

Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución

Andrés OLLERO
Universidad de Granada

SUMARIO: Principios y normas. Igualdad y derecho: una circulación paradójica. ¿Cómo justificar la desigualdad? Dimensión práctica de la igualdad jurídica. Actividad judicial e historicidad del derecho. ¿Dimensión formal de la igualdad en la aplicación de la ley? Heterogeneidad de nuestro sistema de jurisprudencia constitucional.

PRINCIPIOS Y NORMAS

La alusión al «principio» de igualdad lleva a evocar un dualismo que ha recobrado actualidad en la teoría jurídica. Hace ahora treinta años se utilizó ya la distinción entre principio y norma, para poner de relieve las insuficiencias del positivismo legalista; más recientemente, se ha insistido en ella, para poner en cuestión la rigidez del normativismo como esquema de explicación de la realidad jurídica¹. En el primer caso se mostraba la falta de realismo de una concepción del derecho positivo, entendido como mero conjunto de normas «puestas»; en el segundo, se va más allá, hasta cuestionar incluso que el derecho consista sólo en un «sistema de normas»², se las ponga como se las ponga.

¹ Me refiero a las obras de J. Esser *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (versión española, Barcelona, 1961) y R. Dworkin, *Los derechos en serio* (versión española, Barcelona, 1984), sobre todos pp. 61 y ss.

² F. Laporta relativiza —en *El principio de la igualdad: introducción a su análisis*, «Sistema», 1985 (67)— el alcance de la distinción, que le parece sólo de grado, por la mayor abstracción de los principios. Estos serían «razones justificatorias de las normas particulares y concretas». Maneja una noción

Desde ambos frentes de crítica cabría establecer como corolario la *prioridad real de los principios sobre las normas* en la actividad jurídica. En el primer caso, se desmiente el presunto carácter subsidiario de los principios (entendidos como «principios generales del derecho»), para destacar su papel informador, reconocido entre nosotros en la reforma del Título Preliminar del Código Civil³; en el segundo, se insiste en que el derecho no es un sistema rígido de normas, que funcionarían mediante un esquema o-todo-o-nada (o se aplican o no se aplican; de ser aplicadas, excluyen la entrada en juego de otra de dispar contenido), sino que sería, también y sobre todo, un haz de principios susceptibles de juego conjunto, hasta el punto de que toda solución jurídica implicaría una tarea de dosificada ponderación de principios contrapuestos.

De la discusión sobre cómo se «pone» el derecho se pasa, pues, al debate sobre en qué consiste ese derecho (si sólo en normas o también en principios), dejando abierta en el fondo la pregunta radical: si el derecho se convierte en tal cuando y porque se pone, o, por el contrario, pugna por verse positivado como consecuencia de su «previa» realidad. Esta última respuesta cobra especial fuerza con motivo de la posibilidad de control de la validez de las leyes, en la medida en que respeten o no el «contenido esencial»⁴ de determinados derechos.

La tensión principio-norma parece reflejar, sin embargo, en nuestra jurisprudencia constitucional desde perspectivas teóricas menos actuales, estrechamente vinculadas —por otra parte— al normativismo jurídico. Al entenderse el derecho con una dimensión vinculante que sería inseparable de su diseño como sistema de «normas», se acaban identificando dos elementos susceptibles de diverso tratamiento. La dinámica de las «normas» acaba mostrándose incapaz para explicar la vida jurídica real, por lo que habrá que recurrir a factores metanormativos (¿«metajurídicos»?) para aclarar su juego.

de «norma» tan amplia que no satisfaría las exigencias de cualquier «normativista» (cfr. infra nota sobre Kelsen). Así, «un *criterio* no es sino una norma»; el resultado será que «el principio de igualdad se atomiza, se difunde así en una pluralidad de normas cuyos contenidos son los criterios concretos de selección y los tipos de tratamiento admitidos o rechazados» (pp. 5 y 12). Tras esta atomización del normativismo, la diferencia parece en efecto sólo terminológica, pero encubre una realidad: no cabe entender ya que el derecho esté «puesto» en las normas, dado el carácter difuso de sus principios, que o no son normas o son normas incapaces de «poner» explícitamente su contenido, arruinando así todo «positivismo».

³ A su alcance me he referido en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, pp. 131 y ss. y 167 y ss.

⁴ A esta dimensión «iusnaturalista» del problema —señalada también por los críticos de Dworkin— he aludido a mi vez en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* (nota 3), pp. 199 y ss.

Parece más razonable reconocer la existencia real de dos tipos de elementos jurídicos (y vinculantes) con diversas incidencias prácticas: principios y normas.

No ocurre así: cuando el Tribunal se plantea en alguna de sus sentencias la «*vinculatoriedad* inmediata» de los «derechos y libertades» recogidos en los artículos 14 a 38 de la Constitución, se pasa a discutir su «*valor normativo* inmediato»⁵. Al margen de sus discrepancias sobre la «vinculatoriedad» de la Constitución, tanto los órganos judiciales contra los que se solicita amparo (Audiencia Territorial de Sevilla y Sala Primera del Tribunal Supremo), como el propio Tribunal Constitucional, comparten —quizá conscientemente— un común normativismo jurídico. El resultado es bien distinto del antes apuntado. La discusión sobre la «vinculatoriedad» de la Constitución se transforma en debate sobre si determinados artículos deben entenderse como «meras enunciaciones de *principios* encaminados a orientar la futura labor del poder público» (Audiencia Territorial), con lo cual el artículo 14 tendría el «alcance de una declaración de *principio*» (Tribunal Supremo), o si —por el contrario— la Constitución es «nuestra *norma* suprema y no una declaración programática o *principal*» (Tribunal Constitucional).

El normativismo lleva a considerar que la Constitución es algo más que un conjunto de «principios»; precisamente por negárseles un carácter propiamente jurídico, para situarlos en el ámbito prejurídico de lo programático. El mantenimiento coherente de esta actitud llevaría de modo forzoso a vaciar de contenido jurídico los «principios rectores de la política social y económica» recogidos en los artículos 39 y siguientes; conclusión ésta de difícil defensa. Por más que no cuenten con una «vinculatoriedad inmediata», no hay duda de su carácter jurídico-constitucional, capaz de convertirlos en informadores de la «legislación positiva» y de la «práctica judicial» (artículo 53,3).

Más acertado parecería considerar que el «*derecho* a la igualdad», cuyo «contenido esencial» han de respetar la legislación positiva y la práctica judicial, es reconocido por la Constitución como un *prin-*

⁵ Me refiero a la sentencia de la Sala Segunda del TC 80/1982, de 21 de diciembre, de la que fue ponente F. Tomás Valiente, F. 1. Ejemplo típico de esta preocupación por caracterizar como «normas» no sólo los «principios», sino incluso los «valores», para no privarlos de fuerza vinculante, G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, 1984. «Esta constatación es muy importante, a mi juicio, porque sitúa estos conceptos en el ordenamiento jurídico, se pueden comprender desde una concepción normativista y, por consiguiente, se puede seguir afirmando que el derecho es un sistema de normas (p. 36). El autor defiende con denuedo esta postura, aunque reconoce que autores tan numerosos como dispares no han llegado a tanto (pp. 74-88). Recuérdese lo que señalamos en nota 2 *in fine*.

cipio jurídico de «vinculatoriedad inmediata», aunque —como veremos— difícilmente pueda jugar en realidad como una *norma* jurídica en sentido estricto.

Al margen de esta distinción doctrinal, queda en pie la prioridad que nuestra Constitución reconoce a los derechos respecto a la ley. «La necesidad de que ésta respete su contenido esencial implica que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente 'los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial'»⁶. Precisamente por eso se considera que el derecho a la igualdad debe entenderse como *norma* directamente aplicable (como si los principios no se «aplicaran» también) y no como «meros» *principios*. Se entiende, por tanto, que las leyes cobran validez en el marco de los derechos constitucionales, superando la idea de que para «el nacimiento de derechos civiles» sea preciso que «se desarrollen por leyes posteriores» (Audiencia Territorial). Este carácter «previo» de los derechos⁷ es el que nos parece decisivo de cara a nuestro posterior análisis.

IGUALDAD Y DERECHO: UNA CIRCULARIDAD PARADÓJICA

La prioridad de los principios respecto a las normas lleva a entender el ordenamiento jurídico como un entramado de principios valorativos, destinados a ajustar las relaciones sociales de un modo digno del hombre. Para que ello sea posible se precisan también unos esquemas normativos capaces de plasmar esas mismas exigencias: trato paritario generalizado, permanencia en el tiempo, garantías contra la arbitrariedad (con lo que ya no sólo necesitamos «normas», sino que éstas se articulan, además, en «primarias» y «secundarias»), etc. La coordinación de esos principios remite —por una parte— a una «teoría del derecho», deudora de una antropología y de una filosofía social, y ha de ser sensible —por otra parte— a unas exigencias prácticas, que aparecen como la manifestación histórica de ese contenido teórico, a la vez que sirven de contraste de su mayor o menor acierto.

Desde esta perspectiva, la prioridad del derecho sobre las leyes se traduciría en la de los principios constitucionales sobre las normas legales y sentencias (normas particulares, si siguiéramos a Kelsen) judiciales. Si quisiéramos, pues, identificar ese «derecho» condicionador de nuestras leyes, tendríamos que ahondar en un entramado

⁶ STC 80/1982 (nota 5), F. 1.

⁷ A ello he aludido en *Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos*, «Revista Estudios Políticos», 1983 (35), pp. 103-112, sobre todo 113 y ss.

ción, nos *remite* a una *actividad «justificadora»* en cuyo trasfondo es fácil detectar una peculiar «teoría de la *justicia*». Sin perjuicio del carácter primordialmente práctico de su explicitación, tal teoría de la justicia —con su antropología y su filosofía social— no puede ser sino esa misma «*teoría del derecho*» que estábamos intentando precisar. Sólo conociendo (o pre-conociendo) sus exigencias llegaremos, pues, a saber cuáles son los contenidos de ese derecho condicionador de nuestras leyes.

La decisiva labor de «justificación» del trato igual o desigual no va a producirse a través de una operación estrictamente lógica, pero tampoco se admite su abandono a la arbitrariedad. Justificar será aportar una «fundamentación objetiva y razonable».

No parece ocioso ocuparse de estos tres términos, sin perjuicio de reconocer de nuevo a nuestros magistrados constitucionales su libertad para manejar los conceptos con más desenvoltura de juristas que rigor de filósofos. *Fundamentación* parece implicar exhibición de un fundamento, algo en lo que la sentencia busca apoyo, para no degenerar en mero decisionismo sin fundamento. Para que una fundamentación pueda considerarse *objetiva* parece imprescindible contar con objeto al que remitirnos; de lo contrario el juez quedaría a solas con sus opciones subjetivas. La captación de esta realidad objetiva no queda confiada a una facultad intuitiva que el juez de turno pueda autoatribuirse, porque toda realidad objetiva es capaz de dar razón de sí misma, al juez no se le ahorrará el esfuerzo de transmitir convincentemente noticia de la existencia de esa realidad a través de una argumentación *razonable*.

A estas alturas cabría ya insinuar que estamos yendo demasiado lejos. Nada menos que a admitir que el *derecho* tiene *realidad objetiva, racionalmente captable*, en una tarea de clara *dimensión práctica*. Ontología y razón práctica, para empezar. El planteamiento no podrá tacharse de tímido o poco ambicioso, sin duda; pero otra alternativa coherente no resulta tampoco fácil. Empeñarse en hacer uso y abuso de fundamentaciones objetivas y razonables, aunque —eso sí— librándose de aparentar que se admita la existencia de fundamento real, de realidad objetiva y de capacidad de captarla racionalmente, puede acabar resultando —a poco que se piense— el modo más insolente de propasarse. Si todo esto del derecho no es sino una jerga que al final el que manda haga lo que pueda mientras le dejen, estas páginas —y otras muchas de mayor mérito— son inevitablemente pura música celestial.

Tomándose el asunto en serio —lo cual quizá exija admirables dosis de ingenuidad—, nos vemos involucrados nada menos que en la búsqueda del «derecho objetivo» (en su sentido clásico pre-

de principios, dentro del cual el de igualdad juega papel relevante por partida doble. Por una parte, por la importancia teórica que se le reconoce, al incluirlo entre los «valores superiores» del ordenamiento (artículo 1,1) y al hacerlo encabezar (artículo 14) los «derechos y libertades». Pero, además, las exigencias prácticas capaces de materializar y contrastar nuestro «derecho» básico se han venido volcando de modo abrumadoramente mayoritario —por todas las vías previstas (recursos de inconstitucionalidad contra leyes, recursos de amparo, cuestiones de inconstitucionalidad...)— en apelaciones a la igualdad⁸; sólo las garantías previstas en el artículo 24 han alcanzado similar eco práctico. Sabiendo, pues, en qué consista la igualdad, habríamos avanzado en nuestro intento de identificar la «teoría del derecho» subyacente a nuestro ordenamiento; sin perjuicio de la necesidad de perfilar la articulación de sus exigencias con las de otros principios⁹ de mayor o menor importancia teórica o relevancia práctica.

El *derecho* nos remite, pues, a la igualdad, si queremos ahondar en su contenido. Si se tratase de una igualdad aritmética fácilmente formalizable, las posibilidades del intento serían prometedoras; pero no parece ser el caso. Basta que de las propuestas teóricas pasemos a las exigencias prácticas para que descubramos que el principio de igualdad no excluye desigualdades de trato. Sin perjuicio de que nuestra jurisprudencia constitucional adolezca —en éste y otros casos— de la ausencia de una mínima uniformidad terminológica, podríamos afirmar que no toda «desigualdad» implica una «discriminación»¹⁰ en el sentido del artículo 14. Lo decisivo será que el trato aparezca suficientemente «justificado» en la medida que se muestre convincentemente la igualdad de los igualmente tratados o la desigualdad de los no equiparados.

Nos adentramos así en una paradójica circularidad. El derecho pre-legal nos remite a principios pre-normativos. Uno de los básicos —la igualdad—, lejos de brindarnos una fórmula neta de valora-

⁸ Entre los estudios que van catalogando inicialmente esta abundante jurisprudencia, L. López Rodó, *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, «Anales Real Academia Ciencias Morales y Políticas», 1983 (60), pp. 297 y 311, y el libro de A. Cano *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983.

⁹ E incluso con otras dimensiones del mismo principio de igualdad plasmadas en el art. 9, 2. Aunque ciño mi análisis en el art. 14, no pienso que en la realidad las exigencias de ambos artículos jueguen «alternativamente»; la justificación del trato desigual a desiguales se fundará con frecuencia en la igualdad «activa», «sustancial» o «real», atenta a promover condiciones o eliminar obstáculos.

¹⁰ Por ejemplo, la sentencia del Pleno del TC de 2-VII-1981, de la que fue ponente G. Begué, F. 3, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

un «límite máximo de edad» relativo a la «capacidad para trabajar» y a la «extinción de los contratos de trabajo», a fijar por el Gobierno. «De cualquier modo», la edad máxima será la de sesenta y nueve años». Despedido, por haberlos cumplido, un trabajador, el Magistrado de Trabajo planteó la cuestión de inconstitucionalidad en relación, entre otros, al artículo 14.

La sentencia detectará en los escritos de alegaciones hasta «tres líneas argumentales»¹³, que se apresta a contrastar con la Constitución.

Respecto a la primera, entiende que «no es razonable» presumir una ineptitud física o intelectual «a una misma edad para todos los trabajadores». Se nos remite, pues, a un dato de hecho —desigualdad de condiciones físicas e intelectuales— para rechazar un posible trato jurídico igual. Por otro lado, tampoco cabría «justificar» esta limitación del derecho al trabajo presumiendo tal incapacidad para «los trabajadores por cuenta ajena», sin afectar al ejercicio libre de la misma actividad profesional. Se niega ahora la existencia de una desigualdad fáctica entre los ciudadanos, capaz de servir de fundamento al posible establecimiento de una desigualdad jurídica. Se rechaza la equiparación de edad máxima para trabajar con la fijación de una edad mínima, ya que ésta es una «medida inspirada en principios y valores fundamentales asumidos constitucionalmente»¹⁴. En resumen: todos somos suficientemente desiguales, física e intelectualmente, como para que no se nos pueda considerar en igual medida incapaces para trabajar a idéntica edad; todos hemos de ser tratados de modo igual a la hora de presumir nuestra incapacidad física o intelectual, con independencia de que trabajemos por cuenta propia o ajena. La no equiparación entre edad máxima y mínima para trabajar abandona ya una argumentación apoyada en hechos, para adentrarse en la valoración de la finalidad perseguida.

La «segunda línea argumental»¹⁵ reviste ya una dimensión más netamente valorativa, al someterse a discusión si cabe considerar a la jubilación como una «conquista en el proceso de humanización del trabajo», dentro de una «política de protección de la tercera edad». Ello nos acerca a la dimensión histórica de esas realidades objetivas capaces de fundamentar un trato desigual. Nadie parece poner en duda la exigencia jurídica de proteger a la tercera edad; pero una medida que hace un siglo sería indubitablemente considerada como una «conquista» a ese respecto, «se plantea actualmente» con arreglo a «criterios opuestos». El trabajo, que, por las condi-

¹³ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.4.

¹⁴ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.5.

¹⁵ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.6..

legalista) y en el esfuerzo por perfilarlo y delimitarlo a través de una actividad que pretende ser, a la vez, racional y práctica.

No se trata de captar una realidad «objetiva» cosificada, extra-yéndola bajo la superficie de lo aparente, ni de apresar un «objeto» acabadamente definido, sino de comprender interpretativamente en una relación concreta las exigencias jurídicas que en ella afloran¹¹. Teoría y práctica van continuamente de la mano. No se trata de proyectar geoméricamente las implicaciones racionales de un principio básico, ni de recoger una solución que el caso mismo encerraría. Si hemos de creer a nuestros magistrados, «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable», pero «la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad y efectos* de la medida considerada, debiendo darse una *relación razonable de proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida»¹².

Se advierte con facilidad la dimensión teleológica de esta operación cognoscitiva. Pero seguimos sumidos en la circularidad. Sólo pre-comprendiendo finalidades admisibles e inadmisibles podremos comprender si la medida está o no justificada. No podremos olvidar sus efectos, algunos de los cuales serían rechazables al haber sido pre-comprendidos como indeseables. Pero tampoco se consagra el consecuencialismo, ya que el fin no justifica cualquier medio, sino sólo aquellos razonablemente proporcionales, gracias a una relación también pre-comprendida. Sin pre-comprender no comprenderemos nada, sin perjuicio de que nuestro esfuerzo práctico de comprensión pueda defendernos de la oscura precipitación de lo pre-comprendido.

El lector sabrá, sin duda, comprender lo inevitable de todo este mareo, consecuencia lógica del afán de reflejar fielmente un movimiento circular.

¿CÓMO JUSTIFICAR LA DESIGUALDAD?

La regulación legal de la jubilación de los trabajadores sirvió de ocasión para brindar un elocuente ejemplo de las vías disponibles para justificar la desigualdad. La disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) estableció

¹¹ A. Kaufmann señala cómo la circularidad hermenéutica invalida planteamientos ontológicos cosificadores, empujando a la vez hacia una ontología jurídica «relacional». «Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik», en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart* (Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag). München, 1982, t. I. pp. 537-548.

¹² STC 2-VII-1981 (nota 10) F.3; subrayados nuestros.

ciones en que se prestaba, aparecía primordialmente como una carga de la que urgía liberarse, aparece hoy, en un contexto social distinto, como una dimensión humana ¹⁶ que no resulta deseable amputar, sino «voluntariamente» y a través de una «transición progresiva».

La misma exigencia real y objetiva de protección a la tercera edad, que en un momento histórico postulaba la «obligatoriedad» y «radicalidad» de la jubilación forzosa, pasa a proponer como deseable en otra circunstancia histórica la «voluntariedad y progresividad» de la jubilación. Derivar de ello consecuencias relativistas sobre la fundamentación objetiva de la protección a la tercera edad no parece muy razonable. En todo caso, no se admite ya que la jubilación forzosa pueda hoy entenderse como una «conquista» capaz de «justificar la limitación del ejercicio del derecho al trabajo» en forma incondicionada. El poder cobrar sin trabajar deja de resultar un ideal, no sólo porque se pueda cobrar más trabajando, sino por el desarrollo humano que la marginación de la actividad laboral puede llevar consigo.

Nos hemos visto, pues, invitados a un debate antropológico sobre el valor humano del trabajo y la discriminación que resultaría de su privación forzada a partir de una edad determinada, sin existencia de una incapacidad física o intelectual que lo justifique. La «tercera línea argumental» ¹⁷ profundizará más aún en esta dirección, al plantear las consecuencias filosófico-sociales que derivarían de esa concepción del hombre. Este no es sólo individuo —capaz de esgrimir pretensiones ilimitables—, sino ser social: titular de derechos sólo concebibles, por definición ¹⁸, como pretensiones limitadas por exigencias de solidaridad. El derecho «individual» al trabajo se puede ver «justamente limitado» por una «perspectiva colectiva» del derecho al trabajo, en el marco de una política de pleno empleo.

La genérica e individual «libertad de trabajar» sólo puede concretarse en el «derecho a un puesto de trabajo» ¹⁹ dentro de una colectividad, en la que el trabajo productivo aparece hoy como un bien escaso. ¿Cómo cabrá distribuirlo sin atentar contra la igualdad? ¿Acudiendo a su parcelación en cuotas aritméticamente idénticas? ¿Apelando a criterios capaces de justificar un reparto desigual? ¿Cabría encontrarles fundamento real y objetivo?

¹⁶ A ello me refiero en *El trabajo como fuente de socialización*, en curso de publicación dentro del volumen colectivo *Estudios sobre la «Laborem exercens»*.

¹⁷ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.7.

Al respecto *Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos* (nota 1)

¹⁸ Al respecto *Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos* (nota 7) pp. 105 y ss.

¹⁹ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.8.

Tras apelar a «la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país», la sentencia considera «justificada» dicha limitación, «por su contribución al bienestar general», «si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil»²⁰.

Las perspectivas en juego podrían ser otras muchas: entender que los servicios ya prestados por el trabajador a la colectividad justificarían que sólo por voluntad propia abandonara su puesto de trabajo, sin verse en ningún caso expropiado de él; calibrar la rentabilidad social de la experiencia adquirida, marcando así topes diversos, según el tipo de actividad desarrollada... En cualquiera de estos casos, la solución aportada contribuye siempre a diseñar en la práctica un determinado «modelo de sociedad»²¹ y a respaldar una concreta concepción del hombre.

Aquí parece haberse concedido prioridad a imperativos de conservación social, en la búsqueda de un mal menor. Por paradójico que resulte, el joven acaba siendo antepuesto al viejo quizá por su mayor potencial de agresividad o por presumírsele, al menos, menor capacidad de altruismo y autocontrol ético. Se renuncia a lograr, mediante otros recursos jurídicos, un paliativo a esas «consecuencias sociales» previsibles, buscando, sin duda, el menor desgaste. Una vez realizada esta opción, se añade un doble requisito coherente con ella: la jubilación «no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo», y debe llevar consigo una «compensación» (completar los períodos de carencia de cara a recibir una pensión).

Ahora no ha sido la historicidad la que ha abierto todo un ámbito problemático, al hacer aflorar nuevas dimensiones de un mismo principio valorativo. Más bien lo que ha quedado de relieve es la cuestionabilidad de los casos concretos, al incidir en ellos principios y perspectivas diversas, que resulta imprescindible ponderar y articular. La «solidaridad» planteará imperativos diversos, según se enfoque la de los adultos respecto a los jóvenes o la de éstos con sus mayores. En uno y otro caso la opción merecería similar calificativo. Pero ¿hay fundamento real y objetivo para considerar una más solidaria que otra? El esfuerzo argumentativo de la sentencia parece darlo por supuesto. Una vez más, la diversidad de enfoques no resta objetividad a la realidad enfocada; lo que sí impide es pretender

²⁰ STC 2-VII-1981 (nota 10) F.9.

²¹ Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos (nota 7), p. 110. A esta misma consecuencia, presente también en la actividad económica, aludí en «Balance social» y modelo de sociedad en la obra colectiva *El balance social de la empresa y las instituciones financieras*, Madrid, 1982, pp. 73-88, sobre todo, 82 y ss.

esgrimir la «objetividad» como panacea, y pone así en guardia contra cualquier intento de monopolizar una captación presuntamente obvia. Desde una filosofía neoindividualista, por ejemplo, no se discutiría la realidad de las consecuencias perturbadoras que acarrea para la vida social el paro juvenil; pero sí se argüirá que un puesto de trabajo, conseguido quizá por méritos propios, desempeñado con competencia, no puede ser expropiado sin atropellar a su titular en su propia dignidad; ninguna «política» tendente a una optimización social justificaría la manipulación de reductos básicos que, por principio»²², no serían negociables.

La conclusión de esta cuestionabilidad ineliminable de los problemas prácticos no obliga a suscribir un relativismo escéptico: un no cognotivismo que reduzca el debate a opción arbitraria. Tampoco aboca a artificiales fórmulas matizadoras de sus consecuencias, que intentan mantener un discurso argumental sin asumir por ello fundamento real y objetivo alguno. Si no hay una realidad objetiva a la que remitirse, el argumento se convierte en el ropaje retórico de la opción; el lenguaje se limita así a enmascarar la fuerza, sin comunicar una realidad a la que previamente se ha dictaminado como inexistente.

El problema se agudiza porque la cuestionabilidad práctica se produce siempre en el marco del dinamismo histórico. Es preciso reiterar que esa realidad «objetiva» —único factor que puede dar sentido al discurso, evitando que degenera en argucia «ideológica»— no es un «objeto acabado y definitivamente perfilado, sino una exigencia real destinada —como vimos— a plasmarse en una coyuntura concreta. Sólo el prejuicio de no concebir otra realidad que la enmarcable en la «objetividad» científico-natural²³ hace surgir una radical incomodidad ante este planteamiento y buscar consuelo en esa pintoresca «objetividad», engendrada por arte de birlibirloque a lo largo de un sesudo diálogo capaz de atribuir fundamento real a lo inexistente.

El dilema es de notable importancia cuando se reconoce que el principio de igualdad, más que aportar una solución precisa, «ha venido desempeñando el papel de una suerte de cláusula general de

²² Aludo a la distinción entre «principios» y «políticas» planteada por R. Dworkin —*Los derechos en serio* (nota 1), pp. 72 y ss. Una crítica a su posible juego individualista en *Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos* (nota 7), pp. 115-116.

²³ A. Kaufmann señala idéntica consecuencia cuando se proyecta sobre el derecho una ontología cosificadora. Interesante su planteamiento sobre el «contenido esencial» de los derechos humanos, enmarcado en la polémica alemana entre teorías «absolutas» y «relativas», «subjetivas» e «institucionales» —*Über den «Wesensgehalt der Grund und Menschenrechte* «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1984 (LXX/3), pp. 384-399.

razonabilidad²⁴. ¿Cuentan las exigencias de igualdad con fundamento real? ¿Es la «igualdad» una mera palabra mágica, capaz de ponernos de acuerdo en «tener por» justo algo que no lo es ni más ni menos que su contrario? Si la respuesta segunda fuera la correcta, resultaría forzoso admitir que el derecho no es sino un juego convencional para lograr que se pongan de acuerdo los (presuntamente) decididos o (prácticamente) condenados a entenderse. La argumentación llevada a cabo en los «fundamentos» (!) de la sentencia da por supuesto todo lo contrario.

El derecho aportaría al problema una solución «razonable», porque existen fundamentos reales y objetivos sobre la que apoyarla, y argumentos con los que comunicar su captación racional. Existen, pues, «razones» en las que apoyarse y —como consecuencia y también— «razones» con las que convencer.

Este doble esfuerzo racional de captación y de comunicación reviste un peculiar carácter por el juego de un doble imperativo característico de nuestro control de constitucionalidad: respetar el campo de juego de los diversos Poderes (sin inmiscuirse en la prerrogativa legislativa de perfilar históricamente la «teoría del derecho» que enmarca la Constitución, o sin reduplicar el campo de razonamiento práctico encomendado a los jueces); «conservar», mientras sea posible, las normas, siempre que admitan al menos una interpretación conforme con la Constitución.

El primer aspecto resultará compatible con el diseño del discurso como mera opción procedimentalmente estilizada. El Tribunal Constitucional renunciará a inmiscuirse en una conversación sobre la que no es competente. El segundo aspecto resulta ininteligible desde ese prisma; si sólo aspiramos a una arbitrariedad procedimentalmente encauzada, ¿por qué complicar aún más el procedimiento reduplicando las instancias? Sólo la necesidad de proteger un «contenido esencial», tan real y objetivo en su «fundamento» como cuestionable e histórico en su alcance práctico, obliga al Tribunal a buscar una solución «razonable», por encima incluso de los argumentos esgrimidos por los interlocutores.

Así ocurre en el inesperado estrambote final de la sentencia que venimos comentando. Tras entender justificada la jubilación forzosa (con la desigualdad de trato entre jóvenes y viejos que implica), no la considera realmentè establecida por la ley, sino pendiente de su efectiva implantación por el Gobierno; aspecto este cuya constitucionalidad no entra a juzgar. El asunto resulta llamativo, porque ninguno de los interlocutores del laborioso discurso parecía haber

²⁴ Alegaciones del Abogado del Estado recogidas en el Antecedente 9, b) de la sentencia que examinamos (nota 10).

tenido en mente tal interpretación. Todos consideraban más bien establecida por vía legal la jubilación forzosa. Lo daban por supuesto las enmiendas al texto²⁵ el defensor del dictamen en el Pleno²⁶, el Fiscal al oponerse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad²⁷, el Abogado del Estado en sus alegaciones²⁸, el Fiscal General en las suyas²⁹ e incluso uno de los Magistrados³⁰. Para el Tribunal, sin embargo, ello implica una «interpretación aislada del inciso», diversa de la que deriva del «sentido y finalidad del párrafo en que está integrado», así como de «la naturaleza y finalidad del precepto» y de «una interpretación sistemática y teleológica»³¹. Es llamativo que, pese a que la sentencia se dicta sólo un año después de promulgada la ley, no hay en sus fundamentos referencia alguna al debate parlamentario capaz de servir de apoyo a una interpretación «histórica» del pasaje controvertido. Parece preocupar más la búsqueda de la solución «razonable», digna de ser «conservada», que el hecho de que el legislador hubiera llegado realmente a plantearse-la.

DIMENSIÓN PRÁCTICA DE LA IGUALDAD JURÍDICA

Desde una perspectiva teórica, la igualdad no sería sino uno de los ingredientes de esa justicia que constituye el núcleo central de

²⁵ Enumeradas en el Informe de la Ponencia. Así la enmienda núm. 598 del Grupo Comunista, que opta por señalar dos plazos para «jubilación voluntaria y forzosa», y propone —al defenderla el diputado Camacho Abad— su fijación por ley, por considerar inconstitucional que lo hiciera el Gobierno. Igualmente la enmienda núm. 802, del Grupo Andalucista, que rechaza la «imposición de una edad obligatoria de jubilación» y se pronuncia por el «retiro voluntario» —cfr. *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, t. I, pp. 359, 265 y 325; t. II, p. 973.

²⁶ El diputado Berenguer Fuster admite que se está discutiendo el establecimiento legal de una edad de «retiro forzoso», que podrá «ir rebajando» el Gobierno. *Estatuto de los trabajadores* (nota 25), p. 975.

²⁷ «No existe inconstitucionalidad alguna en que las Cortes impongan esa obligación ya existente para los funcionarios». Antecedente 6 de la sentencia (nota 10).

²⁸ Se opone a una interpretación «débil» —«son válidos los convenios colectivos que establezcan la jubilación forzosa a los sesenta y nueve años o a la edad que en el futuro pueda fijar el Gobierno o incluso a otra menor en que convengan las partes»— que implicaba ya la fijación legal de la edad máxima, para adherirse a la «fuerte», que la considera «límite máximo de permanencia en el trabajo» mientras no fije otra inferior el Gobierno. Antecedente 9, a) de la sentencia (nota 10).

²⁹ La afirmación de la ley le parece terminante: «Aun cuando el Gobierno no haga uso de la autorización que se le confiere, esa edad será la que se imponga imperativamente.» Antecedente 10, a) de la sentencia (nota 10).

³⁰ «Dicha disposición introduce en nuestro Derecho laboral, de modo general, la jubilación forzosa». STC 2-VII-1981 (nota 10), voto particular, 4.

³¹ STC 2-VII-1981 (nota 10), F.10.

las exigencias jurídicas. Mientras que la libertad expresa la dimensión afirmativa de la dignidad individual, la igualdad plantearía las exigencias de la paridad ontológica³² de todos los seres humanos y, a través de ellas, la dimensión creativa propia de una alteridad solidaria.

El juego práctico desborda esa distinción conceptual, porque libertad e igualdad son dos «principios» que sólo son capaces de «hacer justicia» en la medida en que juegan juntos, dosificándose mutuamente de un modo ponderado. La justicia no puede nunca ser la suma teórica de unas acabadas exigencias de libertad e igualdad, las más de las veces contrapuestas en el caso concreto; será su ajustamiento práctico³³. La necesidad de «justificar» las apelaciones a la igualdad está ya haciendo entrar en el debate exigencias de libertad capaces de fundamentar un trato proporcionadamente desigual.

La actividad jurídica —la tarea de «hacer justicia»— se convierte, pues, en el despliegue concreto de una «filosofía práctica», que contribuye a conformar existencialmente la realidad con arreglo a unos principios, a la vez que va conociendo su contenido esencial. Hacer justicia —dosificar ajustadamente libertad e igualdad— es contribuir a realizar unas exigencias objetivas cuyo alcance concreto sólo puede conocerse a través de una práctica prudencial. La prudencia del jurista ha de dar realidad existencial a unas exigencias con fundamento real y objetivo, pero que podrían haber quedado reducidas a mera posibilidad, dada la libertad que preside la praxis humana. Irá así diseñando prácticamente una determinada concepción del hombre y de la sociedad de inevitable alcance ético y político.

Ha cobrado existencia una realidad cuyo fundamento estaba ya incoado. Objetividad e historicidad dejan de contraponerse conflictivamente, ya que nos encontraríamos dentro del intento —mejor o peor consumado— de alumbrar una *objetividad*-existencial que lleva consigo una *historicidad*-sin-relativismo. El derecho como solución «razonable» —una de cuyas vías más fecundas de emergencia es la

³² Al respecto, S. Cotta, *La coesistenza come fondamento ontologico del diritto*, incluido como apéndice en *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, donde alude también a las exigencias que brotan de dicha «paridad» a la hora de proceder a justificar una norma (pp. 125-128).

³³ Gregorio Peces-Barba señala que la justicia tiene «como contenido material los conceptos de libertad e igualdad». *Los valores superiores* (nota 5), p. 27. También F. Laporta considera la justicia «como un vocablo genérico» que denotaría tanto igualdad como libertad. *El principio de igualdad* (nota 2), p. 26. La justicia como ajustamiento práctico de exigencias de libertad e igualdad encuentra un interesante fundamento en una ontología no cosificadora que entienda el derecho como relación. Al respecto, A. Kaufmann, *Teoría de la justicia: un ensayo histórico-problemático*. «Anales Cátedra Francisco Suárez», año 1985 (25), en prensa.

apelación a la igualdad— no es un mero juego procedimental, sino el esfuerzo por plasmar una realidad en un juego interpretativo que es a la vez captación y expresión, dación y recepción de sentido. Esta interpretación no debe degenerar en proceder arbitrario, ya que de la misma realidad que se aspira a desarrollar (libertad e igualdad, dignidad individual y paridad) emanan exigencias procedimentales. No da igual *cómo* se plasme esa dimensión histórica, precisamente porque hay un *qué* objetivo³⁴, con un contenido esencial que ha de presidir todo su despliegue.

Esta «sentencia interpretativa» trasluce con especial claridad el carácter instrumental de la letra legal a la hora de realizar el derecho. Lo importante es hacer justicia. Como esto no se considera tarea monopolizable por presuntos videntes de la realidad jurídica, se arbitran los cauces procedimentales («normas secundarias») oportunos para alumbrar los dictámenes («normas primarias») legislativos o judiciales. Pero este «cómo», que justifica la inhibición del Tribunal Constitucional ante la pluralidad de posibles líneas de desarrollo legislativo o ante la variada evaluación judicial de los hechos, sigue subordinado a un «qué» cuyo contenido esencial deberá ser garantizado por dicho Tribunal, por encima —si fuera preciso— de la intención expresa del órgano legislativo o judicial.

ACTIVIDAD JUDICIAL E HISTORICIDAD DEL DERECHO

El esquema de razonamiento jurídico del *positivismo* clásico distinguía dos fases en la dinámica jurídica. Una primera, en la que se *pone* el derecho, encomendada a una actividad *legislativa*, que se presenta como acto de voluntad; otra posterior, en la que se *aplica* el derecho ya positivado, encomendada a una actividad *judicial* diseñada como tarea cognoscitiva, científica y —gracias a ello— racional. Absoluta *discrecionalidad* legislativa a la hora de poner el derecho y drástico *mecanicismo* a la hora de aplicarlo. Positivación *política* y razonamiento *científico* marcaban dos procesos tajantemente separados. Posteriormente, sin abandonar las coordenadas del positivismo, surge una crítica a este esquema, ante su evidente incapacidad para reflejar con realismo la dinámica de la positivación del derecho³⁵.

³⁴ Sobre el particular, A. Kaufmann, *Teoría de la justicia* (nota 33), *in fine*. También mi trabajo *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*. «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1983-84 (23-24), pp. 163 a 182, sobre todo, epígrafe final.

³⁵ Un análisis de este proceso en *Positividad jurídica e historicidad del derecho*. «Anuario Filosofía del Derecho», 1985 (2), pp. 69-80.

Desde una perspectiva más atenta a la *dimensión histórica* de la realidad jurídica se rompe con ese diseño en dos tiempos, y con sus versiones posteriores más complejas. La *interpretación*, que en el esquema positivista aparecía como un añadido patológico de la fase aplicativa, originado por una defectuosa positivación legislativa, aparece ahora como cauce normal de la dinámica histórica del derecho. Lo que antes era terapia —en lo posible, científica— de unas tareas congénitas se muestra ahora como la expresión saludable de toda actividad jurídica. Elaborar un proyecto legislativo o una ponencia judicial no es sino abrir un *debate razonado* sobre la interpretación que permita *ajustar* del modo más razonable una relación social, para evitar futuros conflictos o para solucionar los ya surgidos.

No es extraño, pues, que se repita en el ámbito judicial el mismo juego del principio de igualdad que ya hemos tenido ocasión de observar en el legislativo. Si su contenido esencial condiciona la creación de nuevas leyes, lo mismo ocurrirá con las sentencias judiciales en determinados supuestos. El principio de *igualdad en la ley*, que rechaza toda discriminación entre sus destinatarios, encuentra su equivalente judicial en el principio de *igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria. La historicidad gravitará ahora aún más, porque nos hallamos ante la necesidad de juzgar un caso concreto, enmarcado en unas circunstancias peculiares. Pero ello no hace sino agudizar una situación ya experimentada. Se mantiene, coherentemente, idéntica exigencia básica: la necesidad de aportar una *fundamentación objetiva y razonable* que justifique la diversidad de trato.

«La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tienen que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable»³⁶.

En consecuencia, cuando resulta «patente» la divergencia de las soluciones ofrecidas, pese a la identidad de los supuestos y del debate procesal», constatándose que «enfrentado con supuestos sus-

³⁶ Sentencia de la Sala 2.^a del TC 49/1982, de 14 de julio, de la que fue ponente L. Díez Picazo, F.2.

tancialmente iguales, un mismo órgano judicial ha dictado resoluciones opuestas»³⁷, se otorga amparo al afectado, haciendo que el órgano judicial pronuncie nueva sentencia razonando, en su caso, el cambio de criterio.

No es difícil observar la similitud entre estos planteamientos y la técnica anglosajona del precedente judicial. Como ya ocurría con motivo de la posibilidad de casación por infracción de «doctrina legal, nos encontramos ante una situación que invita a relativizar las diferencias, presuntamente esenciales entre el sistema anglosajón y el continental. En teoría, el derecho codificado llevaría a cabo el esquema dualista del positivismo clásico: legislador que hace política, poniendo el derecho, y juez científico y técnico encargado de aplicarlo. Esto proporcionaría al ciudadano una notable seguridad, aunque a cambio de una inevitable rigidez, ya que la derogación de la ley aparece como el único cambio jurídico imaginable. Por el contrario, el sistema anglosajón judicialista estaría en condiciones de amoldarse con mayor fluidez a la dinámica social, aunque inevitablemente a cambio de una inevitable incertidumbre.

Más allá de este dilema teórico, la historicidad real del derecho impone en la práctica un acercamiento, o incluso una paradójica inversión de planteamientos. Por un lado, la técnica del precedente va engendrando una norma general, que condiciona la libertad del juez, obligándole a fundamentar cualquier sentencia que se «distinga» respecto a la línea ya consolidada. Por otra, en el derecho codificado acaba asimilándose el carácter saludable de la interpretación, como vía espontánea de dinamismo jurídico.

«No existe, por tanto, un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales, pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad aplicada, concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento»³⁸. La actividad jurídica, como búsqueda de la solución razonable, no excluye el cambio de criterio (reajuste de principios) a la hora de interpretar una norma.

Hasta tal punto no cabe atribuir a este fenómeno carácter patológica, que pasa a considerarse como excepcional, por el contrario, una rigidez que desconociera la historicidad del derecho. «Cuando los Tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva norma-

³⁷ Sentencia de la Sala 2.ª del TC 49/1985, de 28 de marzo, de la que fue ponente F. Tomás Valiente, F.1.

³⁸ Sentencia de la Sala 1.ª del TC 63/1984, de 21 de mayo, de la que fue ponente M. Díez de Velasco, F.4.

tiva no es realista exigir que todos sus pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos haya de estimarse precedente obligado de los que le siguen, pues las diferencias que puedan existir inicialmente forman parte de un razonable proceso de ajuste interpretativo y no vulneran el derecho a la igualdad.» Se consuma así la inversión a que nos habíamos referido, ya que la sumisión exclusiva del juez al imperio de la ley se entiende como una exclusión del «principio de predominio de los precedentes, que no es consustancial con nuestro sistema jurídico»³⁹. Nuestro juez codificado parece a la postre más «libre» que el juez anglosajón, aunque la necesidad de aportar un fundamento objetivo y razonable a su cambio de criterio mantenga todavía a ambos en situación similar.

El «razonable realismo» parece ser la consigna a la hora de interpretar las normas. Con lo cual, quizá conscientemente, se está insistiendo en el doble aspecto ya apuntado. No se puede hablar en serio de «realismo» sin la existencia de una realidad a la que remitirse. Entenderla como idéntica a la facticidad social, al modo estrecho del «positivismo» escandinavo, nos llevaría a un círculo vicioso, ya que los hechos sólo podrían brindarnos un criterio valorativo «ex post facto»: al constatar la regular aplicación del criterio. Nos encontraríamos aparentemente ante un sistema de precedentes vinculantes; pero en realidad la simple constatación de la identidad jurídica de dos situaciones desborda ya el empirismo⁴⁰. Sólo, por tanto, una realidad meta-fáctica (¡meta-física!) nos permitiría considerar «realista» la solución aportada. Junto a esta gravitación del «qué», el cumplimiento de las exigencias procedimentales y la fuerza convincente de la argumentación permitirá considerar «razonable» el modo «como» se ha llegado a ella.

La *historicidad* del derecho y la *cuestionabilidad* de sus problemas, que pone a prueba las limitaciones de nuestro esfuerzo de «razón práctica», siguen dándose la mano. Se impone así «no sólo la facultad de modificación del criterio previo, sino incluso la necesidad de hacerlo cuando se alteren las *circunstancias* o cambie el propio *pensamiento* al respecto»⁴¹. Siempre cabe conocer mejor lo cuestionable (aunque habrá que fundamentar objetiva y razonablemente esa mejora), sin perjuicio de que, a su vez, la historicidad del sentido de la norma vaya desplegando su particular dinamismo. Así los cambios interpretativos de una misma norma darán vigencia

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ De las limitaciones de un planteamiento empirista de la realidad jurídica me he ocupado en *Un realismo a medias: el empirismo escandinavo*, en *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, «Revista Ciencias Sociales» (Valparaíso), 1984 (25), tomo I, pp. 83-126.

⁴¹ STC 49/1985, de 28 de marzo (nota 37), F.2; subrayados añadidos.

al «sentido» en que deberá considerarse vinculante. Más que de «norma vigente» habría, pues, que hablar de «sentido vigente» en un momento determinado⁴², por más que ello contradiga otras sutiles distinciones de nuestra jurisprudencia constitucional⁴³.

¿DIMENSIÓN FORMAL DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY?

Se quiera o no, la exigencia de una fundamentación objetiva y razonable de los cambios introducidos en la interpretación de una norma, con dispares consecuencias prácticas, empuja a la consolidación de la técnica del precedente⁴⁴. Quizá influido por la rutinaria contraposición entre el sistema codificado y el anglosajón, o tal vez preocupado por la notoria sensibilidad del Poder Judicial ante posibles intromisiones en sus dominios, nuestro Tribunal Constitucional ha acabado, sin embargo, por frenar una de las tareas más creativas que había asumido y —lo que resulta más negativo— por restar coherencia a sus planteamientos sobre el juego del principio de igualdad.

Como ya vimos, el principio de igualdad —jugando en la ley o en su aplicación— exigía la fundamentación objetiva y razonable de

⁴² Así se lee: «Sometida la actuación administrativa a los criterios de interpretación y aplicación del derecho emanados de los Tribunales, es el *sentido* de la norma *vigente* en un momento determinado el que debe guiar su actuación.» Sentencia de la Sala 2.^a del TC 103/1984, de 12 de noviembre, F.3; subrayados añadidos. Cabría una interpretación que considere «vigente» como calificativo de «norma», pero basta leer el párrafo completo («diferentes y sucesivas interpretaciones» de una misma norma) para entender que «vigente» califica a «sentido».

⁴³ Así la de «texto» y «norma» presente en la Sentencia del Pleno del TC de 8-IV-1981, que tuvo como ponente a L. Díez Picazo, F.4 (recordada luego en el voto particular que el mismo magistrado presentó a la STC 53/1985, de 22 de abril). Si por tal «norma» se entendiera el sentido atribuido a un «texto», habría que concluir que el texto contrapuesto a la norma carece de sentido. A no ser que se nos invite a pensar que el «texto» admite una unívoca lectura «jurídica», mientras que la «norma» sería una construcción «política», lo que nos llevaría a derroteros aún más complejos. Quizá se quiera decir que hay dos «normas»: la que, jurídicamente, se podría «leer» en el texto y la que, políticamente, se intentaría «construir» más allá de él; pero en tal caso nos hallamos ante dos posibles normas y la contraposición «texto»-«norma» se ha volatilizado. Pienso, más bien, que el texto es susceptible de cobrar, por la historicidad del derecho y por la subjetividad del lector, sentidos normativos distintos, más o menos vigentes y conformes o no a la Constitución; esto explica la función de las sentencias «interpretativas», que se ocupan de los plurales sentidos de un mismo texto. Partiendo de la existencia de estos «sentidos normativos», la contraposición «texto»-«norma» implicaría el juego de dos fantasmas: la norma a la búsqueda de texto y el texto desprovisto de sentido...

⁴⁴ M. Krielle. los considera «correlato necesario de la independencia» judicial. *Frieheit und Gleichheit*, cap. 2, secc. 3 del *Handbuch des Verfassungsrechts* (editado por Benda, Maihofer y Voger), Berlín, 1984, t. I, p. 149.

cualquier tratamiento desigual, que falto de ella se convertiría en discriminatorio. El primer paso para evitar un condicionamiento demasiado rígido de la tarea judicial se da al admitir el Tribunal que tal fundamentación pueda ser simplemente tácita: «No parece que sea necesario siquiera en todos los casos que la justificación del cambio de criterio se exprese formalmente.»

Así, de la exigencia de que «el cambio de criterio aparezca suficientemente motivado, mediante la expresa referencia al criterio anterior y la aportación de las razones que justifican el apartamiento de los precedentes», como «garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica», hemos pasado a la admisión de casos en los que «pueda inferirse con certeza, o, al menos, con relativa seguridad, que el cambio objetivamente perceptible es consciente, y que de él queda excluida tanto la arbitrariedad como la inadvertencia. Bien entendido que, como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se dé respecto a ella ese grado de certeza antes evocado»⁴⁵.

Entre este cúmulo de salvedades han acabado entrando en juego dos nuevos conceptos. No se trata ya sólo de que el cambio de criterio sea *motivado* o no, sino que se le da relevancia al hecho de que sea o no *consciente*, lo cual obviamente no es lo mismo. Como lógica consecuencia, no se habla ya sólo de *arbitrariedad*, sino también de *inadvertencia*.

Al margen de que la motivación sea expresa o tácita (siempre con notable grado de certeza), nada excluye que un juez de modo consciente y sin incurrir en inadvertencia cambie de criterio sin motivo razonable ni fundamentación objetiva alguna. Si esto pudiera excluirse, el principio de «igualdad en la aplicación de la ley» perdería sentido, ya que apunta precisamente a salir al paso de cualquier práctica judicial que —por mala fe o por impericia— discrimine injustificadamente a algún ciudadano. La consciencia o advertencia, lejos de hacer inocua tal práctica, no haría sino aumentar su gravedad.

De la dualidad justificación expresa/tácita se pasa a otra de diverso signo: cambio de criterio motivadamente justificado/efectivamente consciente. Siempre que, «en ausencia de tal expresa motivación, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio», «la desigualdad estaría justifi-

⁴⁵ STC 49/1985, de 28 de marzo (nota 37), F.2, haciéndose eco de la 63/1984, de 21 de mayo (nota 38).

cada ⁴⁶. La *efectividad* del cambio acaba convirtiéndose por sí misma en *justificación*. Sólo se considerará injustificado un pronunciamiento cuando no «exista dato alguno que permita pensar en un cambio de criterio consciente». Bastaría que se dieran «posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada» ⁴⁷ para que la consumación efectiva del cambio de criterio se convierta por sí sola en justificación.

La búsqueda razonada de una solución que —por su correspondencia con un fundamento real y objetivo— merezca ser considerada «razonable» resulta sustituida por el imperio del número. Una resolución que se aparte del criterio precedente, sin justificación expresa o tácita, será considerada discriminatoria; pero bastará que se reitere para que se convierta en justificada. La objetividad se desvanece para dar paso a la ley del número.

El intento de cobertura teórica de tan curioso fenómeno establecerá una marcada diferencia entre el principio de igualdad cuando juega en-la-ley, que implicaría una dimensión *material* (vinculada, por tanto, a un *qué* real, capaz de exigir determinado tratamiento) y cuando se aprecia en-la-aplicación-de-la-ley, con una dimensión meramente *formal* (atenta sólo a las exigencias procedimentales de regularidad en el *cómo* debe llegarse a tal solución). «Lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación, a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal»; «basta, pues, que exista dicho cambio de criterio para que la Sentencia, que sigue estableciendo un pronunciamiento desigual, no incurra en inconstitucionalidad» ⁴⁸.

La situación no deja de resultar paradójica. Habitualmente, la relación establecida entre los pares de conceptos legislativo-judicial y material-formal tiende a ser la contraria. Lo propio de la ley sería la igualdad formal, mientras que la tarea de «hacer justicia» desde una perspectiva material sólo podría consumarse en la dimensión

⁴⁶ STC 63/1984, de 31 de mayo (nota 38), F.4. Revisando estas líneas llega a mis manos el interesante estudio de J. Suay Rincón *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985. Cerrado en principio de noviembre de 1983, afirmaba que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley «desde la primera ocasión en que se pronunció... no ha variado un ápice» (p. 185). Su «Addenda», que alcanza ya hasta diciembre de 1984, no deja de señalar apresuradamente que, tras esta sentencia, tal doctrina «ha pasado a mejor vida» (p. 218), ya que «concede un cheque en blanco a los Tribunales para que abandonen libremente sus precedentes» (p. 219).

⁴⁷ *Ibítem* y STC 49/1985, de 28 de marzo (nota 37), F.3.

⁴⁸ STC 49/1985, de 28 de marzo (nota 37), F.2.

práctica y concretizada que compete al juez⁴⁹. Aquí, desde otra óptica, se apuesta fuerte por el juego de unas exigencias materiales de igualdad capaces de llevar consigo la nulidad de normas legales, respaldadas parlamentariamente por mayorías cualificadas. Mientras, por exigencias del complejo solapamiento Tribunal Constitucional-Poder Judicial, se da una dimensión meramente procedimental al juego de las exigencias de la igualdad en la tarea judicial.

En el transfondo de esta paradoja late un problema pendiente desde la misma elaboración de la Constitución. Si se asume coherentemente —como hoy hace la doctrina— la dimensión creativa de la jurisprudencia, no es fácil entender por qué, mientras que el Poder legislativo —con legitimación democrática inmediata— se ve sometido a un control de constitucionalidad, pueda quedar libre de él el Poder judicial. Ambas Cámaras constituyentes pretendieron establecerlo, pero la Comisión Mixta encargada de solventar sus discrepancias (?) acabó marginando dicho intento.

El problema no quedó resuelto, ya que la vía del recurso de amparo dejaba abierta una relativa capacidad de control; baste recordar la jurisprudencia constitucional sobre el juego de la presunción de inocencia, más tarde masivamente respaldada por el Tribunal Supremo, o la relativa a la reformulación constitucional de la casación, asumida posteriormente en reformas legislativas. No han faltado, a la vez, los continuos recelos de que por dicha vía el Tribunal Constitucional se convierta en una «tercera instancia», como no han faltado legisladores que lo acusen de operar como «tercera Cámara». Sin perjuicio de lo fundado de esos recelos, quizá habría que preguntarse si el Tribunal puede renunciar a esas dimensiones de su actividad sin vaciarla de contenido⁵⁰. Lo que no parece tan coherente es consumir odas retóricas en presentar el Tribunal Constitucional como una de las aportaciones básicas de la Constitución —al controlar los Poderes en defensa de los derechos—, aunque —eso

⁴⁹ Así, A. Pizzorusso, al analizar los cuatro ingredientes del artículo equivalente de la Constitución italiana, en su divulgativo *Che cos'è l'eguaglianza*, ilustrado en comics de A. Vannini, Roma, 1983, p. 40. No comparto la opinión de Ch. Perelman, que detecta una diversidad de valores bajo las apelaciones a la igualdad en la ley (el valor del rechazo de lo arbitrario y la defensa de lo razonable) y en la aplicación de la ley (seguridad). *Égalité et valeurs*, en *L'Égalité*, Bruxelles, 1971, t. I, p. 324.

⁵⁰ H. Kelsen, patrocinador del «modelo austríaco» seguido en parte en nuestro país, insistió nitidamente en la dimensión más «legislativa» que «judicial» de las tareas del Tribunal, preconizando por ello (no sin alguna excepción) un alcance meramente «negativo»; cfr. *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, «Annuaire Inst. intern. dr. publ.», 1929, pp. 192-201 (incluido en versión italiana en *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, por la que citamos: páginas 172-173).

sí— a condición de que no ejerza de hecho tal control sobre tan sacrosantos Poderes.

HETEROGENEIDAD DE NUESTRO SISTEMA DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El temor de asumir dictámenes de alcance excesivamente «político» ha llevado al Tribunal en más de una ocasión a una aparente autolimitación de su función controladora del Legislativo; en la práctica de similar autolimitación en el control de la tarea judicial puede jugar también el agobio ante la acumulación de trabajo generada por los recursos de amparo. De todos modos, su repliegue a la hora de controlar el respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley responde, sobre todo, a las exigencias propias del sistema «concentrado» que adoptan nuestros constituyentes.

La aplicación y respeto de la Constitución compete y afecta a todos los Poderes del Estado, incluido el Judicial. Lo mismo que se respeta la discrecionalidad del Legislativo para optar, dentro del marco constitucional, por el desarrollo de sus preceptos que estime más beneficioso, se respeta la «independencia» del Judicial a la hora de hacer justicia concretizando los principios y normas constitucionales. Así el respeto a las exigencias *materiales* de la presunción de inocencia no lleva al Tribunal Constitucional a revisar la consistencia de las pruebas evaluadas, sino sólo a la comprobación *formal* de que ha habido un mínimo de actividad probatoria. De igual modo, se abandona ahora el control *material* de las fundamentaciones objetivas y razonables que un órgano judicial aporte para cambiar de criterio al juzgar casos similares, para limitarse a la constatación *formal* de que el cambio se ha producido con una «efectividad» que lleva a descartar toda «inadvertencia».

Al fin y al cabo, tampoco el Tribunal había llegado a plantearse en ningún momento el control de posibles desigualdades de trato ocasionadas por órganos judiciales diversos; serían los mecanismos de la jurisdicción ordinaria los encargados de facilitar esa deseable homogeneidad, a través del juego de las sucesivas instancias⁵¹. Pero que existan razones justificativas del cambio de criterio (¡tácito!)

⁵¹ «Para tales, 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 cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando estos son órganos jurisdiccionales.» STC 49/1982, de 14 de julio (nota 36), F.2. Recuérdese, por el contrario, nota 44.

introducido por el Tribunal Constitucional en este punto no le resta efectividad, por lo que no debe pasar inadvertido a la hora de valorar su tarea ⁵².

A mi modo de ver, junto a la tan repetida distinción entre control constitucional «difuso» (encomendado a todos los órganos del Poder Judicial, con la lógica preeminencia del Tribunal Supremo— y «concentrado» (encomendado a un «Tribunal» específico) juega otra diferencia radical que con frecuencia pasa inadvertida: la del trasfondo ético tan dispar en el que se diseña, por una parte, el sistema norteamericano (basado en el reconocimiento de un Derecho «superior» del que el texto constitucional sería un intento formulador abierto a enmiendas) o el mejicano recurso de amparo (basado en la existencia de unos derechos humanos con exigencias *materiales* justificativas de una peculiar protección) y, por otra, el no cognitivismo que caracteriza los planteamientos éticos formalistas del padre del sistema austríaco.

La adopción de un sistema «concentrado» desborda absolutamente los planteamientos kelsenianos cuando se lo hace compatible con la existencia (de raíz doctrinal alemana) de un «contenido esencial» de los derechos fundamentales, protegidos, además, muchos de ellos con el recurso de amparo. La dimensión de «legislación negativa» con que Kelsen concibió el Tribunal se ve así necesariamente superada, ya que sus Magistrados se ven obligados a emitir «juicios» sobre una realidad objetiva y cognoscible (mientras Kelsen sólo los consideraba en condiciones de realizar actos «legislativos» de voluntad), y contribuyen así «positivamente» a diseñar el efectivo alcance de su «contenido esencial», con ayuda incluso de «sentencias interpretativas» (mientras Kelsen sólo les facultaba para extraer normas del ordenamiento, con efectos de futuro sólo excepcionalmente retroactivos). El recurso de amparo rompe, por otra parte, el esquema básico de la pirámide kelseniana; las «normas particulares» administrativas o judiciales no tienen ya como único horizonte de control las leyes (y éstas, a su vez, la Constitución), sino que se ven sometidas directamente por tal vía a las exigencias de determinados derechos constitucionales, permitiendo incluso pasar a controlar luego

⁵² El mismo Tribunal no parece darse por enterado de la quiebra de la línea doctrinal iniciada. Así, en la Sentencia de su Sala 2.ª 57/1985, de 29 de abril, de la que fue ponente F. Tomás Valiente, se afirma que la «libertad para enjuiciar» de los jueces permite que un mismo órgano en supuestos idénticos modifique su interpretación, siempre que la razone de modo que el cambio «no resulte ni inadvertido para él mismo, que debe ser consciente de que cambia y de por qué cambia de criterio, ni arbitrario por no razonado y, en este sentido, discriminatorio» (F.1.).

las normas generales en que estas normas particulares puedan haberse fundado de modo «legalmente» irreprochable.

Cognotivismo ético y sistema constitucional concentrado animan dos principios que no confluyen espontáneamente, sino que habrán de ser dosificados por el propio Tribunal. El «principio» del reconocimiento material de las exigencias del contenido esencial de los derechos le llevará a intervenciones que serán, inevitablemente, sospechosas de jugar como tercera cámara⁵³ o tercera instancia, según los casos. El principio autolimitado de sus conjeturas, propio de un sistema concentrado le llevará a reducir a lo formal su intervención en otras ocasiones, dejando a cargo del poder judicial la solución de los aspectos materiales.

Algunos comentaristas de nuestra Constitución suman con entusiasmo las ilustres paternidades de su texto; no vendría mal, sin embargo, examinar su posible coherencia. Leyendo a Kelsen, por ejemplo, es fácil adivinar que consideraría disparatado nuestro sistema; precisamente porque implica la existencia de una realidad jurídica objetiva racionalmente cognoscible, lo cual resulta incompatible con la teoría del conocimiento en que se apoya toda su doctrina.

Para Kelsen los principios no son normas ni (dado su normativismo) derecho alguno. Son más bien «postulados jurídicamente no obligatorios, que expresan en realidad sólo intereses de algunos grupos, y que se formulan en referencia a los órganos previstos para la creación del derecho». Al no tener un contenido preciso, no pueden dar paso a una aplicación de derecho en sentido técnico⁵⁴. «Las concepciones de la justicia, la libertad, la *igualdad*, la moralidad, etcétera, difieren de hecho de tal manera, según el punto de vista de los interesados, que si el derecho positivo no consagra una u otra de ellas, cualquier regla de derecho puede justificarse.» Desde esta perspectiva, el artículo 53 de nuestra Constitución tendría en buena parte un alcance meramente retórico, porque «las disposiciones constitucionales que invitan al legislador a conformarse a la justicia, la equidad, la *igualdad*, etc.», sólo pueden interpretarse como directivas relativas al contenido de las leyes de modo erróneo; a no ser que la Constitución estableciera una directiva precisa, indicando ella misma cualquier criterio objetivo.

⁵³ Significativa al respecto la reiterativa argumentación de los numerosos votos particulares presentados a la Sentencia del Pleno 53/1985, de 11 de abril, de la que fueron ponentes G. Begué y R. Gómez-Ferrer.

⁵⁴ Lejos de ser «normas» por tener fuerza vinculante, no tendrían fuerza vinculante por no ser «normas». La crítica adecuada a esta postura no nos parece afirmar que sí son normas, para poder afirmar su vinculatoriedad, sino preguntarse por qué no cabrían elementos vinculantes (por ser jurídicos) aunque no respondan al diseño «técnico» de las normas.

Analizando nuestro sistema de control constitucional, Kelsen vería confirmados viejos temores: «el poder del Tribunal debería considerarse simplemente intolerable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces podría contrastar del todo con la mayoría de la población y contrastaría evidentemente con la del Parlamento que ha querido la ley.» Para evitarlo, «la Constitución debe, sobre todo cuando crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de esta fraseología, y, si pretende poner principios relativos al contenido de las leyes, debe formularlos del modo más preciso posible»⁵⁵.

Que no es este nuestro caso es obvio. Sólo un peculiar fideísmo puede llevar a creer con firmeza que nuestro texto constitucional permite superar las polémicas sobre delimitación de contenidos que han acompañado siempre a las doctrinas iusnaturalistas. Todo esto no es muy trágico, a no ser que nos empeñemos en ser demasiado kelsenianos. La doctrina del principal teórico del derecho de nuestro siglo son tan sugestivas, que han sembrado de adeptos aulas y publicaciones; pero la coherencia práctica exige al que las suscribe un escepticismo tan resignado y alicorto, que sólo su autor (que nunca «impurificó» su teoría con sus encomiables opciones políticas) parece haberse sentido capaz de ejercerlo.

Cuando sólo se reconoce a los valores una dimensión emocional e irrealista, es lógico denunciar bajo cualquier apelación a principios o derechos «técnicamente» imprecisos una vía para boicotear al poder legítimo. Esta coherente consecuencia sólo puede obviarse (como exige nuestra Constitución) esforzándose por argumentar una fundamentación real y objetiva, susceptible de conocimiento, razonable, pues, aunque no por ello menos problemática. Cuando la que se ofrece no resulta convincente, o es meramente retórica, la actividad del Tribunal Constitucional no puede ya someterse a un control crítico racional; por contra, acabará estrellándose frente al irracionalismo de unos Poderes que, rehuyendo todo control constitucional, negarán de facto la autoridad del Tribunal. Dar por resuelto demasiado pronto el viejo problema del fundamento de los derechos humanos⁵⁶, aunque pueda parecer una estrategia positiva, quita en la práctica todo fundamento a la actividad de los encargados de protegerlos.

⁵⁵ *La giustizia costituzionale* (nota 50), pp. 188-190; subrayados añadidos.

⁵⁶ Al respecto, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, «Revista Estudios Políticos», 1983 (33), pp. 101-122, sobre todo, 108 y ss.