

LA CREACIÓN DEL DERECHO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL REINO DE ESPAÑA: Apuntes jurisprudenciales a la luz de nuevas perspectivas

Andrés Ollero Tassara
Magistrado del Tribunal Constitucional (España)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Se diversifica la igualdad ante la ley. 3. Desigualdades nada razonables. 4. ¿De la ley a la ley? 5. Las señoritas del 09. 6. Armonizar competencias. 7. Seres humanos que no son personas. 8. Una situación embarazosa. 9. Discriminación indirecta. 10. Nace un nuevo derecho fundamental. 11. La reforma del recurso de amparo. 12. Sentencias interpretativas sobre el estatuto de Cataluña. 13. Estado laico con patrona. 14. Dos exigencias de conciencia. 15. Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar. 16. Conclusiones. 17. Referencias bibliográficas.

Resumen

Toda aplicación de normas jurídicas encierra una interpretación. El viejo apotegma «in claris non fit interpretatio» debe a su vez ser reinterpretado. Cuando la aplicación de las normas se considera clara es porque, de modo quizás inconsciente, ya se ha interpretado. La aplicación de las normas constitucionales, como podrá verse en las resoluciones a las que se alude en el texto que sigue, encierra esa misma dimensión hermenéutica. Su única peculiaridad es que los supuestos de hecho de los preceptos aplicados son más abiertos y menos concretos. Esto aumenta la creatividad judicial del Derecho, solo matizada por el esfuerzo de autocontención del propio Tribunal, por respeto al legislador y a la jurisdicción ordinaria al ejercer su control de constitucionalidad.

1. Introducción

El cuarenta aniversario de la Constitución española ha provocado numerosos ecos en el ámbito académico y cultural. Entre ellos no dejan de constar los relativos al Tribunal Constitucional, cercano también a celebrar semejante cumpleaños. Es buen momento por tanto para repasar sentencias, detectando su colaboración en la interpretación y consolidación del texto constitucional. Al contarse ya por millares, la obligada selección acaba reflejando las afinidades profesionales del autor de turno. Me presto pues a ello, dando por hecho el trasfondo autobiográfico de la empresa, que sería absurdo disimular.

A la hora de acotar el terreno hay dos acontecimientos académicos que me ayudan a marcar el terreno de juego. En 1979, pocos meses después de la promulgación del texto constitucional, tuvo lugar en Basilea un Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social y entre sus aportaciones no faltó alguna, precisamente la mía, que aludiera a la recién nacida Constitución (Ollero, 1979 y 1982). Si ello me sirve de punto de partida, el provisional punto de llegada me viene sugerido por la contribución al Coloquio que sirvió en Roma de cierre al proyecto «The Value of Tradition in the Global Context», en el que durante años colaboraron la St. John's University de Nueva York y la romana LUMSA, con apoyo adicional de la Villanova University de Filadelfia. Contó en sus sesiones finales como punto central con la aportación del Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Samuel Alito, con el que tuve ocasión de compartir escenario (Ollero, 2019). Habrá sin duda puntos de contacto entre aquel texto, condicionado por imperativos del tiempo de exposición previsto, y el redactado ahora en contexto más relajado.

2. Se diversifica la igualdad ante la ley

Sacar a relucir, como hice, nada menos que al derecho natural puede sonar a manía filosófico-jurídica de vieja escuela, pero no falta en el acervo del Tribunal Constitucional algún texto que me brinde el quite. Será el de un voto particular de uno de sus primeros Magistrados, a propósito de uno de los temas que bien pronto atrajo mi atención, al irse desarrollando una de las líneas más fecundas de su doctrina jurisprudencial: las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la ley. El positivismo legalista se había conformado con ocuparse de la igualdad ante la ley, pero la tozudez de los hechos obligó a ocuparse de los problemas suscitados por la dispar aplicación judicial de textos legales pulcramente igualitarios, reduciendo el modelo anterior a mera igualdad en la ley.

Al Profesor Díez Picazo, que era el Magistrado en cuestión, le preocupaba que «el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva co-

«...rren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas», lo que a su juicio no era «competencia del Tribunal». Y hete aquí que el derecho natural no pierde ocasión de comparecer; ciertamente como un peligro a combatir: «La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional». Según la otra vieja escuela, la igualdad sería «igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas». El peligro radicaría en que «no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios», cosa que a quien eso escribía le parecía «perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal».

(Voto particular del Magistrado Díez Picazo a la Sentencia del Tribunal Constitucional en adelante, STC- 34/1981 de 10 de noviembre).

Me he permitido resaltar en cursiva algunos términos sin duda significativos. El calificativo razonable se ha convertido, para bien o para mal, en uno de los más frecuentemente utilizados en las resoluciones del Tribunal; de ahí que me parezca empeño condenado al fracaso intentar endosarle cualquier veto. También la tensión entre normas y principios se ha convertido –gracias a Dworkin y Alexy, entre otros– en notablemente significativa. Por otra parte, el término principios generales del derecho remite a un normativismo positivista, que los presenta como obtenidos a posteriori de las normas legales, para aplicarlo como legalidad en spray –he dicho más de una vez– solventando así lagunas del ordenamiento o mitigando ocasionales sequías de las fuentes del derecho. Los principios constitucionales, por el contrario, se presentan como previos y condicionadores de las normas legales, como hace notar la propia Constitución española respecto a algunos de ellos: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.» (artículo 53.3 de la Constitución española).

A la jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley dediqué en los ochenta más de un seminario en la Universidad. Eran años en los que mis responsabilidades de miembro del Congreso de los Diputados tendía a alejarme de las aulas. Para evitarlo, conté la ayuda de compañeros de la facultad de derecho granadina, procesalistas por cierto, que no solo me aportaban sus saberes sino que además atraían a los alumnos con los que yo habría en caso contrario perdido todo contacto. De qué sirve, nos preguntábamos,

que la ley nos trate por igual si luego los resultados de su aplicación resultan con frecuencia imprevisibles. Dos de mis libros acabaron siendo fruto de aquellos fructíferos encuentros (Ollero, 1989 y 2005).

El Tribunal fue acotando con realismo sus posibilidades al respecto: cuando un órgano judicial «considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable», término este que recobra así bríos. Debe tratarse pues de un mismo órgano judicial, teniendo en cuenta que a las secciones de órganos colegiados se las considerará al efecto como órganos diversos. «Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, 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 éstos son órganos jurisdiccionales» (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2).

3. Desigualdades nada razonables

También jugará su papel lo razonable en la identificación de qué tratos desiguales podrían considerarse como discriminatorios, sin que falte el apoyo del Tribunal de Derecho Humanos de Estrasburgo, intérprete del Convenio de Roma del Consejo de Europa. Este en efecto, «a propósito de una interpretación conjunta de los arts. 11 y 14 de la Convención Europea y estando en debate problemas de posible discriminación entre organizaciones sindicales» afirma que «la igualdad de trato es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable». No se trata, en cualquier caso de «decidir si el criterio contenido en la Orden ministerial y aplicado por el Delegado de Trabajo» «es el más acertado o el más conveniente políticamente, ni tampoco si es el más acorde con la Constitución, lo cual entrañaría juicios de valor o de preferencia que este Tribunal no puede jamás emitir, sino tan sólo si es discriminatorio por ser irracional o arbitrario, o si por el contrario es razonable y objetivo» (STC 34/1982, de 14 de junio, Fundamento Jurídico –en adelante, FJ– 3).

4. ¿De la ley a la ley?

Se ha convertido en un lugar común afirmar, encomiando el proceso español de transición a la democracia, que habría sido fruto de un astuto salto entre dos legitimidades, logrado pasando de la ley a la ley, arrancando de las leyes fundamentales

del franquismo para aterrizar en la Constitución democrática. Dado que tales agudezas legislativas acababan siendo interpretadas por jueces no siempre habituados a lo democrático, no fue tan fácil consumir tan arriesgados saltos. Buena prueba de ello fue la sentencia de la entonces aun existente Audiencia Territorial de Sevilla que negó la condición de heredera a una ciudadana por entender que —al no haberse aún modificado el código civil— perduraba su condición de «hija ilegítima».

La recurrente en amparo alegó el «valor normativo inmediato del art. 14 de la Constitución» y su «posible efecto derogatorio respecto al art. 137 del Código Civil en su redacción anterior». La sentencia, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente, ofreció ocasión para resaltar que el salto transicional no había sido fruto de la mera inercia. La Constitución era ya «nuestra norma suprema y no una declaración programática» o mera declaración de principios. Dado que deja sentado que el desarrollo de lo relativo a ejercicio de los derechos fundamentales ha de «regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial», ello implica reconocer 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».

Por el contrario, citando una sentencia de 1972, se recuerda que el contenido de las leyes fundamentales del franquismo consistía en «meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores». Como conclusión: lo que «en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas leyes fundamentales y la Constitución Española de 1978, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados» (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1).

El juego del principio de igualdad cobrará particular incidencia al presentarse como exigencia de no discriminación; inicialmente con dudoso beneficiario. No deja de resultar significativo que las primeras sentencias sobre discriminación por razón de sexo presenten una víctima poco previsible: los viudos. Algo parecido ocurre en un hospital barcelonés en el que la «diferencia de organización del trabajo nocturno del personal femenino y masculino repercute en el trato que se da al trabajo realizado en los domingos, donde a los Ayudantes Técnicos Sanitarios femeninos se les paga las nueve horas de trabajo como extraordinarias, cosa que no ocurre con los Ayudantes Técnicos Sanitarios masculinos». Una vez más «debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca», ya que la «protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación»; sobre todo si no se olvida la peculiar actitud de la normativa franquista, que entendía por protección alejar a la mujer de toda aportación laboral. «Tales medidas» deberían pues «ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de actualidad».

La entrada en escena de la actualidad no resultará en modo alguno pacífica, ya que «el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse actualidad, sino su conformidad con la Constitución». Si partimos de su «eficacia directa e inmediata», en su papel de «norma suprema del ordenamiento jurídico», no habrá «necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que indudablemente se encuentra el artículo 14».

Habrà pues, en el caso comentado, que restablecer la igualdad rebajando o elevando las retribuciones de unas y otros. La solución resulta magnánima: se igualará al alza ya que, dado «el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige», no se podrá «privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FFJJ 1, 2 y 3).

5. Las señoritas del 09

El paradójico afán «protector» de las trabajadoras que habían conseguido un horizonte laboral, superando la consabida dedicación a sus labores, llegaba al extremo de que las trabajadoras de la compañía telefónica se vieran abocadas a una excedencia forzosa si contraían matrimonio. La discriminación se identifica con excesiva simplicidad; derivaría del hecho de que «no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio». No se ahonda pues —como también ocurría en el caso anterior— en el peculiar reparto de roles familiares que tales desigualdades de trato encerraban. El problema de fondo que se planteará es la suficiencia del texto constitucional para modificar las situaciones jurídicas derivadas de la normativa anterior.

La «nulidad por oposición al artículo 14 de la Constitución sería indiscutible y suficiente para pedir el amparo», ya que lo contrario llevaría a «afirmar que los derechos fundamentales carecen de virtualidad plena en el texto constitucional y sólo la adquieren a partir de su concreción legislativa, tesis que va en contra del artículo 53.1 de la Constitución y de la jurisprudencia unánime y reiterada de este Tribunal» (STC 7/1983, de 14 de febrero, FJ 2).

6. Armonizar competencias

Estos problemas, inevitables en el proceso de actualización del ordenamiento jurídico que la transición a la democracia llevaba consigo, se hacen especialmente agudos a raíz del fallido golpe de Estado de febrero de 1981. Se atribuía

un papel relevante en el malestar reinante a las Comunidades Autónomas, con sus secuelas de independentismo terrorista. Un consenso político sin precedentes abordará un proceso de armonización competencial que intenta relajar la tensión.

El valor de la Constitución como norma suprema provoca inevitablemente la pregunta sobre sus fundamentos. Ha quedado claro que no es la interposición legislatoris la llamada a definirlos, ni una opinio iuris que vendría marcada por una moviediza actualidad. Serán los partidos —especialmente los dos hegemónicos— los que intenten abordar a fondo la cuestión. Convertidas las controversias interpretativas en el foco del problema, sobre todo a la hora delimitar los núcleos básicos de competencia estatal y el ámbito de desarrollo autonómico, se trataría de evitar tanto una invasión estatal, que dejara a las autonomías sin campo de juego, como cualquier intento autonómico en sentido contrario. La armonización, apoyada abrumadoramente por UCD y PSOE, intentaba discernir tan sutiles fronteras.

La sentencia sobre la legendaria LOAPA considera que se trata de un intento fallido, en la medida en que lo que «las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste». «La voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador». La indispensable fundamentación se convierte por tanto en un proceso dinámico, ajeno al juego de las coyunturales mayorías parlamentarias. Será al «Tribunal Constitucional» al que corresponderá, «en su función de intérprete supremo de la Constitución» llevar a cabo «la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél».

Todo ello lleva consigo un continuo trabajo interpretativo que el legislador estatal no puede hacer suyo, delimitando las competencias «mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma». Se trata en suma de identificar lo básico. Nos hallamos ante una norma abierta, lo que hace inevitable la tensión competencial; «todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo».

La armonización no es tal porque «el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución». Cuando reduce «las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4), desbordando sus competencias.

Como consecuencia de todo ello los conflictos competenciales pertenecen a la cotidianidad del Estado de las autonomías. Todo ello puede llevar a su trivialización. Buena prueba de ello es la frecuente retirada, dentro del *do ut des* propio de la negociación política, de recursos de inconstitucionalidad. O se argumentó frívolamente que la Constitución estaba en peligro, o se rebajan más tarde sus exigencias para servirse de ellas como posible moneda de cambio.

7. Seres humanos que no son personas

En los últimos discursos públicos en vísperas del referéndum constitucional cobraron protagonismo cuestiones particularmente polémicas para buena parte del electorado. Desde la UCD se dio a entender que la regularización del divorcio dependería del partido gobernante, mientras se descartaba una posible despenalización del aborto.

Mientras los democristianos de la UCD protagonizaron un presunto piccolo divorcio, el primer gobierno socialista no dudó en plantear el problema del aborto. Frenado por el entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad, produjo una notable fractura en el Tribunal Constitucional, en cuya sentencia es fácil identificar hasta tres actitudes diversas, que acaban llevando a un desempate resuelto por el voto de calidad del presidente.

Su polémico contenido permite destacar algunos pasajes. Por ejemplo, «el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental». Quedó pues demostrado el fallido intento de sustituir la alusión del anteproyecto a «toda persona» por «todos», para evitar que la negativa de condición personal al feto le restara protección. Por si fuera poco, los intereses económicos de la industria, patentaron el exótico concepto de pre-embrión, destinado a legitimar la libre manipulación de los embriones *in vitro* en los primeros días de su desarrollo.

La búsqueda de algún término medio se traduce en considerar que «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental». En resumen, la «protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa

de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5, 7 y 4, y al respecto, Ollero, 2006).

La trayectoria posterior no deja de ser confusa. No fue llevado a la práctica, cuando su partido ocupó el poder, el contenido del recurso planteado por los diputados populares contra la versión actual de la ley. Esta permite el desembarazo durante determinados plazos, sin necesidad de motivación específica, y con un sistema de información de la madre que más bien parece diseñado para evitar excesos informativos, convirtiéndose en caricatura del modelo alemán en que pretende inspirarse. Por lo demás los intentos de lograr entre los magistrados una mayoría más significativa no han prosperado años después, pese al sucesivo cambio de composición del Tribunal.

8. Una situación embarazosa

La discriminación por razón de sexo va suscitando situaciones que obligan al Tribunal Constitucional a adelantarse al legislador y a la propia jurisdicción ordinaria, al emerger casos en los que las exigencias constitucionales van más allá de la letra de la ley.

Así ocurre cuando las leyes laborales regulan un contrato a prueba, en el que durante determinado plazo cualquiera de las partes, con obvio predominio de la empresarial, pueden resolverlo sin más explicaciones. En tales términos se resuelve el de una trabajadora que atribuye a su embarazo la decisión empresarial.

La tesis del INSALUD, que el entonces Tribunal Central de Trabajo hace suya, lleva a revocar la Sentencia de la Magistratura, por entender que «dicha empresa actuó en el ejercicio de un derecho que no necesitaba de motivación, puesto que se trataba de un contrato de interinidad, por plazo de tres meses, y hallándose aún en el período de prueba de quince días».

El Tribunal considera, por el contrario, que la resolución del contrato por la empresa vulneró el art. 14 CE, ya que la norma legal «no puede ejercitarse de forma arbitraria, discriminatoria por razón de sexo» y era al INSALUD a quien correspondía probar que el «despido o resolución contractual obedecía a una causa razonable, excluyente de la violación del derecho constitucional, que ampara la igualdad en el acceso al trabajo (art. 35 CE) y, según la actora, también a su permanencia e incluso al derecho a un puesto de trabajo dentro de la empresa compatible con su estado» (STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 1. No fue el único caso en que el Tribunal debió desbordar la postura legal y su interpretación judicial, como hemos analizado en Ollero, 1999).

9. Discriminación indirecta

Ya vimos cómo una versión neutra de la desigualdad de trato conducía a resultados tan sorprendentes como ajenos a la realidad, sirviendo de ejemplo el descubrimiento de que los viudos son las principales víctimas de la discriminación por razón de sexo. La muerte de un trabajador generaba una pensión para la viuda, mientras que el viudo de una mujer trabajadora debería acreditar falta de recursos personales para acceder a similar trato.

El problema era la ausencia de una pregunta ulterior sobre los motivos de esta supuesta discriminación, que no eran otros que el escaso acceso de la mujer al mercado laboral, lo que la convertirá en la auténtica víctima de la situación. La aplicación de encuestas y estadísticas había llevado en el ámbito norteamericano a evaluar con apoyo empírico el impacto efectivo de la desigualdad de trato peculiar soportado por determinadas minorías sociales. Este nuevo marco interpretativo fue asumido por la Unión Europea y acaba repercutiendo en el control de constitucionalidad de los Estados miembros.

Esto explica que el Tribunal Constitucional español pase a indicar que en «relación con el tratamiento diferenciado de una persona en razón de su sexo, conviene recordar» que «la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE» (STC 19/1989, de 31 de enero, FJ 4).

La consecuencia inmediata es que la «prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad».

Entra así en juego la discriminación indirecta, «que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo».

Esto obliga a un cambio de perspectiva por parte del juez, ya que «el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto,

si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE» (STC 141/1991, de 20 de junio, FJ 2).

El caso resulta particularmente elocuente al tratarse de la desigualdad retributiva de los peones y las limpiadoras de un centro hospitalario. A nadie podría formalmente escandalizar tal diferencia de trato, dada la presunción de la exigencia de particular esfuerzo físico que espontáneamente se atribuye las tareas de peón. El problema surge cuando un análisis más concreto lleva a descubrir que las tareas de unos y otras son en realidad idénticas. Situación similar venía justificando en una fábrica de galletas la diversa retribución de las tareas de producción, destinadas a los varones, respecto a las de empaquetado confiadas a las trabajadoras. Asumiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no cabrá detenerse en la existencia o no de un trabajo idéntico, sino que habrá que plantear si aun siendo dispares— son de igual valor (STC 286/1994, de 28 de noviembre, FJ 2).

La detección de posibles discriminaciones indirectas, llevará a prestar especial atención a la existencia de departamentos retributivamente segregados para varones y mujeres, así como a extremar la posible justificación de trabajos con mayores exigencias de esfuerzo físico.

10. Nace un nuevo derecho fundamental

Ya en el texto constitucional se barruntaba, pero no llegaba a precisarse su alcance. A los tres primeros epígrafes del artículo 18 CE, destinados a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar, acompañaba un enigmático epígrafe adicional: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Un ciudadano vasco plantea la cuestión al requerir que la Administración le informe sobre los datos personales de los que, por uno u otro concepto, dispone. Al Tribunal suena a excusa que dicho «órgano disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos», porque ello «no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución». La respuesta sobre la información recabada es pues drástica: si el ciudadano «tiene derecho a ella, es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no tiene derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no».

De todo ello derivará el Tribunal que «nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma

de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona». Asume con naturalidad tan feliz alumbramiento, al estimar que se ha producido «de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales».

El nuevo derecho será fruto la interpretación del comentado epígrafe: Se trata de «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática». La novedad no consiste solo en que los ciudadanos contemos con un derecho más, sino que en el carácter de este, bien distinto del de la intimidad personal al que acompaña. Se trata en este caso de que la garantía de la intimidad adopta ahora «un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona». Se le aplicará provisionalmente el título de «libertad informática» de procedencia italiana, aunque bien pronto tenderá a verse sustituido por el de su versión alemana: «autodeterminación informativa». En cualquier caso el nuevo derecho, a diferencia de las libertades clásicas, implica la dimensión prestacional necesaria para poder «controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático», añadiendo al clásico habeas corpus un peculiar paralelismo: habeas data.

Todo ello acaba implicando, a diferencia de lo que el Tribunal inicialmente se limita a sugerir: el abandono de «la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión» (STC 254/1993, de 20 de julio, FFJJ 6 y 7), El nacimiento de un nuevo derecho, que no se limita a la protección defensiva de datos sensibles, sino que implica un efectivo «poder de control» sobre datos personales de cualquier naturaleza (sobre ello hemos reflexionado con mayor detenimiento en Ollero, 2008).

11. La reforma del recurso de amparo

Una de las peculiaridades del sistema «concentrado» de control de constitucionalidad dominante en Europa, a diferencia del sistema «difuso» anglosajón, que permite a cualquier juez cuestionar la constitucionalidad de la norma a aplicar, será, junto a la existencia de un Tribunal específico destinado a dilucidar tales problemas, la posibilidad de recurrir a él en amparo las resoluciones de la jurisdicción ordinaria; incluidas las del Tribunal Supremo.

Que tales ocasiones no escasearan no podría extrañar, dado que era la misma judicatura de la fase franquista la encargada de hacer valer las nuevas normas democráticas. El resultado inicial dio lugar a una cierta trivialización del trámite, a la vez que el Tribunal, convertido no pocas veces en tercera instancia procesal, era

víctima de su propio éxito llegando a asumir más de once mil recursos de amparo, descuidando inevitablemente otras de sus relevantes funciones.

La necesidad de una reforma quedaba fuera de discusión. Para el Tribunal la «caracterización más distintiva» de la nueva regulación del recurso era el protagonismo como requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional», que recurrente había de justificar suficientemente, al margen de la obvia vulneración de su derecho fundamental. El amparo se convierte pues en una suerte de recurso en interés de.

Constitución, en el que la dimensión subjetiva del trámite queda al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento constitucional. De ahí que el propio Tribunal resaltara que, «tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su especial trascendencia constitucional».

Este cambio de orientación ha sido de laboriosa asimilación, no solo por la abogacía, siempre presta a ejercer el derecho de defensa, sino incluso por más de un magistrado constitucional. Añádase a ello que la mejora experimentada no ha evitado en torno a seis mil recursos de amparo por año, de los que menos de un centenar llegan a ser admitidos.

Esto explica que, dos años después de la reforma, el Tribunal aproveche una sentencia para orientar a los ciudadanos y a sus asesores sobre casos susceptibles de revestir mayor trascendencia constitucional, resaltando especialmente cuando en ellos se plantee «una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

Por si fuera poco, la cuestión llega al Tribunal de Derecho Humanos de Estrasburgo, que ha avalado por unanimidad la legitimidad del trámite, insistiendo en concreto en que el Tribunal ilustre los motivos por los que aprecia en ciertos casos esa especial trascendencia, para mejorar así las posibilidades de éxito de los ciudadanos ante tan compleja situación (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Arribas Antón contra España de 20 de enero de 2015).

Es necesario pues un cambio de mentalidad. Inicialmente las líneas doctrinales se consolidaban por la repetición de casos similares. Así ocurrió, por ejemplo, con la ya mencionada del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Hoy, por el contrario, difícilmente será admitido un amparo de ese tipo, por tratarse de una doctrina ya consolidada, con lo que –paradójicamente– ha perdido aquella especial trascendencia constitucional.

12. Sentencias interpretativas sobre el estatuto de Cataluña

Pocas sentencias han sido tan discutidas, cuando no vituperadas, como la del Tribunal relativa al nuevo Estatuto de Cataluña. Los partidarios de un proceso de independencia ven en ella la provocación del problema. No deja de ser también cierto que el Tribunal experimentó durante su debate los peores momentos de su trayectoria, dada la fragmentación de posturas, que dificultaban la configuración de mayorías, en incluso cierto ambiente interno de crispación. Todo ello obliga a resaltar un aspecto decisivo. El disparatado procedimiento que llevó a someter a referéndum un texto, antes de que el Tribunal hubiera tenido oportunidad de pronunciarse sobre su constitucionalidad.

El bienintencionado intento de disminuir en lo posible los pasajes del texto ya refrendado que fueran anulados por inconstitucionales, se tradujo en un aluvión de pasajes, que consideraban conformes con la Constitución alguna de sus posibles interpretaciones. Lo faltó quien viera en ella una curiosa fórmula de repesca, que convertía en constitucionales determinados pasajes, a condición de que su interpretación les hiciera decir lo contrario de lo que decían.

Valga como ejemplo de laboriosa interpretación conforme llevada al fallo: «los términos «nación» y «realidad nacional» referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término «nacionales» del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, «definida como nacionalidad» (art. 1 EAC) e integrada en la «indisoluble unidad de la nación española» como establece el art. 2 CE» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12).

Particularmente crítico se muestra en sus votos particulares el magistrado Javier Delgado Barrio (Ollero, 2015), que formó parte del Constitucional, antes y después de ser Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. A su juicio, «esta Sentencia, en una buena medida, se aparta de la función estrictamente jurisdiccional que le es propia para, en lo que denomina interpretaciones, crear unas normas nuevas invadiendo el campo funcional del legislador». Reconoce que «salva así de la declaración de inconstitucionalidad muchos preceptos, pero esto se logra atribuyéndoles un sentido diferente, a veces contrario, al que su texto expresa». Concluye que «con todo lo cual viene a dar una redacción nueva a no pocos aspectos del Estatuto» (Voto particular a la citada STC 31/2010, de 28 de junio, 1, A).

Pondrá como ejemplo la afirmación de que el catalán es «la lengua de uso normal» –con artículo determinado– en Cataluña, lo que implicaría, a su juicio,

que «el castellano no es lengua de uso normal»; la sentencia prefiere no inmutarse, optando por «un razonamiento que implica que el catalán es una –no la– lengua de uso normal» (Epígrafe 7 A del voto discrepante de la STC 31/2010, de 28 de junio. Lo mismo ocurre con su carácter vehicular: epígrafe 7 B a).

13. Estado laico con patrona

El art. 2.3 de sus estatutos, tras declarar que «el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional», añade: «si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada». Este inciso final de la norma es considerado por uno de los colegiados vulnerador de su libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Esto lleva a que el juez se considere obligado, en primer lugar, a dilucidar si el Colegio «está constitucionalmente obligado a la neutralidad religiosa» y, si ello es así, la posible compatibilidad de la norma estatutaria.

La primera respuesta es afirmativa, al ser los colegios profesionales corporaciones de derecho público. La segunda exige mayores matices. Los «símbolos acumulan toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria».

Por lo demás, la «configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa».

La operación no es simple, ya que «no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa».

Es preciso además tener en cuenta que «todo signo identitario es el resultado de una convención social y tiene sentido en tanto se lo da el consenso colectivo; por tanto, no resulta suficiente que quien pida su supresión le atribuya un significado religioso incompatible con el deber de neutralidad religiosa, ya que sobre la valoración individual y subjetiva de su significado debe prevalecer la

comúnmente aceptada, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido de los símbolos, que siempre es social». De ahí que la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011, en el caso *Lautsi y otros* contra Italia, 66, sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas, ponga de relieve que, en este ámbito, «la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho invocado». En el caso sevillano el abogado en cuestión no hizo referencia alguna a que se hubiera visto obligado a tomar parte en actos religiosos.

Habría aún que añadir un nuevo elemento. «Debemos tomar en consideración no tanto el origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente, pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso».

En todo caso el argumento definitivo acabará siendo que la «posibilidad de que la corporación asuma signos de identidad que, desprovistos de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE, fueran en su origen propios de una u otra confesión o de ninguna, es algo que sólo a la corporación corresponde decidir democráticamente (art. 36 CE).» (STC 34/2011, de 28 de marzo, FFJJ 1 y 3 a 7).

14. Dos exigencias de conciencia

Admitida desde el comienzo la dimensión autobiográfica que toda selección de decenios de jurisprudencia lleva consigo, no extrañará que me ocupe de dos resoluciones de las que tuce el honor de ser ponente y que también tienen en común que –sin duda por mi falta de recursos argumentales– no llegara a convencer del todo a mis colegas de Sala y acabara firmando un voto particular concurrente respecto a aspectos en los que no encontré eco. Ambas se refieren a una exigencia de conciencia, cuya inequívoca dimensión jurídica nos sitúa más allá de la mera exhortación moral.

La primera plantea exigencias derivadas del ejercicio de un derecho (no vendrá mal subrayarlo) a la objeción de conciencia de un farmacéutico que por tales razones rechaza disponer en su oficina de determinados productos. El recurso ofrecía la oportunidad de consolidar la doctrina del Tribunal sobre la objeción, descartando restricciones (que la limitarían al servicio militar) o contradicciones notorias a la hora de reconocer o no tal derecho.

La única referencia expresa es la reflejada en el artículo 30 CE, repescado para la protección de recurso de amparo –pese a estar emplazada fuera de la sec-

ción que a ella da derecho. Si a ello añadimos su vinculación al servicio militar obligatorio, desde hace años ya inexistente, su presencia raya en lo fantasmal. Sin embargo la ya comentada STC 53/1985 sobre la despenalización del aborto, rechazó una posible inconstitucionalidad por omisión, al no haberse pronunciado la ley sobre la cuestión, afirmando –en su FJ 14– que tal derecho «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales».

La querencia restrictiva seguía presente y llevó a entender que tal dictamen sería aplicable a casos de aborto, pero no a la llamada píldora del día después, cuyo efecto abortivo es objeto de discusión. En todo caso, el Tribunal considera que «la existencia de una duda razonable sobre la producción de dichos efectos», dota «al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional». Por lo demás «el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla».

El asunto se complica, porque el farmacéutico tampoco disponía de preservativos, producto también incluido por la Administración entre los de obligada dispensación, pese a su fácil acceso fuera de las oficinas de farmacia. Por si fuera poco, la mayoría de la Sala suscribe la sorprendente afirmación de que la «renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto».

Ello me llevó, aun secundando parcialmente el fallo, a suscribir un voto particular concurrente resaltando que «las exigencias del artículo 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia –jurídica o moral– del ciudadano. No parece compatible con ello que los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos». Al fin y al cabo «la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros» (STC 245/2015, de 25 de junio, FFJJ 5, 6 y voto particular concurrente).

15. Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar

La protagonista convive en pareja y su embarazo le produce gran satisfacción, que ve empañada cuando un control rutinario detecta una cromosomopatía de dudosa viabilidad, lo que le lleva a aceptar la programación de un aborto. El feto contaba por entonces con 22 semanas de gestación y 362 gramos de peso, por lo que no concurrían los requisitos que harían obligatorio abrir un legajo en el Registro Civil. Esto lleva a prosperar, tanto en el ámbito sanitario como incluso en el judicial, una peculiar interpretación que prohibiría la entrega a nuestra protagonista de su hijo, de quien aspira a despedirse.

La jueza admite como «cierto» que «en otra ocasión se ha autorizado dicha inscripción por este juzgado» pero en un supuesto a su juicio «sensiblemente distinto al tratarse de aborto espontáneo de 440 gramos de peso», por debajo también de los dichos requisitos. A ello habría que añadir un «conflicto con el derecho de libertad religiosa consagrada en el art. 16 de nuestra Norma Fundamental» ya que la paciente en este caso era de religión musulmana, lo que obligaba a enterrar los restos en vez de incinerarlos.

Esta disparidad de trato provoca la presentación de un recurso de amparo «contra las resoluciones judiciales citadas, al entenderse que lesionan el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de la recurrente». Esta, con toda razón, no «acierta a comprender por qué el hecho de ser musulmana es considerado como más digno de protección que la espiritualidad o concepción del mundo (ideología) que no está adscrita a una confesión o religión determinada», ya que ella se consideraba con «derecho a dar digna sepultura a su creación física y espiritual y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar».

El Tribunal encuentra apoyo en la jurisprudencia de Estrasburgo como criterio de interpretación para considerar que «las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado».

Siendo ponente suscribí un voto particular concurrente resaltando la ya experimentada dificultad de algunos de mis colegas para conceder amparo a los derechos y libertades relacionados con la conciencia personal», quizá por tender a atribuirle condición moral, como si la conciencia jurídica no existiera. Ello me llevó a pensar que «el Tribunal ha desaprovechado una clara oportunidad de resaltar el obligado respeto a convicciones personales que –se compartan y consideren

coherentes o no– respetan el ordenamiento legal y no afectan al orden público, único límite aceptado por el art. 16.1 CE».

El Tribunal –señalaba el voto particular concurrente– se encontraba en dificultad para «aplicar al caso la doctrina del Tribunal sobre igualdad en la aplicación de la ley, al explicitar el órgano judicial con nitidez el cambio de criterio adoptado». Tampoco le sería fácil acudir a la obvia «desigualdad de trato sin proyectar a la vez luz sobre la libertad ideológica, cuya consideración se ha optado por rehuir».

«No quedaba pues ya otra vía para otorgar amparo que la apelación –como criterio interpretativo ex art. 10.2– al art. 8 del Convenio de Roma; remisión no exenta por lo demás de dificultades, al ser constante la doctrina del Tribunal sobre el art. 18.1 CE, en la que se le ha reconocido reiteradamente (por todas STC 186/2013, de 4 de noviembre) alcance menor que el conferido por el Tribunal de Estrasburgo» (STC 11/2016, de 1 de febrero, AA. 2 y 3, FFJJ 3 y 5, y voto particular concurrente).

16. Conclusiones

Se ha dicho que un magistrado constitucional debe considerarse llamado a añadir un nuevo capítulo a una novela heredada de sus antecesores. De ahí que la importancia de su respeto a la doctrina sentada por sus predecesores, rompiendo así la vieja idea de que el precedente judicial es una originalidad del mundo anglosajón. El respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley obliga a todo juez a justificar a cualquier cambio de criterio sobre posicionamientos anteriores. La inevitable creatividad judicial del Derecho está reñida con la arbitrariedad.

17. Referencias bibliográficas

- Ollero, Andrés, 1979, *Droit naturel et «jurisprudence de principes»* (avec reference à la Constitution espagnole de 1978), Paper (III)-130, Basel, Weltkongress für Rechts- und.
- Sozial philosophie y luego en sus actas: 1979, *Contemporary Conceptions of Law, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Supplementa)* vol. I, part 1, Stuttgart, Steiner Verlag, págs. 629-639.
- , 1982, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, págs. 199-210.
- , 1989, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. En *Cuadernos y*.

Debates n° 19, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales; actualizado en segunda edición: 2005, Cuadernos y debates n° 163.

- , 1999, Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , 2006, Bioderecho. Entre la vida y la muerte, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection.
- , 2008, De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional, Madrid, Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, págs. 7-179.
- , 2015, Una gran novela. En el Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio El Juez del.

Derecho Administrativo, Madrid, Consejo General del Poder Judicial – Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa UAM – Marcial Pons, págs. 191-210.

Este trabajo está dedicado a comentar sus votos particulares.

- , 2019, Controllo di costituzionalità: tra tradizione e globalizzazione, nel caso spagnolo. En Archivio Giuridico (CLI-2), Roma, S.T.E.M. Mucchi Editores, págs.

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Jordan C. Sosa
DIRECTORES

DERECHO JUDICIAL

El derecho de creación judicial a la luz del siglo XXI

PRÓLOGO
Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo
(España)

Barcelona
2022

JIB
BOSCH EDITOR