

Justicia y seguridad; el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la Ley*

ANDRES OLLERO TASSARA
Universidad de Granada

SUMARIO:

Igualdad: entre justicia y seguridad. ¿Seguridad tecnificada? Historicidad de la justicia. Sentido jurídico del texto legal. Control constitucional de la jurisprudencia. El carácter “predominantemente formal” de la igualdad en la aplicación de la ley. Hacia una sustitución de valores. ¿Justicia fundada o seguridad efectiva? Del fundamento objetivo al paradigma. Alcance axiológico de la autoinhibición constitucional.

“En la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución”.¹ Sin duda, el autor del pasaje que encabeza estas líneas no era del todo consciente de estar inaugurando la doctrina constitucional sobre el “principio de igualdad en la aplicación de la ley”, aún no bautizado como tal. Tampoco del conjunto de cuestiones que haría confluír conflictivamente, ni de las vacilaciones y matices que, a lo largo de siete años, ha venido provocando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²

* Comunicación presentada a las XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre “El principio de igualdad en la Constitución Española”, Ponencia Segunda: “El principio de igualdad en la aplicación de la Ley”, Madrid, mayo 1989.

1. STC 8/1981 de 30 de marzo, ponente Tomás y Valiente, F. 6 “Boletín de Jurisprudencia Constitucional” (“BJC”) (3) pág. 176.

2. Nos hemos ocupado de ellas con mayor amplitud en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989.

Entre las cuestiones aludidas se encuentra la que será objeto de esta comunicación: el juego de los “valores superiores” de nuestro ordenamiento constitucional, su relación mutua, su dimensión vinculante o su posible preterición práctica ante la presión de otros valores inferiores, o al menos no tan “superiores”.

Demos por sentado que *igualdad* y *justicia* —no en vano emparejadas por el artículo 1.1 de nuestra Constitución— tienen bastante que ver entre sí. Igualdad y libertad son, a nuestro modo de ver, ingredientes básicos de la justicia, que diseñan su ajustada dosificación; la lucha contra toda discriminación se convierte así en uno de los cometidos más relevantes a la hora de hacer justicia. La cuestión se complica cuando entra en juego otro valor, o “principio”, de rango teóricamente inferior: la *seguridad* jurídica. Excluida del cuadro de honor del primer párrafo constitucional, está presente —con la justicia y la libertad— en el arranque de su Preámbulo (en el que de la igualdad no hay rastro...) y, sobre todo, en el artículo 9.3 entre los principios garantizados por la Constitución. ¿Debe entenderse a la seguridad como un complemento de la justicia, y de sus ingredientes básicos? ¿No sería, a fin de cuentas, sino la dimensión “diacrónica” de la justicia misma? ¿Puede darse, por el contrario, el caso de que exigencias de justicia acaben viéndose sacrificadas en aras de la seguridad; o que líneas de jurisprudencia constitucional nacidas para responder a exigencias de justicia acaben siendo replanteadas —hasta hacerlas irreconocibles— al servicio de la seguridad?

El problema acaba enlazando con otros fronterizos. Nuestra Constitución presenta, en su artículo 117.1, al juez —principal encargado de hacer justicia— como sometido “únicamente al imperio de la ley”. ¿Habría que entender que la sumisión exclusiva a la *ley* descarta la sumisión a otras exigencias metalegales del *derecho*? Estrechamente emparentada con estos binomios justicia-seguridad y derecho-ley entra en juego la teoría de las *fuentes del derecho*, con su respuesta determinada al binomio justicia-seguridad (más pendiente de la segunda que de la primera). Se plasmó en nuestro decimonónico código civil en una versión nítidamente legalista del binomio derecho-ley, modificada (con mayores márgenes de inseguridad que garantías de ajustamiento) antes incluso de la refundamentación constitucional. Tal modificación no hacía sino levantar acta de la crisis de un determinado modelo.

De acuerdo con él, la *justicia* constituía en una primera etapa una cuestión *política*, escenificada en el pretendido debate a cargo de una opinión pública suficientemente ilustrada. La *ley*, al expresar el balance de dicho debate político, daba entrada a una segunda etapa; en ella la tarea de hacer justicia se convertía en cuestión fundamentalmente *técnica*. Tal *técnica jurídica* tendría como misión mantener los términos finales del debate político sobre la justicia; para ello habrá de arbitrar los mecanismos capaces de solventar eventuales y patológicas insuficiencias legales, sin menoscabo de la *seguridad*.

En todo este cuadro jugarán, como elemento provocador, las fricciones planteadas por nuestro peculiar *sistema de control constitucional*. En él confluyen un esquema de jurisdicción “concentrada” —vinculado en su origen a un planteamiento ético irracionalista, y al coherente diseño de una “legislación negativa”— y un texto constitucional con peculiar centro de gravedad: unos derechos fundamentales a los que se llega a reconocer, en clave nada voluntarista, hasta un “contenido esencial”. El chirriar que el imposible engranaje de estos dispares elementos lleva consigo servirá como música de fondo a las vicisitudes que pasamos a analizar.

Admitido que la ley ponía fin al debate político, y dando por igualitario su trato a los ciudadanos, restaba excluir cualquier desigualdad añadida. Era preciso cerrar el paso, con mecanismos técnicos, a todo intento de manipulación que reabriera ilegítimamente el debate político; se garantizaría así que el juez sólo se viera sometido a la expresión del poder legítimo: la ley.

La historicidad de la justicia hace que el debate político se prolongue a lo largo de un proceso de concretización judicial, nunca exhaustivamente tecnificable.

Cuando se parte, como Kelsen, de una concepción del derecho como acto de voluntad de contenido ético fungible pero formalmente convalidado, la cuestión no es tan ardua. Todo consiste en romper con el legalismo y reconocer que el juez también crea normas (actos de voluntad que, al margen de su contenido, resultan formalmente convalidables) aunque con alcance particular. Dentro de su teoría escalonada, el juez tendrá como frontera demarcadora de lo no convalidable a la ley, mientras el legislador tiene como frontera a la Constitución. “Aplicar” la ley no será mantener “la” solución que previó el legislador para el caso, sino aplicar a caso “una” solución entre las muchas convalidables por la ley. La posibilidad o conveniencia de establecer un control constitucional sobre la labor creadora que el juez realiza resulta, con tal punto de partida, inconcebible por definición: la conexión formal Constitución-ley no añade nada a la conexión formal ley-sentencia, por lo que tal control no tendría ninguna relevancia adicional.

La situación cambia radicalmente cuando la Constitución no plantea un mero condicionamiento formal, sino de contenido: el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Este no sólo condiciona la validez de los desarrollos legislativos sino que da paso, agotada la vía jurisdiccional, a la posibilidad de recurrir en amparo ante un Tribunal Constitucional, que no es ya sólo “legislador” —y menos aún “negativo”— sino auténtico “juez” encargado de restablecer al ciudadano en el disfrute de tales derechos. Si los jueces no se limitan a “aplicar” formalmente la ley sino que —quieran o no— explicitan el contenido del texto constitucional, está claro que pueden dar paso, como el mismo legislador, a versiones inválidas de dicho texto. El intento de plasmar en la propia Constitución este control de la actividad judicial fue eliminado de modo anómalo “in extremis”, dejando como indescifrable secuela la afirmación de su

artículo 161.1 a): “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley; interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta”.

La mecánica “aplicación de la norma” se esfuma de modo especial cuando se plantean cuestiones suscitadas precisamente por su proyección desigual sobre casos idénticos. Ante este panorama es fácil concluir que difícilmente habrá *igualdad* entre los *ciudadanos* si no la hay entre los *juicios* que recaen sobre su conducta.

Habrá que esperar quince meses y medio, desde la sentencia que iniciaba estas líneas, para encontrar perfilado el campo de juego del “principio de igualdad en la aplicación de la ley”. El imperativo de igualdad y no discriminación no afectará sólo al Legislativo, sino que “el artículo 14, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual” y, a la vez, “impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual”. Con ello “al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas”.³

Los elementos básicos de esta segunda versión del principio de igualdad serán cuatro, fácilmente identificables en el Fundamento citado. Tal principio “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 tiene que ofrecer para ello una *fundamentación suficiente y razonable*”.⁴

La comparación con la sentencia precursora no deja de aportar elementos de interés. De la simple aplicación de “un mismo precepto” se ha pasado a exigir también que corra a cargo de “un mismo órgano”, lo que produce una sustancial restricción del campo de juego con relevancia constitucional. Se mantiene la exigencia de que se trate de casos iguales pero, a la hora de ahondar en la desigualdad de trato, las “motivaciones arbitrarias” dejan su puesto a una “modificación arbitraria” del “sentido” de la decisión; se alejan, pues, elementos intencionales, para facilitar un análisis más aséptico. En paralelo, desaparece también la referencia a las causas de discriminación del artículo 14, vinculadas a tales componentes motivacionales. En ambos casos es una deficiente funda-

3. STC 49/1982 de 14 de julio, ponente Díez Picazo, F.2 “BJC” (16/17) pág. 661. “La regla general de la igualdad *ante* la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución” se bifurca, por tanto. “Contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley”, que pasa a conceputarse como igualdad *en la ley*”, constituyendo “un límite puesto al ejercicio del poder legislativo”. Junto a esta exigencia surge la “igualdad *en la aplicación de la ley*”, que limitará a los órganos encargados de su aplicación *ibidem* (subrayados añadidos).

4. STC 49/1982, F.2 (nota 3), p. 661; reproducido textualmente, entre otras, en la STC 63/1984 de 21 de mayo, ponente Díez de Velasco, F.4 “BJC” (38), p. 839, de especial relevancia en esta línea doctrinal.

mentación (jurídicamente atendible, suficiente y razonable...) la que permite detectar la arbitrariedad.

En torno a los cuatro elementos básicos apuntados irá produciéndose una imprevisible evolución de la doctrina, que analizaremos.

La exigencia de que se trate de un *mismo órgano judicial* resulta llamativa desde la perspectiva estricta de la igualdad. No es menos desigualmente tratado un ciudadano respecto a otro porque sea el mismo o diverso órgano el responsable. Si acaso, ello podría dar pistas sobre su posible dependencia de “motivaciones” menos legítimas. Son otras implicaciones las que entran en juego; relativas al deslinde de la dimensión —“constitucional” o de “legalidad ordinaria”— de unas comunes exigencias de igualdad. Es, por tanto, el problemático enlace entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional, al que tendremos ocasión de referirnos con más detenimiento, el que gravita en este aspecto.

Debía tratarse, por lo demás, de *casos sustancialmente iguales*. Tal circunstancia aparece como elemento previo a la viabilidad de una comparación entre los juicios que sobre ellos hayan recaído. En teoría, sólo “después” de constatare tal similitud comenzaría a juzgarse sobre el alcance constitucional del caso. La realidad, dada la inevitable circularidad del enjuiciamiento jurídico, es muy otra. El Tribunal Constitucional se ve obligado ya a juzgar si nos hallamos o no ante casos idénticos, por más que al hacerlo se esfuerce en respetar los juicios previamente recaídos en la vía jurisdiccional ordinaria.

Si insistimos en la dimensión interpretativa de la apreciación de la desigual “aplicación” de un precepto es para resaltar la dificultad de eludir en estos casos la conversión del Tribunal Constitucional en “nueva instancia”; empeño que llevará a desvirtuar la línea doctrinal tan prometedoramente emprendida. El fenómeno cobra aún mayor relieve cuando abordamos los restantes elementos básicos: por ejemplo, la *fundamentación* del controvertido cambio de criterio por parte del órgano que aplica la norma, hasta alejar toda sospecha de *modificación arbitraria*.

La *circularidad* del razonar jurídico reaparece. Si se quiere hacer “justicia” es preciso atender las exigencias de la igualdad, pero resultará inmune a ellas cualquier desigualdad “justificada”. La justicia aparece a la vez como resultado de la igualdad y como delimitadora de lo no obligadamente igualable.⁵ Llevado al extremo, ello obligaría al Tribunal Constitucional a profundizar en la *justicia material* del caso, para dictaminar si una desigualdad parece o no justificada. El

5. Al respecto nuestro trabajo *Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución* “Anuario Derechos Humanos” (Madrid) 1986-87 (4), pp. 177 y 178.

pacífico solapamiento con la jurisdicción ordinaria invita, sin embargo, a una dimensión meramente *procedimental* de la justicia,⁶ que identifica “justificada” con “razonada”; ello permitiría limitarse a apreciar la existencia de unas razones sobre la que se renuncia a razonar, dentro de lo posible...

La estimación de tal recurso de amparo obliga al órgano aplicador a dictar una resolución idéntica a la aportada como precedente, o bien a mantener su cambio de criterio, pero “haciéndolo de manera *razonada y justificada* al exponer la fundamentación que le permita jurídicamente apartarse de la doctrina expuesta en aquella otra sentencia”.⁷ Justicia objetiva y discurso racional van a verse una y otra vez emparejados dentro de una continua ambivalencia material-formal.⁸

¿SEGURIDAD TECNIFICADA?

Volviendo a nuestras consideraciones iniciales, estamos ya en mejores condiciones de apreciar en qué medida el debate valorativo (antropológico, práctico y por ende “político”) no queda en ningún caso interrumpido con la fijación de un texto legislativo. La ley ayudará a marcar el campo de justo trato a ciudadanos básicamente iguales, pero la difícil tarea de hacer justicia continuará siempre abierta y consistirá en algo más complejo que la salvaguarda técnica de su aseguramiento. La seguridad no podrá, por tanto entenderse, como la sustitución de la justicia en una etapa judicial técnico-aplicativa que sucedería a la político-valorativa en que se elaboró la ley.

La negación de que la creatividad jurídica de los órganos “aplicadores” de las normas pudiera considerarse como auténtica “fuente” de derecho era inseparable de ese planteamiento dualista que resulta ya insostenible. Sean cuales sean las pretendidas ventajas prácticas de mantener tal ficción, es obvio que no se corresponde en absoluto con la realidad. Quizá no fuese superfluo preguntarse si la mejor forma de garantizar la seguridad de los ciudadanos es hacerla

6. Sobre su alcance nuestro estudio *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?* “Anales Cátedra Francisco Suárez” (Granada) 1983-84 (23-24), pp. 163-182.

7. STC 2/1983 de 24 de enero, ponente Escudero del Corral, F.7 “BJC” (22), p. 168, que es la primera en otorgar amparo apoyándose en la ya madura doctrina sentada por la STC 49/1982 (nota 3).

8. La “variación de los criterios de valoración de la ley anteriormente sostenidos” exigirá una “justificación racional” y —¿como condición de ello o como su consecuencia?...— “admisible en derecho” STC 78/1984 de 9 de julio, ponente Díez Picazo, F.2 “BJC” (39), p. 972, y STC 25/1987 de 26 de febrero, ponente Leguina Villa, F.1 “BJC” (71), p. 334, que aún referencias a la sentencia precursora 8/81 (nota 1) y a la madura 49/1982 (nota 3). Se consideran “motivaciones arbitrarias” las “no fundadas en razones”, esta aparente referencia a una justicia meramente discursiva se hace cuestionable, al exigirse un tipo determinado de razones: “jurídicamente atendibles” STC 62/1987 de 20 de mayo, ponente Díaz Eimil, F.2 “BJC” (74), p. 789.

depender de su confianza en unos mecanismos sin fundamento real alguno. El ordenamiento jurídico se va mostrando en la práctica mucho más “poroso” de lo que la ortodoxa teoría de las fuentes invita a creer en beneficio de no se sabe quién.

Seguimos, por otra parte, enfrentados a un difícil problema: cómo entender en la práctica un sistema de control constitucional “concentrado” —imaginado dentro de un juego escalonado juez-legislador (positivo)-delimitación constitucional (legislación negativa)— para compaginarlo con unas responsabilidades de amparo que exigen actuar como “nueva instancia”, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional se esfuerce prudentemente por autoinhibirse en tan arriesgada labor. Como consecuencia, la obligada vinculación del juez a la doctrina del Tribunal Constitucional relativiza el intermedio escalón legal de la supuesta pirámide; en la práctica, sólo significará que en caso de abierta discrepancia entre texto legal y doctrina constitucional el juez ordinario, imposibilitado de dictar una “sentencia interpretativa” acorde con aquélla, se vería obligado a trasladar el debate a las alturas, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

No es, pues, lo mismo “asegurar técnicamente” la aplicación de la justicia, ya contenida en la ley, que verse obligado a “hacer justicia”, sometido al control que implica la exigencia de presentar la solución propuesta como resultante de una aplicación de la ley. Esto nos sitúa dentro de la problemática relación justicia-seguridad.

Se ha roto el dualismo aplicativo ley-sentencia, política-técnica, porque la inevitable dimensión interpretativa de la intervención judicial desvela un amplio campo que no encaja en la forzada dicotomía *lege lata-lege ferenda*. Un nuevo factor ha entrado en juego: la historicidad inseparable de la jurídica tarea de hacer justicia. Porque el hombre es histórico, la única ley real es la convertida en derecho vigente; no a través de su legislativa *puesta* en juego (*lex lata*) ni de una *propuesta* político-jurídica alternativa (*lex ferenda*), sino a través de un *proceso* interpretativo (siempre *in fieri*).

El hombre existe en un presente que se convierte incesantemente en pasado; se siente afectado por un futuro que gravita anticipadamente como presente. Tan injusto como sentirse en presente privado de lo suyo le resulta no disponer de garantías sobre su disfrute en el futuro, porque éste forma ya actualmente parte de las exigencias de un presente ajustadamente satisfecho. Ello exigirá que el proceso interpretativo se sujete a pautas que permitan prever sus vicisitudes, evitando que la oscuridad del futuro se haga presente sembrando inseguridad; exigirá también que dicho proceso se de por finalizado artificialmente (por la “cosa juzgada”), en vez de prolongarse tan indefinidamente como la historicidad en que se inserta.

El proceso interpretativo aparece como la expresión más elemental de la dimensión histórica de lo jurídico, alimentando una continua circularidad: la de

la ley que, interpretada, se convierte en derecho actual y la de las exigencias jurídicas que, para hacerse previsibles más allá de un incierto casuismo, han de plasmarse en la ley. Esto supone decir adiós a la vieja mentira de la interpretación como anómala intervención terapéutica, destinada a corregir leyes defectuosas. La historia no es un “defecto” sino el más vivo signo de lo real. La tensión presente-futuro obliga a una incesante interpretación de una ley cuyo intento de prever el futuro, por lúcido que fuere, acaba inevitablemente anclado en el pasado segundos después de su promulgación. El texto legal se mantendrá estático, intentando servir de punto de apoyo a un derecho que existe en el tiempo. El falso *cambio sustitutivo* que sugiere la dicotomía lata-ferenda se ve sustituido por un *fluir sucesivo* en el que algo resulta obvio, y nada trágico: no sólo puede cambiar el derecho sin que la ley cambie, sino que el derecho cambiará ineludiblemente —día a día— inserto en una historicidad de la que la interpretación del texto legal se esfuerza por dar razón.

La imposible aplicación de la ley desprovista de dimensión interpretativa equivaldría a golpear la realidad con un rígido material ahistórico. Rompiendo viejas rutinas va admitiéndose, sin sobresalto, que toda “*aplicación*” de la norma lleva consigo una dimensión interpretativa. Ya queda menos para que llegue a admitirse que toda *interpretación jurídica de la realidad social*, que desvela sus exigencias de *justicia*, ha de presentarse, en aras de una razonada *seguridad*, como aplicación de una norma.

HISTORICIDAD DE LA JUSTICIA

El cambio normativo que la historicidad social reclama llevará consigo, lógicamente, una desigualdad del trato a conductas similares situadas cronológicamente antes y después de su producción.

Las exigencias de la igualdad “en la ley” obligan a que toda norma evite un trato desigual entre iguales sin un fundamento objetivo y razonable; pero, dado que el marco constitucional permite una pluralidad de opciones legislativas, puede producirse una sucesión de normas que, no siendo sincrónicamente discriminatorias, den paso a un trato diacrónicamente diverso. El dinamismo de la realidad social encuentra un cualificado intérprete: “es natural potestad del legislador cambiar las leyes y la del autor de una norma cambiar ésta. Por lo que la relación igualdad-diferencia no puede establecerse comparando normas anteriores con normas posteriores”.⁹

Junto a estas repercusiones de la dinámica histórica de sustitución de normas, el juez experimenta también las peculiares vicisitudes derivadas de la historici-

9. STC 123/1987 de 15 de julio, ponente Díez Picazo, F.3 “BJC” (75), p. 1.102.

dad de su peculiar función. Si ésta consistiera en una tarea meramente “aplicativa”, sin historicidad propia, el único cambio jurídico sería el producido en el plano normativo, traducido luego en la existencia de dos series uniformes de sentencias, correspondientes a las normas sucesivas. Ningún otro cambio judicial sería concebible sin adentrarnos en los umbrales de la prevaricación. Sin embargo, a estas alturas, lo de la subsunción aplicativa no se lo cree nadie; aunque no falten los que consideren funcionalmente beneficioso fomentar “ideológicamente” dicha credulidad. La seguridad no equivaldría entonces a la garantía efectiva de los propios derechos, sino que consistiría en la ingenua situación anímica producida por un abandono confiado.

Admitir que lo que el juez hace, quiera o no, es interpretar exigencias jurídicas reales y buscarles apoyo en la norma disponible equivale a reconocerle un papel de motor en el dinamismo jurídico: dando solución a los problemas del presente mediante la adecuada interpretación de normas del pasado. Nos encontramos ante una función netamente “creativa” que, precisamente por su historicidad, se verá siempre acompañada de cambios. La función judicial “no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la ley) y en definitiva por la Constitución. De ahí la posibilidad del cambio en las decisiones”.¹⁰ Cambia, pues, el derecho permaneciendo la ley y nadie debe escandalizarse de ello.

El texto legal proyecta unos principios valorativos sobre un supuesto de hecho, que intenta facilitar el enlace “aplicativo” con la fáctica realidad social. No pretende ofrecer “una” solución para un caso —ni para el conjunto de casos previsiblemente predominante— sino dejar abierto un campo de juego interpretativo. Su lenguaje rara vez será unívoco, ni pretenderá serlo; a no ser que tenga un anómalo interés por fijar rígidamente una solución, obligando así a que cualquier cambio se produzca en sede legislativa. Ni qué decir tiene que una acentuación excesiva de tal pretensión petrificaría los textos legales y convertiría la espontánea historicidad de lo jurídico en una perturbadora enfermedad. La interpretación no surge esporádicamente, porque un texto legal no logró resultar unívoco, sino habitualmente, porque nació abierto a un juego analógico. La correlación univocidad-seguridad, más que difícil, es imposible; lo que ahorra llegar a plantearse si no sería además indeseable. Nos parece muy dudoso “que tal univocidad, la homogeneidad en la interpretación, sea un objeto a alcanzar en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) e incluso una finalidad que el legislador deba perseguir para hacer real el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de nuestra Constitución”.¹¹

10. STC 120/1987 de 10 de julio, ponente Vega Benayas, F.2 “BJC” (75), p. 1.084.

11. La STC 144/1988 de 12 de julio, ponente Rubio Llorente, F.3 “Boletín Oficial del Estado” (“BOE”) (189), p. 16. afirma, por el contrario, que “es, naturalmente, cosa fuera de toda duda”.

El presunto dilema claridad-interpretación no tiene mayor fundamento. El mismo Tribunal ha encontrado ocasión de resaltarlo. Frente a una resolución judicial que argumenta que “las reglas de la hermenéutica deben tenerse en cuenta en los supuestos de oscuridad o insuficiencia, pero ante la claridad y contundencia del texto normativo de que se trata, sólo es dada su aplicación estricta”, opondrá que de “la claridad del precepto” no cabe sin más “deducir la necesaria aplicación literal de la norma cuestionada”. Influye en ello no sólo el criptonormativo concepto de “realidad social”, aparentemente fáctico y metajurídico, sino la necesidad de que “la interpretación de las normas, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse conforme a los preceptos constitucionales”, que se convierten en su obligado “contexto”. La consecuencia será que aún en casos claros —o sea, susceptibles de interpretación literal— puede hacerse imprescindible una “interpretación integradora”, y que no sea menos necesario “justificar la interpretación literal del precepto”¹² que el recurso a cualquier otro criterio hermenéutico.

La realidad social histórica experimenta un cambio incesante, no aparatosa-mente perceptible de modo habitual. Su eco en la tarea interpretativa llevará consigo también cambios, menos netos y aparatosos que los producidos mediante sustitución de normas. Tal realidad, a fuer de evidente, se da por sentada en el arranque mismo de la doctrina de la igualdad “en la aplicación de la ley”.¹³

El planteamiento legalista polarizaba el cambio en un juego promulgación-derogación y disecaba la historicidad del derecho, al separar tajantemente pasado (“lex lata”) y futuro (“lex ferenda”) hasta quedarse sin presente. Ahora, sin embargo, pasa a admitirse que la dinamicidad histórica del derecho fluye por un doble cauce creativo: legislativo y judicial.¹⁴

Normas y hechos constituyen los dos polos animadores del juego interpretativo. No dispuestos de modo aislado y sucesivo, como premisas destinadas a fundirse en una subsunción clarificadora, sino en esa mutua correspondencia que alimenta la entraña hermenéutica de la realidad jurídica. No es, por ello, extraño que el intento de mantener a unas y otros deslindados lleve a irles atri-

12. STC 253/1988, de 20 de diciembre, ponente Begué Cantón, F.4 y 6 “BJC” (11), p. 47.

13. STC 8/1981, F.6 (nota 1), p. 176.

14. “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, concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento” STC 63/1984, F.4 (nota 4), pp. 839-840. Esa evolución interpretativa aparece como “uno de los instrumentos para la adaptación del derecho a la cambian-te realidad”, ya que “la propia evolución de la realidad social puede imponer en muchos casos variaciones en la labor jurisprudencial” STC 103/1984 de 12 de noviembre, ponente Tomás y Valiente, F.3 “BJC” (43), p. 1.349 y STC 63/1988 de 11 de abril, ponente Leguina Villa, F.5 “BOE” (107), p. 19.

buyendo alternativamente el carácter de soporte del cambio histórico del derecho. En efecto, a la hora de reconocer al órgano aplicador “la facultad de modificación del criterio previo” e “incluso la necesidad de hacerlo”, se señala un doble supuesto: que “se alteren las circunstancias” fácticas sometidas a evaluación o que “cambie el propio pensamiento al respecto”;¹⁵ o sea, el criterio evaluador siempre remitido a una cobertura normativa. Ello justificará, en el primer supuesto, que aunque se defienda el mismo criterio en dos sentencias, “por diferir las circunstancias concretas de cada caso, la decisión final sea distinta”;¹⁶ mientras, el “cambio de pensamiento” no hace sino evocar las complejidades de la labor interpretativa en su esfuerzo por explicitar el contenido normativo.¹⁷ La norma sigue siendo la misma pero se admite la posibilidad de un progreso, histórico, en su entendimiento.

En más de una ocasión nos hemos referido a la justicia como un “ajustamiento” de exigencias de libertad (reconocimiento individual) e igualdad (paridad ontológica). Como consecuencia “hacer justicia” no es sino “ajustar” tales exigencias cuando emergen en un caso concreto, remitiéndose a puntos de referencia objetivos (fácticos y normativos) que eviten que el conflicto se salde mediante un burdo “ajuste” de cuentas en favor del más fuerte. Nos encontramos, pues, dentro de un proceso de ajustamiento; como consecuencia, no cabe vedar a los órganos aplicadores “la búsqueda de una interpretación de las normas más ajustada al ordenamiento en general”.¹⁸

SENTIDO JURIDICO DEL TEXTO LEGAL

Ya apuntamos que, dentro de este contexto, el derecho deja de identificarse con un texto legal “puesto”, para constituir una actividad de “positivación” del sentido jurídico (ajustado, humano-convivencial...) de una relación. El *derecho* no es el *texto* normativo ni su presunto *sentido*, a no ser que inconscientemente consideremos como tal el sentido de la propia *relación* contrastada con el texto. El texto normativo no impone un determinado sentido a las relaciones sociales sino que sirve de instrumento mediador para la captación de su sentido jurídico, descifrado siempre mediante referencias a elementos metatextuales.

15. STC 49/1985 de 28 de marzo, ponente Tomás y Valiente, F.2 “BJC” (48), p. 460, que acaba otorgando amparo.

16. STC 126/1988 de 24 de junio, ponente López Guerra, F.3 “BOE” (166) p. 35.

17. Nos encontraríamos ante una “modificación en el entendimiento de los preceptos aplicables” STC 183/1985 de 20 de diciembre, ponente Truyol Serra, F.2 “BJC” (57), p. 89, porque “el entendimiento judicial de la norma varía con el tiempo” STC 30/1987 de 11 de marzo, ponente Rubio Llorente, F.2 “BJC” (71), p. 355 o ante una “variación del entendimiento de la norma aplicable operada por el tiempo” STC 120/1987, F.1 (nota 10), p. 1.084.

18. Así termina la STC 49/1982, F.2 —(nota 3), p. 661— en la que maduran los elementos básicos de la doctrina de la igualdad “en la aplicación de la ley”.

Se nos dice que el juez “está obligado por mandato constitucional a aplicar” la ley, o sea “el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar”.¹⁹ No hablamos ya del sentido en que se orientaron las decisiones del juez al aplicar la ley, sino del sentido de la ley misma que condicionó y sirvió de fundamento para que se decidiera de un modo determinado. Se reconoce que tal ley (como todo texto) puede tener diversos sentidos; lo que descarta ya toda univocidad, no como objetivo frustrado sino como empeño fuera de lugar. Resulta por lo demás que cada uno de esos sentidos puede ser o no el “ajustado” en un momento determinado. ¿Ajustado a qué?

Hemos de descartar que sea con relación a la ley misma, dada la aludida plurivocidad de su analógica textura. ¿Con relación al caso? No suena mal, pero con ello decimos más de lo que parece. Afirmamos que el “caso” no es mera materia bruta social destinada a cobrar sentido jurídico por el impacto de la forma normativa; el “caso”, por lo que se ve, contiene en sí mismo exigencias jurídicas que se ven mejor o peor recogidas por la norma según cuál sea el sentido de la misma que su intérprete explicita. O sea, que la norma “no tiene sentido” si se la interpreta a espaldas de las exigencias del caso. A su vez, no todos los ingredientes del caso merecen similar atención sino sólo aquéllos capaces de atribuir el calificativo de “ajustado” al sentido de la norma propuesto por el intérprete; el caso mismo está siendo pues, implícitamente, contrastado con una instancia de “sentido” que no está en el mismo texto legal (que espera noticias del caso, para saber cuál de sus sentidos es el más ajustado) sino en una instancia metalegal: el derecho mismo y la “teoría de la justicia” que le sirve de fundamento.

El derecho no está “puesto” ya en la norma, listo para ser “aplicado” al caso, ni se condensa en el caso mediante una peculiar “fuerza normativa de lo fáctico”. Consiste en un conjunto de exigencias reales que se desvelan en ese peculiar sentido que brota al ponerse en correspondencia normas y hechos.

No cesan aquí las implicaciones del entendimiento del derecho como sentido ajustado de las relaciones de convivencia. Como hemos visto, no cabe ajustamiento práctico sin tener como punto de referencia teórico un modelo de justicia. Hablar de “sentido” de la norma nos sitúa en las antípodas del planteamiento kelseniano. Dentro de éste la norma no tiene “sentido” alguno, si por tal entendemos la explicitación de un contenido ético-material. La norma es un punto de referencia formal capaz de atribuir a cualesquiera acto de voluntad subjetivo el “sentido” objetivo de norma jurídica.²⁰ Hablar de pluralidad de sentidos —y no digamos de sentidos más o menos “ajustados”— es pura música celestial. No hay varios sentidos de la norma sino varios posibles actos de

19. STC 49/1985, F.2 (nota 15), p. 460.

20. H. KELSEN *Teoría pura del derecho* 1960, 2ª (México 1981, p. 58).

voluntad —arbitrarios todos ellos, por su total falta de referencia a contenidos éticos— a los que la norma puede conferir formalmente sentido jurídico. Recordamos todo esto antes de entrar, más abajo, a examinar las vicisitudes del sistema de control constitucional concentrado, vinculado en su origen a este no-cognotivismo ético.

El derecho no es norma ni hecho sino sentido ajustado de una relación fáctica a la luz de unos criterios valorativos. La norma intenta marcar un campo de encuentro entre ellos, que mitigue la imprevisibilidad y la imposibilidad de un control revisor que acarrea el casuismo; en los hechos, a su vez, sólo resultarán relevantes los elementos con sentido jurídico. Como consecuencia, apelar a la “norma vigente” es un modo de hablar, porque lo históricamente vigente será uno u otro sentido de la norma. Tampoco se corresponde con la realidad la idea de que la simple repetición de hechos se convierte en derecho. No cabe abrir una senda jurídica a golpe de pisadas fácticas; de la historicidad fáctica sólo cobrarán vigencia jurídica los aspectos a los que en el proceso de calificación se reconoce un peculiar sentido.

Sólo después de ese proceso, impropiaemente descrito como “adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable”,²¹ cobra vigor el derecho. Porque la norma no tiene un sentido original (basado en una presunta univocidad textual), que haya luego que rectificar adaptándolo ortopédicamente a una “realidad social” a la que se estaría reconociendo una dimensión “normativa” sin fundamento conocido. El texto legal cobra y expresa sentido jurídico sólo en la medida en que enlaza con esa realidad, cuyos elementos discierne hasta transformarla de “social” en propiamente “jurídica”. Lo “vigente” en términos estrictos no es la norma en general, que será o no formalmente “válida”, sino aquél de sus “sentidos” que mejor plasma las exigencias de la historicidad jurídica. Especialmente atinada resulta, pues, la observación de que para un órgano aplicador “es el *sentido* de la norma *vigente* en un momento determinado el que debe guiar su actuación que, en la medida en que difiera de la producida con anterioridad, encuentra en aquellos criterios su justificación”.²²

De todo lo dicho se desprende la frontera sutil que separa un efectivo “cambio de criterio” del órgano aplicador (con resonancias equiparables al “cambio normativo”) y la posible existencia de una calificación del sentido jurídico de

21. STC 14/1982 de 21 de abril, ponente Arozamena, F.7 “BJC” (13), p. 330.

22. Ya nos referimos al alcance de los subrayados en la nota 42 de nuestro trabajo *Principio de igualdad y teoría del derecho...* —(nota 5), p. 191— en referencia a este pasaje de la STC 103/1984, F.3 —(nota 14), p. 1.349—; al tratarse de una “actuación administrativa” el sentido vigente vendrá expresado por “los criterios de interpretación y aplicación del derecho emanados de los Tribunales”.

unos u otros elementos fácticos que lleve a descartar la aparente identidad de dos supuestos; en tal caso, el “criterio” precedente no cambia sino que, simplemente, no sería aplicable. La tesitura es similar a la producida mediante la provocación de una “laguna” al plantearse la aplicación de la ley a un caso controvertido.

Pese a todos sus intentos de autoinhibición, el Tribunal Constitucional se verá, pues, obligado —para no desamparar el derecho a la igualdad— a entrar en una dinámica de juicios sobre juicios.²³

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISPRUDENCIA

La pirámide kelseniana parecía sugerir que la norma constitucional abría un campo de decisión, dentro del cual el legislador opta con absoluta libertad, mientras que —como fruto de esa opción— la ley abriría un nuevo campo de decisión, dentro del cual el juez podría actuar con no menor discrecionalidad. El único conflicto previsible es el de una ley dictada fuera del marco constitucional, anulable mediante la “legislación negativa” que el control constitucional implicaba; cabría igualmente conflicto ante sentencias judiciales dictadas fuera del marco legal, anulables también mediante los oportunos recursos. No se plantea, sin embargo, la posibilidad de una directa confrontación sentencia-Constitución, que llevara a establecer un control de constitucionalidad capaz de abarcar no sólo la actividad legislativa sino también la judicial. Si el juez está sometido a la ley, una vez descartada la inconstitucionalidad de ésta, desaparece todo posible conflicto con la norma suprema.

El problema se convierte en real, no tanto por la señalada alusión del debate constituyente a tal control (y sus enigmáticas secuelas en el articulado) como por la presencia entre los fallos del Tribunal Constitucional de sentencias “interpretativas”. Como es sabido, éstas surgen cuando el Tribunal, llevado de su afán de “conservar” la norma emanada del legítimo Poder Legislativo, discierne qué interpretaciones de su texto, de entre las varias posibles, evitarían su anulación. El panorama ha cambiado, porque la interpretación no se plantea cuando ya el conflicto constitucional ha quedado ventilado, sino que se inserta

23. Ello le llevará a apreciar —al discutirse si cabe negar “unos beneficios asistenciales que previamente se habían reconocido a otras personas que se encontraban en una situación idéntica”— que el mismo tribunal que “había considerado que las razones aducidas por la entidad gestora no eran suficientes para romper la presunción legal favorable” entendió, por el contrario, en ocasión posterior que sus razones “bastaban para romper aquella misma presunción, a pesar de que coincidían en síntesis con las aducidas en el caso anterior”. Este “evidente cambio en la valoración de las circunstancias concurrentes”, falto de motivación, le llevará a declarar la nulidad de la sentencia STC 35/1988 de 2 de marzo, ponente Latorre Segura, F.5 “BOE” (67), p. 37.

—por vía de hipótesis— en su mismo centro, convirtiéndose en fundamento del juicio de constitucionalidad. Dicho de otra manera; siendo obvio que toda norma puede tener muy diversos sentidos, cabe también que algunos de ellos sean constitucionales y otros no. El problema no es ya cómo interpretar una ley respetuosa con la Constitución sino cómo interpretar una ley para que quepa considerar que tal respeto sigue existiendo.

La consecuencia inmediata es que el control constitucional no se ejerce tanto sobre el legislador, cuya norma se “conserva”, como sobre el futuro aplicador de la ley, al que se le vedan por vía hipotética determinadas interpretaciones. Lo que queda anulado es parte del campo de sentido que la norma legal parecía ofrecer y, como consecuencia, cualquier fallo judicial que se apoyara en los sentidos excluidos. El ámbito hermenéutico de la norma ha quedado acotado, al demostrarse que su contenido no se encontraba “dentro” de la Constitución sino en su frontera, hasta el punto de que parte de sus sentidos quedan fuera de ella.

La pacífica afirmación de que el Tribunal Constitucional “es intérprete y guardián de la Constitución, pero no del resto del ordenamiento jurídico”²⁴ no puede ya entenderse en el sentido de que sólo deba ocuparse de las leyes —oponiéndoles su peculiar “legislación negativa”— mientras deja a las diversas instancias judiciales el control de la actividad jurisprudencial. Al juez no se le ofrecen ya unas leyes, situadas por definición dentro de la Constitución, sino que se le atribuye una actividad interpretativa que puede resultar inconstitucional sin que la ley lo sea, al explicitar sentidos rechazables de ella.

La confrontación directa Constitución-jurisprudencia se dará también, por otra parte, por la vía del recurso de amparo, ya que la “libertad” del juez a la hora de fijar el sentido vigente de la norma no es tanta como para permitirle que “incida en la vulneración de derechos fundamentales”.²⁵ Este caso será, por lo demás, mucho más frecuente, al estar tal recurso disponible para todos los ciudadanos; mientras, la emisión o no de una sentencia “interpretativa” queda siempre a juicio del Tribunal, sin que pueda ser objeto de pretensión por parte del que plantea el recurso de constitucionalidad.

De todo lo dicho se desprende con facilidad que un contraste de constitucionalidad como el planteado por la igualdad “en la aplicación de la ley” obliga inevitablemente a entrar en una dinámica de juicios sobre juicios. En un sistema “difuso” de control de constitucionalidad esta realidad no provoca mayor problema, ya que resulta asumida por el juego ya existente entre las diversas instancias de la jurisdicción ordinaria. En todo caso, perdurarían los habitualmente planteados en torno al grado de autoinhibición del Tribunal Supremo,

24. STC 78/1984, F.4 (nota 8), p. 972.

25. STC 49/1985, F.2 (nota 15), p. 460.

según se acentúe la dimensión formalista o la finalista a la hora de plantear la casación de sentencias. En un sistema “concentrado” de control, como el nuestro, el problema se complica.

El juego desinhibido del principio de igualdad “en la aplicación de la ley” llevaría a una invasión tal del Tribunal Constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria que equivaldría, en la práctica, al establecimiento de un sistema “difuso”, convirtiéndose el Constitucional en efectivo Tribunal Supremo. Ya vimos un primer, y decisivo, mecanismo de *autoinhibición* por parte de nuestro Tribunal Constitucional: la exigencia de que las resoluciones parangonables hayan emanado de un *mismo órgano*. Pero, aún así, la querencia expansiva del citado principio le va a forzar a nuevas inhibiciones, tan eficaces en la práctica como llenas de implicaciones teóricas, quizá no meditadas.

EL CARACTER “PREDOMINANTEMENTE FORMAL” DE LA IGUALDAD EN LA APLICACION DE LA LEY

La primera de ellas será la opción por una dimensión *formalista* del control sobre las presuntas desigualdades “en la aplicación de la ley”. Su significado “va a ofrecer un sentido muy diferente del correspondiente al principio de igualdad ante la ley” (“en la ley”, diríamos si quisiéramos ser más exactos); “mientras este último es de carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, aquél es predominantemente formal”.²⁶

La *autoinhibición formalista* restringe drásticamente las posibilidades de garantía constitucional frente a desigualdades producidas dentro del juego interpretativo que toda aplicación de la norma lleva consigo. Las exigencias materiales de un derecho fundamental tropiezan con el acrobático engarce formal que implica el intento de darles satisfacción sin invadir competencias judiciales.

Abandonados los tanteos iniciales, con su acusado paralelismo entre la igualdad —“en la ley” y “en la aplicación de la ley”— se reconoce paladinamente que la garantía a prestar “es distinta según se trate de controlar diferenciaciones normativas o de examinar aquellas deparadas por la diversidad en la interpretación y en la aplicación judicial de las normas”. En la igualdad “en la ley” correspondería al Tribunal Constitucional “determinar la fundamentación misma de la singularización enjuiciada, apreciando, por lo tanto, si muestra ésta una finalidad y una razón objetivas que excluyan el reproche de puro voluntarismo selectivo en que la discriminación consiste”. El tribunal encargado de extraer del ordenamiento toda norma general que se oponga a la Constitución no podría proyectar dicho control sobre normas particulares de idéntico efecto. “No puede

26. STC 49/1985, F.2 (nota 15), p. 460.

hacerse así, sin embargo, cuando lo que se traen a la comparación son resoluciones judiciales de contenido diverso sobre supuestos que acaso carezcan de distingos jurídicamente relevantes, porque este Tribunal no puede ni sustituir al juzgado ordinario en la apreciación de las diferencias que en unos y otros casos pueden mostrar, ni determinar cuál de las dos resoluciones contrastantes es la correcta en Derecho, ni operar, en fin, como lo que ciertamente no es: como un órgano formador o unificador de jurisprudencia”.²⁷

Se entra así en un difícil equilibrio. El afán de garantizar exigencias materiales de igualdad, para hacer justicia, lleva a situarse obligadamente por encima de los encargados de hacerla; la opción tajante por el formalismo llevaría a marginar toda exigencia de igualdad, obligando a buscar garantía constitucional por vía bien distinta: la tutela judicial efectiva del artículo 24.

La situación es notablemente forzada. El mismo Tribunal que —al emitir sentencias “interpretativas”— reconoce que determinadas interpretaciones de una ley constitucional son inconstitucionales afirmará que dictaminar si ello ocurre en una ley sobre la que él aún no se haya pronunciado no tiene relevancia constitucional alguna.²⁸ Se llega incluso al reconocimiento llamativo de que “la función de este Tribunal como Tribunal de amparo no es la misma cuando el derecho fundamental cuya lesión se imputa al órgano judicial es alguno de los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo” —a la que, como es sabido, dentro del mismo Capítulo el artículo 14 antecede— “que cuando lo que se supone vulnerado es el principio de igualdad consagrado en su artículo 14 y tal vulneración se dice producida por una diferencia en la interpretación”.²⁹

Queda en el fondo entablado un doble debate. Uno, teórico, sobre el grado de *autoinhibición* que el Tribunal Constitucional debe asumir, acogiendo a la dimensión “*formal*” de la igualdad “en la aplicación de la ley”. Otro —práctico y por ello menos transparente— vendrá marcado por las vicisitudes inseparables de la *historicidad interpretativa* de lo jurídico. A la discusión teórica sobre las fronteras que el Tribunal no debería rebasar en sus inevitables juicios sobre juicios se unen las peripecias prácticas inseparables del juicio mismo.

La querencia autoinhibitoria se plasmará en una renuncia a “analizar la suficiencia de las razones jurídicas motivadoras del cambio de criterio” de un

27. STC 30/1987, F.2 (nota 17), p. 355.

28. “Las resoluciones interpretativas de ambas sentencias poseen idéntico valor desde un punto de vista constitucional e incluso desde el aspecto jurídico positivo ordinario manifiestan razonamientos diferentes, sobre cuyo valor este Tribunal nada puede decidir, porque carece de la facultad de hacer juicios de legalidad ordinaria” STC 2/1983, F.5 (nota 7), p. 167.

29. La STC 144/1988, F.3, que “regresa” hacia planteamientos de indagación de móviles discriminatorios, actitud característica de la sentencia anteriores a la maduración de la doctrina que venimos estudiando (nota 11), p. 17.

mismo órgano al enjuiciar casos idénticos, por entender que ello quedaría situado al otro lado de la problemática frontera constitucionalidad-legalidad.³⁰

A la hora de abordar el juicio, la presión de las exigencias materiales del caso hará, en ocasiones, muy difícil mantener esta flema formalista. En una circunstancia se dictaminará, por ejemplo, que el órgano aplicador “no ofrece las razones por las que un error de diagnóstico no equivale a una denegación de asistencia, como el propio Tribunal había mantenido en repetidos casos”. Esto equivale en realidad a no considerar “razón” su argumento de que no existe “obligación, ni posibilidad, de la Seguridad Social de prestar a todos sus enfermos la asistencia en los mejores centros”.³¹ Esta afirmación puede, en efecto, considerarse en el contexto del debate como poco “razonable”, pero lo que resulta excesivamente acrobático es pretender que se pueda extender tal dictamen sin haber entrado con ello a analizar la suficiencia de la argumentación. No se habrán revisado las razones del órgano aplicador, pero sí se ha asumido la responsabilidad de calibrar si lo que maneja son “razones” o no; sutil distinción. En otra ocasión, para otorgar el amparo, se afirmará que la sentencia anulada “omite todo pronunciamiento sobre dos cuestiones clave en su sentencia anterior y, no obstante, cambia radicalmente su posición respecto a ellas”.³² En este caso la inexistencia de razones se está apoyando en un juicio tan poco disimulable como el que lleva a calificar o no como “cuestiones clave” a las contenidas en otro juicio, inevitablemente sometido a revisión.

HACIA UNA SUSTITUCION DE VALORES

La *dinámica autoinhibitoria* acaba afectando a los mismos valores constitucionales en juego. El motor que puso en marcha la línea doctrinal de igualdad “en la aplicación de la ley” fue un afán por garantizar la *justicia*, haciendo más efectivo el rechazo de la discriminación incompatible con ella. De poco sirve no ser discriminado formalmente “en” la ley si luego surge una discriminación material en su aplicación. ¿Debe el Tribunal Constitucional en tales cuestiones abandonar plenamente en la jurisdicción ordinaria la responsabilidad de hacer justicia (valor “superior”), limitándose a vigilar que no se lesione la *seguridad*?

30. STC 63/1984, F.4 —(nota 4), p. 840—; desde esta perspectiva, “la solidez o debilidad de las razones que motivan el cambio de criterio no puede ser enjuiciada por este Tribunal, pues el contenido de la interpretación y la argumentación jurídica que la sostiene, salvo que verse sobre la Constitución, ha de mantenerse como presupuesto inatacable, conduciendo a la aceptación del nuevo criterio del mismo modo que se aceptaría el anterior o cualquier otro futuro” STC 49/1985, F.2 —(nota 15), p. 460—, reiterada por la STC 48/1987 de 22 de abril, ponente Truyol Serra, F.1 “BJC” (73), p. 590.

31. STC 101/1987 de 15 de junio, ponente López Guerra, F.8 —“BJC” (75), p. 1.004— que otorga amparo.

32. STC 181/1987 de 13 de noviembre, ponente López Guerra, F.5 —“BJC” (80), p. 1.622— que otorga amparo.

La escasa nitidez de la frontera entre los valores en juego facilita la multiplicación de situaciones ambiguas. No es lo mismo hablar de la justicia como de una realidad con “fundamento objetivo” que reducirla al resultado convencional de una “razonabilidad discursiva”. Sin duda, las reglas del discurso generan “expectativas confiadas”, que son a su vez la raíz de la seguridad. La frontera entre ésta y la justicia consensual puede acabar resultando problemática.

Nada tiene de extraño que esta falta de nitidez en los valores se proyecten sobre su juego práctico. Conceptos como “discriminación”, “arbitrariedad”, o “uniformidad” acaban enredados como cerezas, sin que resulten siempre claras las consecuencias axiológicas que de ello derivan.

Las “discriminación” se enmarca directamente en el ámbito de la igualdad y lleva consigo una dimensión radicalmente comparativa con el resto de los destinatarios de la norma. Obviamente, el primer mecanismo autoinhibitorio —la exigencia de que se comparen aplicaciones de la norma emanadas de un mismo órgano— deja abierto un amplio margen de discriminación, ya que nada impide que esta se produzca cuando los que han juzgado o aplicado han sido órganos distintos. Por el contrario, es previsible que la discriminación se de con mayor frecuencia en tales supuestos, no quedando otra vía para evitarlo que la muy problemática de analizar las “motivaciones” (en un sentido psicológico y no procesal) que llevaron a un órgano a discrepar de los demás.

Una vez limitados al análisis de las resoluciones de un mismo órgano, la “discriminación” se transforma en “arbitrariedad”. Para que se plantee “un problema constitucional sobre la desigualdad motivada por el distinto tratamiento dado a dos situaciones” es preciso partir “de un principio que proclame la exigencia de igualdad”; “cuando se trata de la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial, dicho principio es el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.³³ Es arbitraria una decisión cuando no tiene fundamento; es discriminatoria una desigualdad cuando no tiene fundamento. La afinidad es clara, pero en el primer caso se comparan decisiones de un mismo órgano y en el segundo las consecuencias para los destinatarios de la norma. La autoinhibición ha restringido el concepto de “discriminación” en el de “arbitrariedad”.

Como consecuencia, entran en juego otra serie de conceptos: “uniformidad”, “generalidad”, “individualización”, referidos siempre a la conducta de un mismo órgano. El cambio de criterio resulta arbitrario cuando no plantea una nueva “solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo”; sino que supone una aislada “respuesta individualizada”.³⁴ El derecho a un trato igual —en relación a los otros ciudadanos— se convierte en el “derecho a un trato uniforme” —en relación a los anteriores pronuncia-

33. STC 63/1984, F.4 (nota 4), p. 839.

34. La citada 63/1984, F.4 —(nota 4); p. 840— reiterada por la STC 49/1985, F.2 (nota 15), p. 460.

mientos del mismo órgano— ya que “sólo respetando esta regla, la ley es verdaderamente igual para todos”.³⁵

Preguntarse a esta alturas si estamos planteando un problema de justicia o de seguridad resulta bastante complejo. Si emparejamos *justicia-discriminación* y *seguridad-arbitrariedad*, el reenvío ya señalado empuja a una paulatina sustitución de justicia por seguridad; con lo que el valor menos “superior” acaba imponiéndose, por —no lo olvidemos— exigencias de engarce procesal.

El proceso se va haciendo más consciente. Primero se nos afirma que se trata de garantizar “tanto la evitación de la arbitrariedad como la promoción de la seguridad jurídica, que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legitimidad y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil, y a veces infructuosa, reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable”.³⁶ Más tarde, se capta ya abiertamente la transición cuando se contrapone la “justicia del caso” con “otros principios o derechos consitucionales reconocidos, así el de la seguridad jurídica”, en la que “está insista la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dió en casos anteriores e iguales”.³⁷ Hemos pasado, pues, de lleno al ámbito de la seguridad.

Parece que las exigencias de *igualdad de trato* se resignan pragmáticamente al mantenimiento de una *igualdad de ánimo*. Del *fundamento objetivo*, que por serlo es susceptible de captación racional y de argumentación razonable al alcance de todos, pasamos a situar el centro de gravedad en las *expectativas* de los ciudadanos. Hay que defenderlas de toda perturbación que atente a la “razonable convicción” o a la “razonable confianza” de que el juzgador llegará a “atender tal expectativa”; se aspira, pues, a una “protección de la previsibilidad en la resolución judicial”.³⁸ Poco a poco, de la *convicción* captable personalmente —en la medida en que es “razonable”— pasamos a la *confianza*, que implica una abandono pasivo y estable de las propias expectativas en la mera regularidad del comportamiento ajeno, sea cual sea su fundamento.

Nos hallamos, pues, ante dos cuestiones distintas, aunque tiendan a confundirse. Una lleva a plantear si la desigualdad de trato que resulta de la aplicación

35. STC 125/1986 de 22 de octubre, ponente Díez Picazo, F.1 “BJC” (67), p. 1.239.

36. STC 63/1984, F.4 (nota 4), p. 840.

37. STC 120/1987, F.2 —(nota 10), p. 1.085—; la igualdad “en la aplicación de la ley” se refiere siempre a los criterios sustentados en resoluciones anteriores, “por ser los que, conocidos por los justiciables, les sirven de garantía en razón de la seguridad jurídica para esperar razonablemente las mismas soluciones para casos sustancialmente iguales” STC 100/1988 de 7 de junio, ponente García-Mon, F.4 “BOE” (152), p. 8.

38. STC 63/1984, F.4 —(nota 4), p. 840— ampliada por la STC 30/1987, F.2 (nota 17), p. 355.

dispar (al menos, por un mismo órgano) de una norma respetuosa con el artículo 14 puede acabar resultando discriminatoria; nos encontramos ante un problema de justicia. Para dilucidarlo es preciso investigar qué fundamento objetivo y razonable podría “justificar” tal desigualdad, descartando la existencia de una discriminación. Otro problema distinto es si tal desigualdad (discriminatoria o no) resulta luego generalizada por resoluciones posteriores hasta llegar a engendrar una nueva regularidad capaz de generar expectativas confiadas.

La existencia de un fundamento objetivo y razonable primaría sobre la confianza que la regularidad anterior habría engendrado,³⁹ con lo que la seguridad se subordina a la justicia. Cuando se establece, por el contrario, que una discriminación deja de ser tal por su simple repetición hemos abandonado la justicia en aras de la seguridad y entramos en una dinámica más cercana al “realismo judicialista” que al imperio del principio de la legalidad.

¿JUSTICIA FUNDADA O SEGURIDAD EFECTIVA?

El refugio en una autoinhibición formalista tendrá una consecuencia inesperada, que amenaza con vaciar de sentido esta interesante línea doctrinal. Ya hemos apuntado el afán del Tribunal Constitucional por no revisar el razonamiento que llevó a los órganos del Poder Judicial a motivar la resolución recurrida. El problema ahora es otro: qué exigencias debe cumplir un órgano judicial, cuando opta por cambiar su habitual criterio, para que su desigual resolución pueda considerarse acompañada de una “fundamentación suficiente y razonable”, libre por tanto de toda tacha de discriminación.

Surge una nueva cesión autoinhibitoria. La *fundamentación* suficiente y razonable *no* ha de ser *expresa*, “si bien es cierto que la manifestación explícita del cambio de criterio constituye el medio más idóneo para asegurar el respeto a los valores constitucionales”.⁴⁰ La afirmación cobra un inevitable aire de despedida, si se tienen en cuenta que la sentencia inmediatamente anterior acababa de incluir un giro decisivo: “importa la existencia misma del cambio de criterio y no su manifestación externa, que constituye sólo un instrumento para conocer la voluntad judicial”.⁴¹

39. Tal discrepancia se observa claramente en la STC 189/1987 de 24 de noviembre, ponente Tomás y Valiente, F.5 —“BJC” (80), pp. 1.665 y 1.670— que dictamina la existencia de “finalidades, todas ellas razonables” en la norma aplicada, mientras el voto particular del magistrado Rubio Llorente apunta, como fundamento de una lesión del principio de igualdad, que la “anterior práctica administrativa ha generado en los ciudadanos una confianza determinante de su conducta”.

40. STC 64/1984 de 21 de mayo, ponente Begué Cantón, F.2 “BJC” (38), p. 845.

41. STC 63/1984, F.4 —(nota 4), p. 840—; a ella se remite la STC 49/1985. F.2 —(nota 15), p. 460— al apuntar que basta “que exista dicho cambio de criterio”, en lo que abundará la STC 166/1985 de 9 de diciembre, ponente Truyol Serra. F.5 “BJC” (57), p. 38.

Tras este inocente matiz autoinhibitorio se ha producido un escamoteo que puede suponer la quiebra absoluta de la línea doctrinal en marcha. Estábamos discutiendo cómo apreciar la suficiencia de la *fundamentación del cambio* de criterio en que un órgano aplicativo ha incurrido y se nos invita a conformarnos con levantar acta de la *nueva existencia* del citado *cambio*. Esto equivale, simple y llanamente, a descartar que puedan “existir” cambios de criterio “infundados”, o —lo que es más grave— que, una vez “existente” el cambio, sobra cualquier pesquisa sobre si tiene o no “fundamento”.

Entramos así en otro ámbito de confusión. Si se nos dice que “se trata, en suma, no de examinar la suficiencia o insuficiencia del fundamento dado a la diversidad de trato, sino de determinar tan sólo si existe” (el fundamento, no la diversidad)⁴² se nos está animando, sin más a un nuevo repliegue autoinhibitorio. El Tribunal se limitará a constatar la *existencia de fundamento* para el cambio, sin entrar a valorar su grado de suficiencia o razonabilidad. Estaríamos reduciendo la exigencia de fundamento a la mera existencia de motivación. No nos situamos ya en el artículo 14 sino en el 24, marcando un expresivo paralelo con las exigencias de prueba para que pueda considerarse rota la presunción de inocencia: constatar que ha habido práctica probatoria, sin entrar a evaluarla. Pero lo que se nos dijo, conscientemente o no, más arriba era algo bien distinto: limitémonos a constatar la *existencia del cambio* y convirtámoslo sin más en fundamento de su validez constitucional.

A punto de resultar abortada, la doctrina de la igualdad “en la aplicación de la ley” luchará por subsistir recurriendo a matices que la salven de tan graves consecuencias. Pasa a exigirse que la fundamentación, de no ser expresa, resulte al menos cierta, ya que “como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podrá admitirse cuando se de respecto a ella ese alto grado de certeza antes evocado”.⁴³ Nos movemos, sin embargo, en un ámbito notablemente confuso en el que toda invocación a presuntas certezas resulta ampliamente eufemística. Valga como muestra un botón. La misma sentencia que se conformaría con que existiera “una justificación razonable de la disparidad, más o menos precisada por el órgano judicial” admite que el Tribunal intervenga “en

42. STC 30/1987, F.2 (nota 17), p. 355.

43. La STC 49/1985, F.2 —(nota 15), p. 461—, que inicia la atribución autoinhibitoria de una dimensión meramente “formal” a la igualdad “en la aplicación de la ley”. Otras dos que también otorgan amparo lo harán tras constatar que no ha existido “motivación, siquiera de forma implícita” STC 35/1988, F.5 —(nota 22), p. 37— o que no se ha hecho “referencia, ni siquiera de forma tácita o implícita, al criterio sostenido en anteriores ocasiones” STC 63/1988, F.2 (nota 14), p. 19.

los supuestos en los que la disparidad no aparece *justificada, razonada o explicitada, expresa o implícitamente*".⁴⁴ Como hay que entender, retóricas aparte, que los tres primeros elementos deben combinarse con los dos segundos, nos encontraríamos ante la posibilidad de explicitar implícitamente una disparidad, lo cual no parece un dechado de certeza.

La bola de nieve ha comenzado un vertiginoso descenso que va engrosando las consecuencias. El ramillete de conceptos hasta ahora manejados va a verse enriquecido con uno inesperado. La *discriminación* dio paso, en su momento, a la *arbitrariedad*; ahora entra en escena inopinadamente la *inadvertencia*. Que toda discriminación implique una arbitrariedad tiene su lógica, ya que una y otra coinciden en la falta de razonable fundamento; que toda discriminación implique inadvertencia es un piadoso dislate. Establecer que sólo es inconstitucional una discriminación causada por un órgano judicial cuando éste obra inadvertidamente nos sitúa en la frontera de lo pintoresco. Que la angustiosa situación de los mecanismos administrativos de la Justicia sea tal como para no descartar que más de un juez, a la hora de actuar, no sepa muy bien que está haciendo, es verosímil. Pero de ahí a convertir lo que era garantía del ciudadano frente a discriminaciones judiciales en fe de erratas de jueces despistados va un cierto trecho.

Esta curiosa variante autoinhibitoria arranca de la aceptación de cualquier indicio que lleve a "poner de manifiesto que el cambio no es fruto de una decisión arbitraria, que puede resultar discriminatoria, sino de una opción consciente, consecuencia de la toma en consideración de nuevos elementos de juicio". Se establece una curiosa contraposición que parece plantear un dilema entre arbitrariedad (discriminatoria) e inconsciencia.⁴⁵ Que el problema desborde un mero malentendido terminológico resulta obvio. La consecuencia que se invita a obtener es que "no siempre será exigencia constitucional que la resolución judicial fundamente debidamente la modificación", ya que "no parece que sea necesario siquiera en todos los casos que la justificación del cambio de criterio se exprese formalmente, pues lo trascendente para evitar la vulneración

44. STC 120/1987, F.1 —(nota 10), p. 1.084— (subrayados añadidos).

45. El amparo se desestima porque "de la argumentación contenida en las resoluciones impugnadas se deduce que el Tribunal Central de Trabajo actuó conscientemente al decidirse por una opción distinta a la mantenida anteriormente" STC 64/1984, F.2 y 3 —(nota 40), p. 845—; esta obertura va encontrado armónico desarrollo en la conformidad con cualquier situación en la 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", equiparación ésta última que encontrará eco reiterado STC 49/1985, F.2 —(nota 15), p. 461—, que encuentra eco literal en la STC 166/1985, F.5 —(nota 41), p. 37— y STC 52/1986 de 30 de abril, ponente Díez Picazo, F.2 "BJC" (61), p. 583.

del principio de igualdad es la existencia del cambio mismo y no su exteriorización”.⁴⁶

Queda, pues, bifurcada la línea doctrinal, según el alcance que se atribuya a la “inadvertencia”. No es lo mismo exigir al órgano judicial que “su cambio hermenéutico no resulte inadvertido para él mismo”, añadiendo que “debe ser consciente de que cambia y de por qué” —con lo que la necesidad de fundamentación vuelve a entrar en juego⁴⁷—, a que el Tribunal decida limitarse a “estrictamente apreciar si el cambio mismo que sea reconocible en la interpretación y en la aplicación de la ley se realizó reflexivamente por el órgano judicial”.⁴⁸ Se plantea, claramente, el vidrioso problema de la intensidad y alcance del control de la fundamentación de la sentencia recurrida; de ahí que se busquen fórmulas que permitan abordar menos frontalmente tal escollo.⁴⁹

Queda abierta una situación de perplejidad. Por una parte, parece invitarse a una rendición del principio de legitimidad ante el de efectividad, de notable regusto kelseniano: “cierto que la explicación de ese cambio no aparece explícita, pero no siempre ello es exigible, pues lo importante es el cambio en sí”.⁵⁰ Por otra, una vez más, la dimensión interpretativa del inevitable solapamiento de juicios sigue brindando un variado campo de juego. Cabe constatar un apartamiento del precedente, “sin referirse a él expresamente ni ofrecer las razones justificadoras del cambio de criterio”, para sentar a continuación que las sentencias implicadas “han tenido sin duda presente la fundamentación de la anterior”, deducir de ello que el órgano judicial “actuó conscientemente al decidirse por una opción distinta a la mantenida anteriormente” y concluir que “no se trata, pues, de un cambio irreflexivo, sino más bien de la introducción de un nuevo criterio interpretativo”.⁵¹ Cabe, por el contrario, entender en similar

46. STC 49/1985, F.2 —(nota 15), p. 460— que, tras adoptar tan inhibitorias actitudes, acaba otorgando amparo. No es infrecuente que sean precisamente las sentencias que otorgan amparo por lesión de la igualdad “en la aplicación de la ley” las que, por querer resaltar el carácter fuertemente excepcional de tal estimación, acaben sentando afirmaciones capaces de vaciar absolutamente tal línea doctrinal.

47. STC 57/1985 de 29 de abril, ponente Tomás y Valiente, F.1 —“BJC” (49), p. 582—; mucho más neto el planteamiento en la STC 101/1987, F.6 —(nota 31), p. 1.003— que otorga amparo: “la alteración debe derivar de una variación en la interpretación de la ley fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el órgano judicial, teniendo en cuenta sus propios precedentes”.

48. STC 30/1987, F.2 (nota 17), p. 355.

49. Así la STC 181/1987, F.1 —(nota 32), pp. 1.621-1.622— que otorga amparo, tras exigir “una fundamentación suficiente y razonable”, considera que “debe reflejar una deliberada modificación de criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos”, estimándola “apreciable” si se da “como solución genérica y aplicable en casos futuros”, excluyendo todo “voluntarismo selectivo”.

50. STC 120/1987, F.6 —(nota 10), p. 1.086— que se acoge también a su carácter de “solución genérica” para entenderla como “indicativa de un cambio de criterio”.

51. STC 64/1984, F.3 (nota 40), p. 845.

situación que no es “posible deducir que ese distinto tratamiento resulte de un cambio de criterio de la Sala, que nada expresa al respecto”.⁵²

DEL FUNDAMENTO OBJETIVO AL PARADIGMA

La exigencia de una fundamentación objetiva y razonable, para que el cambio de criterio de un órgano aplicador de la norma no se entienda como discriminatorio, plantea en toda su crudeza la aporía de un *juicio sobre juicios* enmarcado en un contexto de *autoinhibición* de competencias. De ahí que se lo intente sustituir por referencias de control menos polémicas, viables cuando la resolución impugnada se ha visto seguida de otras similares. Se produce así un curioso cambio de perspectiva. Ya vimos que la apreciación de una desigualdad discriminatoria había de realizarla el ciudadano comparándola siempre con las emitidas con anterioridad por el mismo órgano en casos similares. No cabe duda que es en ese momento en que la resolución impugnada se dicta cuando se ha producido o no la discriminación. Así es, al menos, para el ciudadano, al que se veda toda comparación con normas particulares surgidas con posterioridad a esa que le afecta. Sin embargo el autoinhibitorio traspaso del centro de gravedad, desde la garantía del ciudadano al respecto de las competencias judiciales, lleva a una sorprendente conclusión. Por más que comparemos una resolución con las anteriores —único modo de que el ciudadano pueda sentirse injustamente discriminado, o inseguramente defraudado en sus expectativas— no habrá modo de dictaminar con firmeza la lesión de la igualdad. Cualquier dictamen al respecto podrá tropezar con una peculiar “constitucionalidad sobrevenida”, si el mismo órgano ha decidido seguir manteniendo tal discriminación en casos sucesivos.

El punto de partida de tan llamativa situación es la opción por la *efectividad* del cambio de criterio por encima de la *racionalidad* de su fundamentación. Aunque no hay motivación, bastaría con que “resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio”; no cabe decir más claro que la efectividad se convierte en fundamento.⁵³ La repetición de un pronunciamiento se ha convertido en patente de racionalidad, ya que —enlazando con planteamientos ya expuestos— “la reiteración de la nueva fundamentación jurídica por el mismo órgano judicial en sentencias posteriores puede poner

52. STC 181/1987, F.3 (nota 32), p. 1.622.

53. De ahí podrá pasarse a admitir paladinamente que una sentencia impugnada “se aparta de sus precedentes sin expresa motivación, pues no sólo no razona en relación a ellos, sino que tampoco argumenta la introducción de la salvedad” limitativa que provoca el conflicto; sin embargo el análisis “del comportamiento sucesivo de la jurisprudencia” de tal órgano judicial lleva a entender que “la diferencia de trato se encuentra justificada en un efectivo cambio de criterio en cuya fundamentación no corresponde entrar a este Tribunal Constitucional” STC 63/1984, F.4 y 5 (nota 4), p. 840.

de manifiesto que el cambio no es fruto de una decisión arbitraria, que puede resultar discriminatoria, sino de una opción consciente, consecuencia de la toma de consideración de nuevos elementos de juicio”.⁵⁴ Todo ello da paso a una expectante situación en la que el pronunciamiento futuro resulta decisivo para apreciar la constitucionalidad del presente.⁵⁵

La sustitución de valores a la que nos referíamos con anterioridad se hace particularmente visible. Si se quiere garantizar la justicia, será preciso —al ser la igualdad de trato uno de sus ingredientes básicos— que toda desigualdad se apoye en un *fundamento* objetivo y razonable. Si nos conformamos con garantizar la seguridad, será preciso sólo respetar las expectativas producidas por resoluciones precedentes del mismo órgano, que acaban ofreciendo al ciudadano un *paradigma* orientador sobre las previsibles consecuencias de su conducta. La posibilidad de un cambio de paradigmas, como resultado de la historicidad de lo jurídico, justificaría el sacrificio de la seguridad en los momentos en que parece estar produciéndose una transformación del tenor de trato “normal” o regular.

Gracias a este sesgo se podrá dejar aparcado el impresentable mecanismo autoinhibitorio de la inadvertencia o inconsciencia del cambio, para sustituirlo por referencias a la posibilidad de considerar la resolución discrepante de las precedentes como una “solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como una respuesta individualizada al concreto supuesto planteado”; se pasa a considerar que esto “justifica por sí mismo el tratamiento diferente, al hacer decaer la obligación de trato igual que en otro supuesto existiría”. La *generalidad* se convierte, pues, en concepto clave dentro de esta identificación velada entre discriminación y quiebra de la regularidad constatable.⁵⁶

La generalidad sustituye a la fundamentación objetiva, dando paso a una

54. STC 64/1984, F.2 (nota 40), p. 845.

55. En un caso resulta decisiva para otorgar amparo, ya que se descarta que el “trato diferente” se deba “a un cambio de criterio generalizado”, dado que “la posterior sentencia” resuelve un caso similar “volviendo al criterio tradicional” STC 108/1988 de 8 de junio, ponente Díaz Eimil, F.3 “BOE” (152), p. 36—; en otro caso llevará a la desestimación, porque la única sentencia “que defiende el criterio que ahora mismo quiere hacer valer el demandante” “ha sido contradicha posteriormente por ese mismo órgano judicial”, “desapareciendo así el único punto de referencia” STC 126/1988, F.2 (nota 16), p. 35.

56. STC 63/1984, F.4 —(nota 4), p. 840—; como es habitual, la STC 49/1985, F.2 —(nota 15), p. 460— reitera tales planteamientos. Se considera determinante que la decisión adoptada lo sea como solución genérica, es decir, válida no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino para decidir en la resolución de casos semejantes en el futuro”, con lo que habría que entender formulada una regla general aplicable en el futuro a casos similares” STC 66/1987 de 21 de mayo, ponente López Guerra, F.4 “BJC” (74), pp. 806-807.

versión “débil” de la *objetividad*.⁵⁷ Paradójicamente, esto nos aleja de los puntos de referencia objetivos de carácter ético-material para empujarnos hacia elementos relacionados con el sujeto que juzga. Se enlaza con la indagación de las “motivaciones”, que caracterizó el control de las discriminaciones judiciales antes de que madurara la doctrina de la igualdad “en la aplicación de la ley”; aunque ahora, más que una connotación psicológica, lo decisivo será el papel de síntoma que se atribuye a la ruptura de una secuencia determinada. Aparece así un nuevo concepto destinado a encontrar particular fortuna.

Entre los elementos que caracterizan el control del respeto a la igualdad “en la ley” figuraba la necesidad de “determinar la fundamentación misma de la singularización enjuiciada”, para excluir así “el reproche de puro voluntarismo selectivo en que la discriminación consiste”. Aunque entonces se marcaran ya las exigencias de autoinhibición que impedían similar actitud en el caso de la igualdad “en la aplicación de la ley”, la referencia al *voluntarismo selectivo* no tardará en verse recogida.⁵⁸

ALCANCE AXIOLÓGICO DE LA AUTOINHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

Al cabo de este encadenamiento de mecanismos autoinhibitorios nos encontramos con un abigarrado conjunto de ingredientes de esta doctrina de la igualdad “en la aplicación de la ley”, de los que el mismo Tribunal ha realizado esta enumeración antológica: “un mismo juez o tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada”.⁵⁹

57. Se justifica el abandono de una práctica administrativa por “razones objetivas y generales, alejadas de todo propósito discriminatorio” STC 197/1987 de 11 de diciembre, ponente Vega Benayas, F.1 —“BJC” (81), p. 49—; por el contrario se otorga amparo porque la sentencia no “propone un criterio de carácter general” para encuadrar los hechos STC 55/1988 de 24 de marzo, ponente López Guerra, F.3 “BOE” (89), p. 41.

58. STC 30/1987, F.2 —(nota 17), p. 355—; el órgano judicial ha de tener en cuenta sus propios precedentes, para evitar que su resolución aparezca “como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a los casos anteriores resueltos de un modo diverso” STC 48/1987, F.2 (nota 30), p. 590.

59. STC 108/1988, F.2 —(nota 55), p. 35— que otorga amparo.

La *fundamentación suficiente y razonable* reaparece, pues, como eje decisivo de la doctrina analizada, por complejos que resulten los problemas que plantea su inevitable provocación de juicios sobre juicios. La autoinhibición —sin duda deseable, por las razones ya expresadas— no debe nunca llevar a un vaciamiento de esa decisiva instancia de control. No faltan dentro de la propia jurisprudencia constitucional ejemplos de cómo cabe resolver situaciones parecidas.

Aparte del parangón, ya establecido, con la exigencia de alguna práctica probatoria para considerar destruida la presunción de inocencia, cualquiera que sea la evaluación que la prueba mereciera, encontramos circunstancias similares cuando el Tribunal exige que en caso de concurrencia de bienes o derechos constitucionales el juez proceda a ponderarlos.⁶⁰

Una actitud equiparable llevaría, en primer lugar, a exigir habitualmente que la *fundamentación* suficiente y razonable de un cambio de criterio en la interpretación y aplicación de una norma sea *expresa*. No basta con que exista el cambio de criterio —que puede resultar discriminatorio— sino que es preciso que se aprecie un fundamento expreso. Como lógica consecuencia, cuando no lo sea, debe el Tribunal considerarse eximido de la autoinhibición impuesta por su inevitable solapamiento con la actividad judicial y pasar a garantizar decididamente los derechos fundamentales en juego.

No bastaría, por otra parte, cualquier fundamento. Resulta, de nuevo, ilustrativo recordar la actitud del Tribunal en problemas parangonables a los que hemos aludido. Así, las pruebas obtenidas por medios inconstitucionales no son admisibles a la hora de romper la presunción de inocencia. Sorprendente nos parece, por ello, que el Tribunal —extremando indebidamente su autoinhibición— haya llegado a descartar la “falta de fundamentación” y a entender que una sentencia “razona y argumenta en términos que no es dable calificar como insuficientes o inservibles para justificar un cambio”, e incluso a significar que “invoca en apoyo de la tesis que sostiene el fallo la doctrina establecida por una sentencia del Tribunal Constitucional”, que “cumple la función de soporte de su propia ratio decidendi”, para acabar reconociendo que tal invocación incurría en claro error. Se concluirá, asombrosamente, que “la errónea comprensión de tal doctrina o su incorrecta aplicación no priva al cambio de criterio de la obligada fundamentación”, ya que “la causa justificadora de la modificación de los cri-

60. Sin necesidad de entrar a realizar directamente dicha ponderación, el Tribunal sí que exigirá, ante un litigio criminal, que el juez introduzca “por fuerza en el enjuiciamiento del ‘factum’ penal la perspectiva constitucional en torno a los derechos fundamentales en juego”, hasta el punto de otorgar el amparo basándose, no en “una discrepancia respecto a la ponderación de los bienes y derechos fundamentales”, pero sí en “la inexistencia de tal ponderación por parte del juez” STC 104/1986 de 17 de julio, ponente Tomás y Valiente, F.6 —“BJC” (64-65), pág. 1.054—; nos parece un ejemplo elocuente de cómo la autoinhibición no debe llevar a la pura y simple dejación del control constitucional...

terios no es controlable por este Tribunal”. Tan sorprendente actitud no sólo defrauda toda garantía ante posibles discriminaciones judiciales sino que contrasta abiertamente con otros pronunciamientos del mismo Tribunal.⁶¹

En segundo lugar, para acogerse el Tribunal a la vía *excepcional* del reconocimiento de una fundamentación *tácita*, la *reiteración* del nuevo criterio en resoluciones posteriores sería uno de los pocos elementos con consistencia suficiente para presumirla. Con la idea clara de que, con ello, nos adentramos excepcionalmente en el ya señalado cambio en los valores garantizados. No será protegida la justicia sino la seguridad, vecina sin duda a las versiones más “débiles” de aquélla. La clara excepcionalidad del recurso a la fundamentación *tácita* evitaría, sin embargo, plantear como crasa sustitución de valores lo que debe entenderse como un juego subsidiario. Desde este trasfondo axiológico pensamos debe entenderse y ponderarse el inevitable grado de autoinhibición del control constitucional que el solapamiento de los juicios del Tribunal y la jurisdicción ordinaria lleva consigo.

61. La primera postura en la STC 142/1985 de 23 de octubre, ponente Escudero del Corral, F.3 —“BJC” (54-55), p. 1.306—; la discrepante, al enfrentarse con desigualdades producidas por decisiones administrativas fundadas en un error no duda en “excluir la justificación de la desigualdad”, pese a “la posibilidad de que dispone la Administración de modificar criterios anteriormente aplicados” para lograr una interpretación más ajustada del ordenamiento STC 151/1986 de 1 de diciembre, ponente López Guerra, F.4 y 6 “BJC” (68), p. 1.432.

ANUARIO DE DERECHO PUBLICO Y ESTUDIOS POLITICOS

Monográfico: Los derechos fundamentales

(SEPARATA)