculiares plantea el recurso ocasional a *leyes de caso único*,<sup>11</sup> puesto de actualidad entre nosotros por las vicisitudes del caso Rumasa. En un primer pronunciamiento, el Tribunal Constitucional rechazó la invocación del artículo 14, entendiendo que no había satisfecho las exigencias de la carga de la prueba el recurrente, al “sostener que en otras actuaciones de crisis financiera, que no se cuida de documentar para dotar al alegato de alguna consistencia, los poderes públicos han actuado con medidas menos restrictivas y enérgicas que la expropiatoria”.<sup>12</sup> Con posterioridad surge ya la referencia expresa a las “leyes singulares”, rechazando que “constituyan ejercicio normal de la potestad legislativa, sino que se configuran como ejercicio excepcional de esta potestad, subordinada a rigurosos límites”. Los derechos fundamentales no podrían ser objeto de una ley singular que condicione o impida su ejercicio. Ésta sí podrá afectar a su contenido, lo que planteará inevitablemente una cuestión adicional: la problemática tutela judicial efectiva, dada la imposibilidad de recurrir contra una ley ante la que se encontraría el titular del derecho afectado.<sup>13</sup>

Su peculiar capacidad expansiva, fruto del carácter “relacional” de las referencias a la igualdad, convierte al artículo 14 —por otra parte— en vía de especial interés a la hora de analizar la posible relevancia de los

<sup>10</sup> ATC. 683/1985 del 9 de octubre.

<sup>11</sup> Al respecto véase Ariño Ortiz, G., *Leyes singulares, leyes de caso único*, en Álvarez, J. L. et al., *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Madrid, Universidad Complutense, 1989, pp. 111-144.

<sup>12</sup> STC. 111/1983 del 2 de diciembre, F. 12.

<sup>13</sup> STC. 166/1986 del 19 de diciembre, F. 10.

derechos fundamentales, no ya como garantía frente a los poderes públicos sino en las relaciones entre particulares. Esta polémica *Drittwirkung* o eficacia hacia terceros<sup>14</sup> no quedará excluida del ámbito de acción del artículo 14. Aunque nos encontremos ante una relación entre particulares, ello “por sí solo no supone la exclusión del principio de igualdad”, aunque su juego en dicho ámbito “va a originar una matización importante” en su aplicación.<sup>15</sup> Aparte de que la derogación de leyes preconstitucionales discriminatorias pueda producir tales efectos (como vimos en la STC. 80/1982 del 20 de diciembre), la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación de derechos fundamentales, por deficiencias en su protección, puede ampliar el radio de acción del principio de igualdad en las relaciones entre privados, aunque en principio estaría excluido.<sup>16</sup>

### III. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Desde una perspectiva de estricto normativismo jurídico, la garantía contra la discriminación quedaría agotada al preservarse la *igualdad ante la ley*. Entendido el derecho como un conjunto de “normas”, si sus textos no incluyen ningún tratamiento desigual de circunstancias idénticas, o está justificado con un fundamento objetivo y razonable, ninguna discriminación resultaría concebible.

La inevitable dimensión judicial de toda actividad jurídica (y no el empeño, legítimo o no, por aumentar el campo de juego del Poder Judicial respecto al Legislativo) acaba, sin embargo, obligando a revisar tal planteamiento. Que una misma norma puede ser aplicada en casos idénticos de modo desigual, sin justificación objetiva y razonable, resulta obvio. Si el artículo 14 impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo un trato igual, ello supone que “al mismo tiempo, limita el Poder Legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas”. Si el normativismo invitaba a hablar de modo simplista de igualdad *ante la ley*, ahora será obligado precisar más. Para desterrar de modo efectivo toda discriminación no bastará con una

<sup>14</sup> Al respecto véase García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 110 y ss.

<sup>15</sup> STC. 34/1984 del 9 de marzo, F. 2.

<sup>16</sup> ATC. 118/1986 del 5 de febrero.

igualdad en el trato dado por la ley; en ésta, a la que habría de calificar ya de modo más estricto como “igualdad *en la ley*”, consistiría el “límite puesto al ejercicio del Poder Legislativo”. Pero resulta también exigible una “igualdad *en la aplicación de la ley*”.<sup>17</sup> Hasta tres tipos de cuestiones va a suscitar esta interesante línea de jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, una planteada ya al debatirse la Constitución: la necesidad de controlar si el Poder Judicial respeta, al actuar, sus contenidos esenciales. Si el derecho fuera sólo ley, bastaría con el *control de constitucionalidad* sobre tales normas. Si sólo Legislativo y Ejecutivo son Poderes efectivos, los recursos de inconstitucionalidad y de amparo garantizarían suficientemente ese respeto. Pero si el *Poder Judicial* no es “en cierta medida nulo” (como pensaba Montesquieu), ni el juez una mera “boca que pronuncia la palabra de la ley”, la situación cambia. Aun descartado, en teoría, el control expreso de la constitucionalidad de la jurisprudencia, el problema resucitará inevitablemente en la práctica. Y con él la necesidad de precisar el ámbito de juego de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional, para evitar dos extremos viciosos: que la jurisprudencia opte por interpretaciones inconstitucionales de una norma constitucional (las llamadas “sentencias interpretativas” del Tribunal Constitucional reconocen palmariamente esta posibilidad), o que el Tribunal Constitucional se convierta en una nueva instancia que prolongue la jurisdicción ordinaria.

Vinculado a esta segunda posibilidad surge un nuevo tipo de problemas, tan prosaico como efectivo: la *acumulación de recursos* que un planteamiento generoso de la “igualdad en la aplicación de la ley” llevaría consigo, agravando aún más el preocupante agobio que amenaza las tareas del Tribunal Constitucional.

A los requisitos ya apuntados al tratar de la igualdad en la ley (identidad de supuestos y ausencia de justificación objetiva o razonable del trato desigual) se añadirá uno nuevo: que los actos aplicativos de la ley de un mismo órgano judicial.

Tratándose de órganos plurales la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de *igualdad* en la aplicación de la ley tiene necesariamente que

<sup>17</sup> STC. 49/1982 del 14 de julio, F. 2.

cohonestarse con el principio de *independencia* de los órganos... jurisdiccionales.<sup>18</sup>

La inevitable creatividad judicial va, sin embargo, a seguir plateando problemas. Aun siendo idéntico el órgano aplicador de la norma, resulta obligado admitir (aunque ello lleve a archivar todo normativismo legalista) que “las diferencias entre los fallos también pueden tener su justa razón en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función”.<sup>19</sup> El problema se traslada, pues, a la justificación de la desigualdad del fallo. Poco a poco, la obvia exigencia de que se exhiba una fundamentación objetiva y razonable para cambiar de criterio jurisprudencial va relajándose, hasta amenazar de ruina a toda esta línea doctrinal.

Su ventaja era doble: para el propio órgano judicial, al garantizar que “su cambio hermenéutico no resulta inadvertido para él mismo, que debe ser consciente de que cambia y de por qué”; y para el propio justiciable, al descartar un cambio “arbitrario por no razonado y, en este sentido, discriminatorio”.<sup>20</sup> Pero el intento de repliegue del Tribunal Constitucional en su control a la jurisdicción ordinaria lleva a admitir la justificación tácita, conformándose incluso con que “pueda inferirse con certeza o, al menos, con relativa seguridad que el cambio objetivamente perceptible es consciente”.<sup>21</sup> Este desvío, inhibidor del control constitucional, llevaría al absurdo de admitir discriminaciones judiciales, con la curiosa salvedad de que no sean inadvertidas...

Esta paradójica situación lleva a afrontar con mayor rigor un tercer aspecto problemático. Si todo órgano judicial ha de mantener, salvo justificación de su cambio de criterio, una misma línea aplicativa, el juego del principio de igualdad —a través de su enclave “normativo” del artículo 14— llega a afectar al sistema de *fuentes* del ordenamiento, convirtiendo fácticamente en tal al *precedente judicial*.<sup>22</sup> Esto va a provocar una nueva actitud de repliegue de mayor consistencia.

El primer argumento a utilizar no deja de ser paradójico: “el juez está sujeto a la ley y no al precedente”. No faltarán referencias al artículo 117.1, que presenta a los jueces “sometidos únicamente al imperio de la

<sup>18</sup> STC. 59/1982 del 22 de julio, F. 5.

<sup>19</sup> STC. 60/1984 del 16 mayo, F. 1.

<sup>20</sup> STC. 57/1985 del 29 de abril, F. 1.

<sup>21</sup> STC. 166/1985 del 9 de diciembre, F. 5.

<sup>22</sup> Al respecto véase nuestro trabajo *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989.

ley”. Tal declaración se realiza, sin duda, con un doble objetivo: en defensa de la independencia del juez, respecto a cualquier instancia metajurídica, y en recuerdo de su sometimiento al derecho (disfrazado de “ley”, por arraigado vicio). Sin embargo, si no se renuncia al legalismo, el argumento concedería al juez una curiosa independencia del *derecho*, al poder imponer aquella aplicación de la *ley* que en cada caso considere oportuna; aumentarían así las posibilidades de un uso discriminatorio de su poder, y disminuiría la efectividad de ese controlado sometimiento que podría hacerle llegar a aparecer como poder “nulo”.

Más riguroso resulta un segundo argumento, que marca ya una neta distinción en el juego de la igualdad, según se la contemple “en la aplicación de la ley” o simplemente “en la ley”. Mientras en este caso reviste “carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, aquél es predominantemente formal”,<sup>23</sup> por lo que no exigiría mantener una misma interpretación, sino sólo evitar cambios arbitrarios. Al amparo de esta distinción se acentúa la inhibición del Tribunal Constitucional. “La independencia que debe presidir la función judicial y la no existencia en nuestro ordenamiento de un rígido sistema de sujeción al precedente” descartaría que —incluso en ausencia del oportuno recurso ante la jurisdicción ordinaria— “se convierta el recurso de amparo en un instrumento de unificación de la jurisprudencia”,<sup>24</sup> llegando a funcionar “a modo de casación universal”.<sup>25</sup>

Por más que el mismo Tribunal Constitucional haya afirmado que nos encontramos ante “una doctrina cuyos contornos están ya claramente definidos y consolidados”,<sup>26</sup> la verdad es que los tres núcleos de problemas suscitados por el juego de la igualdad “en la aplicación de la ley” siguen hoy abiertos.

Si la jurisprudencia es inevitablemente (para bien o para mal...) creativa, no tiene sentido privilegiar al Poder Judicial eximiéndolo de un control de constitucionalidad previsto incluso para el Legislativo, directamente vinculado a la soberanía popular.

Esto plantea, sin duda, inevitables problemas, obligando a delimitar el ámbito de acción del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, si se admite que la igualdad obliga aplicar la norma con similar criterio en casos

<sup>23</sup> STC. 49/1985 del 28 de marzo, F. 2.

<sup>24</sup> STC. 58/1986 del 14 de mayo, F. 3.

<sup>25</sup> STC. 190/1988 del 17 de octubre, F. 3.

<sup>26</sup> STC. 63/1988 del 11 de abril, F. 2.

idénticos, o a justificar el cambio operado. Pretender, por el contrario, que toda interpretación de la ley que sea aisladamente conforme a la Constitución es válida, aunque se aparte de sus precedentes, equivaldría a enterrar sin más esta línea doctrinal. Tal ocurre cuando se exonera al juez de la obligación de fundamentar su cambio de criterio y se traslada la carga de la prueba, proponiendo que “quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente, posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes”,<sup>27</sup> como las especificadas en el artículo 14. El centro de gravedad se traslada así de la mera desigualdad objetiva en el trato a motivaciones subjetivas, de siempre compleja comprobación.

Pensamos que, tanto por razones de rigor teórico como de economía procesal, la inevitable incidencia de la igualdad “en la aplicación de la ley” sobre nuestro sistema de fuentes debe tener adecuado reflejo en el título preliminar de nuestro Código Civil, sentando expresamente la obligatoriedad de que todo órgano judicial fundamente de modo objetivo y razonable sus cambios de criterio a la hora de interpretar las normas. Se refrendaría así elocuente y el relevante papel desempeñado por la igualdad, como “valor superior”, en la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

#### IV. LA DIMENSIÓN ACTIVA DE LA IGUALDAD

Ya hemos visto que, más que un derecho (por fundamental que se le considere), la igualdad es un valor superior que acaba modulando todas las relaciones jurídicas. No en vano es, con la libertad, uno de los ingredientes básicos del “ajustamiento” (jurídica) en que todo el derecho consiste. No tendría sentido, por ello, confinarla entre los llamados “derechos civiles y políticos”, limitando su juego al freno o control de la acción de los poderes públicos en garantía de la autonomía individual. La igualdad se plasmará también en el ámbito de los “derechos económicos, sociales culturales”, que llevan a reclamar a los poderes públicos

<sup>27</sup> STC. 144/1988 del 12 de julio, F. 3.

una *prestación*. Si ya la peculiar ubicación sistemática del artículo 14 traza una significativa divisoria con los derechos de la tradición garantista, la alusión a la igualdad en el artículo 9.2 resultará aún más elocuente:

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

Se refleja aquí la dimensión activa de los valores superiores del ordenamiento. El derecho no tiene sólo la función conservadora de garantizar un *statu quo* en las prerrogativas del ciudadano, sino que —para hacerlas “reales y efectivas”— ha de cumplir a la vez una *función promocional*,<sup>28</sup> que modifique unos puntos de partida manifiestamente mejorables. Todo intento de ajustamiento de las relaciones sociales se arruinaría si los poderes públicos no están atentos a “promover las condiciones” que lo hagan posible y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Con notable rigor en este caso, se alude expresamente a “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos”, sin apelar expresamente a la justicia, que consiste en su adecuada dosificación. No falta, en este traspunto “activo” del artículo 1.1, la referencia al pluralismo político, concretado en esa “participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El artículo 9.2 fue acogido, por motivos coyunturales, con una simétrica reacción de recelo y afán de monopolio, desde posturas encontradas. Su inequívoca matriz italiana, el juego cumplido en dicho país como santo y seña de una magistratura politizada y, por si fuera poco, la efímera moda teórica del llamado *uso alternativo del derecho* —dentro del canto de cisne del neomarxismo— contribuyeron a ello. El decenio transcurrido deja fuera de lugar todo intento de utilización maniquea de este artículo, tan enmarcado como cualquier otro en el afán de consenso que preside nuestro texto constitucional.

Al margen de jerarquizaciones ideologizadas, es bien conocida la diversa operatividad jurídica de los dos tipos de derechos a que hemos aludido. La inhibición garantista encuentra más fácil acomodo en la estruc-

<sup>28</sup> Al respecto véase Bobbio, N., “La funzione promozionale del diritto”, *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 13-32.

tura propia de las “normas”, mientras que la pretensión promocionadora —condicionada por factores metajurídicos— tendrá que actuar prevalentemente como “principio”. No será ocioso recordar que esto no implica, teóricamente, vinculatoriedad jurídica “menor” sino “distinta”, por más que dicha diversidad puede acabar influyendo en su relevancia práctica.

Como tal principio, la igualdad vincula en esta dimensión activa al Legislativo, cuyo acto “se revela arbitrario” cuando engendra, “no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley”.<sup>29</sup>

Gracias a esta vinculación se hará real y efectivo el “Estado social y democrático de derecho” que protagoniza el artículo 1.1., inviable si sólo contásemos con el veto a la discriminación del artículo 14. Así, si bien este artículo lleva a declarar discriminatorias para el varón determinadas medidas laborales preconstitucionales, teñidas de proteccionismo femenino, el artículo 9.2 obligará, por su parte, a solventarlas generalizando tales prerrogativas, en vez de eliminarlas; aunque “en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas”.<sup>30</sup>

Sería incurrir en simplismo entender que este matizado Estado de derecho obliga a dar vía libre a fórmulas estatistas. El artículo 9.2 implica una relación sociedad-Estado tan alejada del anarquismo ultraliberal como del estatismo al que tan proclive suele mostrarse el socialismo (más o menos “real”). No ha faltado reflejo de este necesario equilibrio en la propia jurisprudencia constitucional. Así reconociendo —a propósito de la libertad de expresión y del derecho a la información— que “la cláusula del Estado social (artículo 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas”, rechaza “el derecho a exigir... la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público”.<sup>31</sup> Situar la dimensión activa de la igualdad en el vértice de una viciosa alternativa

<sup>29</sup> STC. 27/1981 del 20 de julio, F. 10; que descarta se dé tal circunstancia en el caso analizado.

<sup>30</sup> STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 3.

<sup>31</sup> STC. 6/1981 del 16 de marzo, F. 5.

individualismo-estatalismo llevaría a arruinarla. Los imperativos del principio de “subsidiariedad”, y el concepto de “socialización” a él vinculado, parecen abrir cauces más adecuados.

#### V. OMNIPRESENCIA DE LA IGUALDAD EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

No tiene nada de extraño que, dado su carácter de valor superior del ordenamiento o, mejor, de ingrediente básico de lo jurídico, las referencias a la igualdad abunden dentro y fuera del título inicial de nuestra Constitución.

En ocasiones se reduplican o concretan exigencias del artículo 14, con desigual operatividad según el grado de protección a que dan pie. Así el “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”, del artículo 22.3 susceptible de amparo, logra mayor juego autónomo que “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (artículo 39.2) o la afirmación de que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (artículo 32.1), que encuentran más eficaz cobijo en los vetos a la discriminación por nacimiento o sexo del artículo 14. En similar situación práctica se encuentra el artículo 31.1, al proponer “un sistema tributario justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad”.

Como eco de este título, dedicado a los “derechos y deberes fundamentales”, surge la referencia del artículo 149.1.1, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”. Por lo demás, todo este título I rebosa alusiones implícitas a la igualdad, al explicitar los sujetos de los derechos contemplados —bien en clave positiva— “todos” (artículos 15, 24.2, 27.1, 28.1, 31.1, 41 o 45.1), “toda persona” (artículos 17.1, 3o., 4o. o 24.1) o “todos los españoles” (artículos 29.1, 35.1 o 47.1) —bien en clave negativa— “nadie” (artículos 16.2, 25.1 o 33.3). Muestra elocuente de la obligada omnipresencia de la igualdad, como ingrediente básico del ajustamiento jurídico de las relaciones sociales.