

SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA LEY Y LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE PRECEDENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ESPAÑOL*

Pedro P. Grández Castro¹

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. Una conclusión adelantada.*
- 3. Los problemas de delimitación.*
- 4. La igualdad en la aplicación de la Ley como regla y como principio.*
- 5. Su relatividad en el espacio de la jurisdicción del Estado Constitucional.*
- 6. ¿Por qué valen los precedentes en la aplicación del derecho?.*
- 7. El Derecho fundamental a la Sentencia debidamente justificada, como garantía final de la Igualdad en la aplicación del Derecho.*
- 8. El Test para el control constitucional de la desigualdad en la aplicación de la ley.*
- 9. Un caso para el Test.*
- 10. La clave es la justificación. A modo de conclusión*

* El presente texto ha sido desarrollado para su exposición en el Curso sobre, Igualdad y Constitución, a cargo del Profesor F. Javier Díaz Revorio, en el marco del Curso de doctorado de la UCLM, Toledo, Junio de 2004.

1. Profesor adjunto de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctorando en el programa en "Interpretación de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos" de la UCLM (bienio 2002-2004).

1. Introducción

Sobre la idea de igualdad, se ha construido el último intento de convivencia civilizada tras la revolución francesa² y sin embargo, aún no terminamos en ponernos de acuerdo lo que en estricto significa. Y quizá sea mejor que esto siga así, pues ha permitido en lo que vamos con ella, que la igualdad puede significar o pueda incluir la desigualdad misma. Por ello se ha afirmado, que se trata de un concepto “endiabladamente difícil”³, aunque quizá esa dificultad más bien lo convierte en un concepto *divinamente reivindicable* por todos, sin que esto signifique por supuesto que todos estemos de acuerdo en el contenido que queramos atribuirle.

Eso se ve con claridad a lo largo de los años transcurridos⁴. Siendo un concepto no sólo relativo sino de una alta carga ideológica, se ha mantenido sin embargo sin problemas, todas las constituciones “modernas” la reivindican en sus primeros artículos, pero cada época tiene su igualdad en el sentido que mejor se acomode a sus necesidades. De la igualdad formal a la igualdad sustancial, de aquí a las acciones afirmativas; de la igualdad ante la ley (incluida por su puesto el de la aplicación), a la igualdad en la ley o igualdad sustancial como se ha dicho; de la igualdad negativa es decir como prohibición de discriminación, a la discriminación positiva o búsqueda de la igualdad en la diversidad. Si hay algún rumbo, ésta es la justicia, pero también la justicia de un tiempo, de un sentimiento, en fin de una ideología.

Pues bien, en el presente trabajo, quisiera referirme a un contenido de un tiempo determinado que se le ha atribuido a la cláusula de igualdad en el constitucionalismo presente. Esto es, la igualdad en el momento de aplicación de la Ley. Más preciso aún, a las posibilidades de la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley. Este no era un problema para los franceses desde luego.

2. Recuérdese las proclamas de los revolucionarios en su declaración de 1798, donde en el artículo primero se establecía que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común”; luego en el artículo sexto refiriéndose esta vez a la ley se lee: “La ley (...) debe ser la misma para todos, tanto si se protege como si se castiga. Todos los ciudadanos al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinciones que las de sus virtudes o sus talentos”; finalmente en el artículo 13º se señalaba refiriéndose a la contribución común para el mantenimiento de la “fuerza pública y los gastos de administración”; dicha contribución “debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos, en razón de sus posibilidades”. He utilizado la versión de Díaz Revorio, J., (Compilador), *Textos constitucionales históricos*, Lima 2004, págs. 127 y ss.

3. Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, séptima edición, Madrid, 2000, pág. 291.

4. Así, Rubio Llorente, “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, en *La forma del poder* (estudios sobre la Constitución), CEC, Madrid, 1993, págs. 665 y ss.

Garantizada la igualdad en el momento de emisión de la ley, es decir, ante la Asamblea Nacional, la ley era igual para todos por ser abstracta y general y porque el Juez no tenía sino que aplicarla tal cual.

El problema viene, sólo cuando se cambia de contexto político, cuando se reivindica la independencia del juez⁵ como garantía de su imparcialidad, pero además, cuando dicha independencia se admite, no en términos de sujeción absoluta al legislador, sino incluso como limitación a éste y como garantía para el ciudadano frente al poder.

2. Una conclusión adelantada

En este contexto la tesis que intentaré defender en las siguientes páginas puede sintetizarse aquí del siguiente modo: La idea de la igualdad en la aplicación de la ley, si es que tal principio existe como mandato constitucional defendible en el ámbito jurisdiccional, ya no hay que buscarlo más en el artículo 14 sino más bien en el 24.1 de la CE. La igualdad en su vertiente de “igualdad en la aplicación de la ley”, se habría convertido así, en un mandato de justificación “razonable” para establecer la diferencia⁶. Si en una sentencia el tratamiento desigual por parte del Juez está “motivado razonablemente”, entonces está permitido constitucionalmente según el TC, con lo cual, pareciera a primera vista, que la igualdad en la aplicación de la ley ha quedado sometido al libre arbitrio del juez⁷.

Desde luego, la problemática que suscita todo esto, no podría sintetizarse de forma tan simple según creo, aun cuando al final signifique adelantar conclusiones en un tema tremendamente frondoso y complejo. Teniendo en cuenta esta

5. Retratando este cambio, Rubio Llorente ha sostenido que es la relación entre Juez y Ley la que se habría “alterado radicalmente”, llegando a sostener que en el contexto actual “no disponemos todavía de instrumentos conceptuales suficientes para establecer de manera clara los términos de esta relación ni para definir con precisión cual es hoy la función del juez”. Cfr. La forma del poder ... cit., pág. 680.

6. Así la STC 64/1984: “Lo que el principio de igualdad exige, en definitiva, como reiteradamente ha señalado también este Tribunal, es que el cambio en la aplicación de la Ley aparezca *suficientemente motivado, precisándose las razones por las que el órgano judicial considera que debe apartarse de sus propios precedentes jurisprudenciales*, ya que ello sirve de garantía para evitar la arbitrariedad y promover la seguridad jurídica, valores fundamentales reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución”. FJ 2º (cursiva nuestra).

7. Ante un panorama tan desolador, un civilista como don Manuel Albaladejo se queja, en el sentido de que de esta forma, se estaría dejando en manos del Juez, el “dar trato desigual siempre que lo considere preferible o quiera”. Cfr. Manuel Albaladejo García, “la protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 70, Madrid, 2003, pág. 88.

dimensión, mi propósito consiste en presentar los problemas que supone en el escenario actual, la vigencia de una de las vertientes de la cláusula general de igualdad como se ha dado en llamar al contenido del artículo 14 de la CE, esto es, el de la “igualdad en la aplicación de la Ley”⁸.

3. Los problemas de delimitación

La tutela de la igualdad que por ser una cláusula general que inspira y orienta a todo el ordenamiento jurídico como criterio de interpretación⁹, encuentra no obstante especiales connotaciones en su defensa en el ámbito jurisdiccional. En especial el contenido que el TC dio a esta cláusula en relación con la aplicación de la ley¹⁰, merece especial cuidado en su lectura actual, cuando se trata de imputar dicha vinculación al propio Juez. No se trata aquí de la garantía que el Juez ha de prestar a la vigencia de dicho principio controlando a la administración en su actuación o vigilando que la propia ley no sea en sí misma discriminatoria, ámbitos en que el Juez es el mejor garante de la igualdad “durante” la aplicación de la ley; se trata más bien, siguiendo al profesor Rubio Llorente, de verificar si “la jurisdicción constitucional puede remediar realmente las transgresiones de la igualdad debidas a los jueces”¹¹.

Dos dificultades se entrecruzan en el camino que el Tribunal ha señalado para esta defensa. Primero su auto limitación (inhibición lo llamaré Ollero Tasara¹²) respecto del control del juez ordinario, debida a las zonas no siempre claras de

8. Cfr. García Morillo, J., en la Lección 8ª del Manual de *Derecho Constitucional*, Volumen I, obra conjunta con los profesores, Luis López Guerra, Eduardo Espín Templado, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, 5ª edición, Valencia 2002, págs. 175 y ss. Aquí se cita a la STC 49/82, como la sentencia que tempranamente determina los ámbitos de expresión de la cláusula general de igualdad: “La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. FJ 4º.

9. Rodríguez-Piñero M., y Fernández López M., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 19 y 20. en el mismo sentido, Rubio Llorente, “la igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción”, en, *REDC*, núm. 31, 1991, para quien la igualdad supone una idea que “subyace a toda la estructura constitucional y, a través de ella, a todo el ordenamiento...”, pág. 9.

10. Por todos cito la sentencia que da inicio a esta vertiente, la núm. 8/1981, doctrina que se ha mantenido uniforme a lo largo de los años. Cfr. una más reciente la núm. 122/2001.

11. Rubio Llorente, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 1, Madrid, 1997, pág. 152.

12. Ollero Tasara, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989.

delimitación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional, pero luego y contra esta idea, su función de tutela del mismo a través del amparo y a partir de aquí, su irremediable “intromisión” en las razones que la justicia ordinaria pone en sus decisiones.

En este sentido, la apelación a la idea de “justificación razonable” como escudo protector del Juez ordinario para cubrirse de las intervenciones del TC incluso cuando de “cambio de precedente” se trata, coloca más que a la igualdad, al derecho a una decisión suficientemente motivada o fundada en razones jurídicas, en el centro del debate¹³. La justificación o “debida motivación” como derecho fundamental adquiere en este sentido enorme significación, tanto para la tutela de la igualdad en la aplicación del derecho, como también como argumento institucional para proteger la garantía institucional de la independencia judicial.

Esta es la dimensión el problema que debe analizarse aquí; es decir, se trata de responder a la pregunta de ¿hasta qué punto el derecho fundamental de justificación suficiente de la sentencia que aquí defendemos, no se ha convertido en el Estado Constitucional, en el tema clave también en este caso, para la defensa efectiva de la igualdad en la aplicación de la ley¹⁴?, o para decirlo en términos más efectistas, ¿puede garantizarse el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, en un esquema en que el Juez es independiente (libre) para argumentar su decisión en los casos que se le plantean?

Varias son pues las cuestiones que deben ser resueltas, sobre todo si nos encontramos en un sistema donde no puede hablarse de un principio como el *Stare Decisis*¹⁵ americano que permite “alinearse” a la judicatura de los tribunales inferiores en base a este principio. Así, un principio como el que el TC ha dedu-

13. Sobre la motivación de las sentencias y su adscripción como derecho fundamental al artículo 24.1 de la CE, véase, Igartúa Salaverria, *La motivación de las sentencias. Imperativo Constitucional*, CEC, Madrid, 2003.

14. En el estadio previo, el del Estado de legislación como diría Zagrebelski, la igualdad pudo equipararse simplemente con el principio de legalidad, así también lo afirma Rubio Llorente cuando recuerda los “métodos” tradicionales para lograr la adhesión del juez a la “letra de la ley”, (el tema de la Casación por ejemplo o la propia responsabilidad penal del juez); “con la disociación entre principio de igualdad y principio de legalidad, estos remedios tradicionales han parecido insuficientes y se ha intentado lograr una garantía suplementaria de la igualdad en la aplicación judicial de la ley mediante el recurso de amparo”, Cfr. “La igualdad en la aplicación de la Ley...” cit., pág. 152.

15. El profesor Luis López Guerra, tempranamente analiza la importancia de su introducción en el sistema español, identificando algunas de las notas que le serían en la práctica muy cercanas, aunque referidas no al Poder Judicial y el control de su jurisprudencia, sino al TC como máxima instancia de interpretación del derecho. Cfr. “El Tribunal Constitucional y el Principio “stare decisis”, en *El Tribunal Constitucional*, Vol II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 1437-1455.

cido del art. 14 al establecer la igualdad en la aplicación de la ley, tiene al menos en el ámbito jurisdiccional algunas dificultades que pueden cuando menos, “limitarla” y cuando más, ponerla en serio compromiso de “supervivencia”¹⁶, sobre todo si se lo confronta con otros valores igual de importantes como veremos.

4. La igualdad en la aplicación de la Ley como regla y como principio

La cuestión a la que nos enfrentamos es más compleja. Se trata por tanto de ver si la cláusula en cuestión puede ser cumplida en su plenitud, es decir como un “todo”¹⁷; esto es, si puede extraerse una regla para la jurisdicción en general a partir del artículo 14º de la CE que permita establecer que los jueces de un sistema determinando, asignen un mismo contenido normativo a las disposiciones de la Constitución o de la ley y con este contenido sean juzgados todos los casos en que debe aplicarse dichas disposiciones. Si este es el mandato y su exigencia, por las limitaciones de la interpretación y todos los problemas que ello trae, sería imposible de cumplir, se trataría por tanto de un mandato irrealizable en el plano práctico y desde luego la cláusula de la igualdad en la aplicación de la ley sería pura retórica¹⁸.

Por tanto parece necesario comprender que, los problemas que presenta el “aplicar la ley” en sentido igual, comparte las mismas dificultades que presenta la interpretación jurídica en general. De ahí que no podamos acompañar en la

16. Así parece insinuar Suay Rincón cuando afirma que, ya a partir de la STC del 14-07-82, la igualdad en la aplicación de la ley, “ha pasado a mejor vida” puesto que en dicha sentencia, en efecto, se admite que un mismo órgano pueda apartarse de su precedente siempre que ofrezca una “fundamentación suficiente y razonable”, pero además, como se ha anotado, en la sentencia 63/1984, se vino a decir ni siquiera es necesaria que dicha fundamentación sea expuesa, sumándose a ello el hecho de que en la misma sentencia se expresa que el control de la motivación es un asunto de “legalidad” que correspondería al Poder Judicial a través de la Corte Suprema. Cfr. Suay Rincón, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985, pág. 218.

17. Sobre la distinción primigenia entre principios y reglas y de su aplicación en el caso de las reglas en forma de “todo o nada” o, para el caso de los principios en función de su “peso” específico en cada caso, véase, Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pág. 75 y ss. Esta idea ha sido ampliamente desarrollada luego por Alexy, para este autor, “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización... En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”, Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 86, 87. Ampliamente sobre estas discusiones y sus implicancias en la teoría del derecho véase, García Figueroa A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1997.

18. Este parece ser la exigencia que algunos autores piden al artículo 14, de ahí las frustraciones a las que llegan. Así por ejemplo, Albaladejo en el artículo citado, también, Suay Rincón, en su addenda al libro, *El principio de igualdad...* cit., págs. 209 y ss.

contundencia y facilidad en que plantea este asunto Zoco Zavala¹⁹, cuando afirma que “aplicar la ley significa *interpretarla en los términos en que está definida*, sin discriminación...”, puesto que precisamente el lograr acuerdos en torno a “los términos en que está definida” la ley, es lo que ocasiona que unos jueces juzguen de un modo frente a unos hechos, mientras que otros lo hagan en sentido incluso opuesto, teniendo al frente un supuesto de hecho idéntico o similar.

Como bien lo ha graficado Rubio Llorente, “si las leyes fueran susceptibles de una interpretación única, si no dejaran a quien ha de aplicarlas margen alguno de libertad para la apreciación de los hechos, ni utilizaran conceptos indeterminados, ni otorgaran discrecionalidad alguna en cuanto a la oportunidad de su aplicación, la garantía de la igualdad se confundiría en buena medida con la de la legalidad”²⁰ y de este modo, su control no traería los problemas que presenta. Sin embargo, ni la naturaleza de la ley es tal ni la forma en que ella se aplica es tan fácil y está siempre sujeta a las “precondiciones” del “aplicador”, sea éste juez o funcionario, con el agravante en este caso, de que al tratarse del Juez del Estado constitucional *¿qui custodet custodes?*, en un escenario donde la independencia del mismo es un valor fundamental para su ejercicio.

Si una satisfacción total del principio no es posible por estas consideraciones, otra opción interpretativa de lo que debe entenderse por “igualdad en la aplicación de la ley” podría ser, el asignarle a la cláusula en mención la condición normativa de principio. Desde esta perspectiva, su cumplimiento total o parcial, e incluso su imposibilidad de realización en determinados casos, no significan su desaparición del sistema jurídico como principio fundamental. En unos casos resulta más exigible que en otros. Así por ejemplo, cuando entra en conflicto con el principio de la independencia de los jueces, parece que el principio cede casi hasta desaparecer por completo; pero en otros casos, mantiene toda su fuerza, como es el caso de la aplicación de la ley en el ámbito de la administración o como garantía judicial del control de los actos de la administración o el juzgamiento de la propia ley por parte del Juez.

En algunos casos, durante su actuación incluso en el ámbito jurisdiccional, es posible que dicho principio entre en conflicto con un principio como el de justicia o el de seguridad jurídica (el caso del precedente por ejemplo), y entonces puede ceder, pero sólo si el juez puede fundamentar razonablemente una decisión en con-

19. Zoco Zavala, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias*, (artículos 14 y 24.1 CE). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*, Barcelona, 2003, pág. 62.

20. Rubio Llorente, op. cit., pág. 149.

tra de una decisión anterior para favorecer la justicia del caso²¹. Si no es así, la decisión no sólo será vulnerable a una intervención del TC a través del amparo, sino que tras dicha actuación devendrá en nula. Desde esta perspectiva entonces, no debe alarmarnos las aparentes contradicciones o “titubeos”²² de la jurisprudencia del TC en esta materia. Su comprensión como principio, permite por otro lado, su permanente presencia en el sistema jurídico como una guía de actuación de todos los poderes y coloca al juez en una posición de su permanente vigilia.

5. Su relatividad en el espacio de la jurisdicción del Estado Constitucional

La calidad de principio de la cláusula general de la igualdad en la aplicación de la Ley, se ve de algún modo “disminuida”²³ en el ámbito jurisdiccional por diversos motivos, pero fundamentalmente por la presencia del poder real que representa la judicatura en este escenario. Así, sumariamente y sin pretender ser exhaustivos en esto, puede anotarse en esta dirección los siguientes argumentos: 1) En primer lugar, el sistema constitucional de la CE tiene como garantía fundamental del ejercicio de la jurisdicción, el principio de independencia de jueces y magistrados²⁴, lo cual impide cualquier sujeción que no sea a la Constitución y al sistema de fuentes, donde por cierto, al menos para el caso de España, aun cuando también para los países del *civil law*, no cuenta el recedente como fuente institucional del derecho²⁵; 2) En segundo lugar, y esto es derivación de lo

21. Así se ve con claridad en la STC 256/1988, donde se pedía la aplicación como precedente de una sentencia que interpretaba una ley de forma incorrecta e injusta: “*Por otra parte, debe recordarse que el derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución es justamente el de la igualdad ante la Ley, pero no puede ser invocado cuando aparece que la Ley ha sido indebidamente aplicada. Por tanto, sus exigencias no pueden suponer que hayan de extenderse al actor las penas correspondientes a una calificación jurídica o tipificación que fue estimada errónea o inadecuada en vía casacional por el Tribunal superior competente.*” (FJ 4º). La posibilidad de cambiar la jurisprudencia es siempre la posibilidad de mejorar la defensa de los derechos fundamentales como se puede constatar a lo largo de la historia, sobre todo en cortes de larga tradición como la Corte Suprema americana.

22. Así Rubio Llorente, F., en “La igualdad en la aplicación de la Ley”, cit., pág. 152.

23. Este puede ser un término moderado vista luego los contornos no siempre identificables que ha tratado de establecer el TC.

24. Este es un argumento fuerte, si los jueces podrían ser controlados so pretexto de garantizar la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley, respecto de sus razonamientos en la interpretación de la ley o incluso de los hechos, entonces se afectaría directamente la garantía de la independencia y con esto quedaría vacía la esencia de la jurisdicción, cual es la imparcialidad a la hora de decidir los conflictos.

25. La distinción que se suele hacer aquí es entre precedente y jurisprudencia. La jurisprudencia, puede en algunos casos vincular, como ocurre en el caso del TC en materia de derechos fundamentales y también respecto de la interpretación constitucional que realice (art. 5.1 de la LOPJ, para el caso espa-

anterior, no existe en el caso español, un sistema institucionalizado que permita evidenciar reglas claras como doctrina o precedente como se entiende en los sistemas del *comon law*, con lo cual, asistimos ante un concepto seriamente difuso cuando nos referimos al precedente²⁶; 3) finalmente hay una razón que sólo se ha podido evidenciar a partir de la actuación del Tribunal Constitucional en este tema. Esto es, la imposibilidad material del control de la interpretación del Juez ordinario y con este supuesto fáctico, la falta de garantía de que adolece según creo, la cláusula general de igualdad en su vertiente de “igualdad en la aplicación de la Ley”, al menos como mandato dirigido al juez como ya se anotó²⁷.

En efecto, en lo que toca a la vigencia o posibilidad del principio o cláusula general de igualdad en la aplicación de la ley frente a los jueces, las matizaciones que han sido necesarias para extraer “reglas” más o menos claras para su actuación jurisdiccional, parecen en muchos casos dejarla incluso sin contenido en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional. Así el TC, en las veces que ha tenido ocasión de revisar una sentencia de los tribunales ordinarios por presunta violación de la cláusula de igualdad en la aplicación de la Ley, o ha construido artificios²⁸ para “dejar hacer y dejar pasar” la justificación incluso “implícita”²⁹ de los tribu-

ñol, también el art. 164 de la CE), en cambio el precedente vinculante, requiere de un sistema institucionalizado, que por lo general hace recaer en la Corte Suprema la selección de los precedentes que deben vincular; esto sin embargo no existe en los sistemas del civil Law. Cfr. Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial*, Madrid, 2002.

26. Así, Tomás Vives; para quien en el caso español no se podría hablar de la jurisprudencia como fuente de derecho, ni siquiera a partir de la clara alusión de la LOPJ, que en su artículo 5.1, ha establecido la sujeción de los Jueces a la Constitución y también, a las interpretaciones que de ella haga el TC. Cfr. del autor, “Tribunales de Justicia y Jurisprudencia Constitucional”, en Poder Judicial, núm. 2, 1986, pág. 9 y ss.

27. En el campo de los demás operadores jurídicos como la administración, el propio legislador cuando ejecuta el mismo las leyes, el principio debe mantener su total vigencia. Como bien lo ha puesto de manifiesto el profesor Pérez Royo, “para el poder ejecutivo la exigencia de la igualdad constitucional es similar a la del poder legislativo. La igualdad constitucional exige la neutralidad en la ejecución de la ley. La ley debe ser neutral no solamente en su formulación, sino también en su ejecución” (*Curso de Derecho Constitucional...* cit., pág. 310). En el ámbito jurisdiccional, no es tampoco que desaparezca, sino que otros valores entran en juego y, a veces creo, que hasta lo sustituyen, aun basándose y partiendo de ella como presupuesto ineludible: por ejemplo la prohibición de la arbitrariedad o el caso mismo de la “justificación razonable”.

28. Así resume estos criterios la STC 141/94, “pues para poder apreciar la existencia de una desigualdad en la aplicación de la ley se requiere que las resoluciones que se contrastan hayan sido dictadas por el mismo órgano jurisdiccional (SSTC 200/1990, 134/1991 y 183/1991), que exista un término de comparación válido por haber resuelto dichas resoluciones supuestos sustancialmente similares (SSTC 204/1991, 140/1992 y 190/1992) y, cuando la resolución últimamente dictada se aparte de criterios claramente establecidos en otras resoluciones anteriores, que no contenga una expresa motivación o justificación del cambio de doctrina o que esta motivación no pueda deducirse razonablemente de los propios términos de la resolución judicial (SSTC 183/1985, 140/1991 y 140/1992, entre otras)” FJ 2-A.

nales a favor de un “cambio de precedentes” o, en el mejor de los casos, ha censurado curiosamente no la violación del art. 14 de la Constitución, sino en veces el artículo 9.3, sobre prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos³⁰ o el 24.1, por falta de “motivación razonable”; es decir, no porque dicha decisión no haya tenido en cuenta una decisión anterior, sino por tratarse de una decisión que no ha fundamentado “convenientemente” el cambio de precedente³¹. Se habla así de la llamada “desigualdad no justificada”³², como la única que violentaría el contenido de la igualdad en la aplicación de la ley.

29. Esta viene incluso hoy siendo utilizada como criterio para entender “motivado” el cambio de criterio y de este modo no puede sancionarse la violación del Principio de igualdad en la aplicación del derecho: por todos, STC 82/1990. Esta línea jurisprudencial habría sido inaugurada con la STC 63/1984, que estableció que “... no puede deducirse que todo supuesto en que la motivación expresa esté ausente origine una desigualdad inconstitucional. *Para evitar ésta importa la existencia misma del cambio de criterio y no su manifestación externa* que constituye sólo un instrumento para conocer la voluntad judicial y para asegurar otros valores constitucionales en sí mismos no susceptibles de amparo. *Ello supone que cuando, en ausencia de tal expresa motivación, 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 indique -como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada-, la desigualdad estaría justificada.*” FJ 4º.

30. Así la propia STC 63/1984, tiene menciones expresas que dan la impresión que más que de igualdad estamos hablando de interdicción de la arbitrariedad, así cuando sostiene: “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 que obliga a que las soluciones ofrecidas a los casos individualizados obedezcan a un criterio general de interpretación y aplicación de la legalidad. Por eso ha podido decir este TC en sus sentencias núms. 49/1982, de 14 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 4 de agosto); 52/1982, de 22 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto), y 2/1983, de 24 de enero («Boletín Oficial del Estado» de 17 de febrero), que el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la CE incluye no sólo la igualdad en la Ley, sino también la igualdad en la aplicación de la Ley, lo que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.” FJ 4º.

31. Cito por todos la STC 207/1992: “Para la verificación de la desigualdad en la aplicación de la Ley es menester que un mismo órgano judicial falle en sentido contrario respecto de un asunto idéntico, sin aportar la justificación del cambio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la sentencia. Por tanto, no cualquier modificación de los propios precedentes se interpreta como atentatorio al principio de igualdad sino aquel que supone un cambio irreflexivo, arbitrario, una ruptura ocasional en la trayectoria anterior y posterior. Serán, pues, legítimos los cambios razonados que se hagan en términos que permitan conocer una proyección de futuro y una cierta estabilidad en el mantenimiento del nuevo criterio adoptado (SSTC 201/1991, 202/1991, 232/1991, entre otras). (FJ 2º).

32. Así la STC 49/1985, cuando sostiene que: “Lo que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley exige no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en *desigualdad no justificada* en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, es decir, como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado (S. 63/1984). Basta, pues, que exista dicho cambio de criterio para que la sentencia, que sigue estableciendo un pronunciamiento desigual, no incurra en inconstitucionalidad.” FJ 2º.

Esto desde luego, no significa que en todos los casos el Tribunal se haya inhibido de actuar, pues en tal caso, simplemente estaríamos ante la ausencia total de tal principio en la jurisprudencia del TC³³. La jurisprudencia que da cuenta de su presencia habla de unos criterios y de las dificultades en que se cierne esta delimitación, con ello volveremos luego, por ahora reiniciemos el tema con una pregunta que parece estar en la base de la jurisprudencia del TC.

6. ¿Por qué valen los precedentes en la aplicación del derecho?

Todo lo anotado de modo muy general hasta aquí sobre el tema de la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, nos lleva ahora a una reflexión de mayor profundidad. ¿Cuál es la razón por lo que un Juez o un órgano colegiado haya de verse obligado a decidir en base al pasado?. La jurisprudencia práctica americana, de cuya tradición viene la vinculación al precedente, parece haber afirmado esta doctrina en un razonamiento muy simple. Es la previsibilidad de las decisiones de los jueces y la seguridad jurídica que debe ofrecer el sistema jurídico, lo que estaría en la base de una obligación tal³⁴.

En la tradición continental no obstante, ni existe una vinculación en tal sentido al precedente, ni existe acaso una definición consensuada de lo que debe entenderse por precedente³⁵. Así, por precedente puede entenderse a las decisiones del mismo órgano que haya dictado con anterioridad, o a las decisiones de órganos situados en instancias superiores (precedente vertical) o, simplemente de órganos situados en el mismo nivel (precedente horizontal). Sin embargo, si el fundamento de tal mandato, hay que buscarlo como ha sugerido Marina Gascón, en el imperativo kantiano de la universalidad, entonces quizá haya de contentarnos con la comprensión de precedente aplicable a cualquier órgano unipersonal o colegiado que tiene a sus espaldas una solución anterior a la que en

33. La mayor parte de las decisiones en esta materia son inhibiciones como lo ha llamado Ollero Tasara, quien además, al menos en el periodo por él investigado, da cuenta de una enorme cantidad de desestimaciones de recursos de amparo, en unos cuadros puestos al final de su obra que son muy útiles y dan una idea de lo que estamos hablando, lamentablemente su texto es de 1989, con lo cual no es posible afirmar con rotundidad lo que habrá venido pasando en los últimos años respecto de las admisiones y pronunciamientos sobre el fondo.

34. Tomo el resumen de Taruffo, M., “2ª lección: El precedente”, en, *Cinco lecciones mexicanas...* cit., pág.37.

35. Alguna aclaración nos ofrece sobre el particular Marina Gascón, cuando sin entrar en las disquisiciones sobre los tipos de precedentes o las gradualidades en su respeto y aplicación, plantea la regla de la universalidad kantiana como el fundamento común a todos y plantea al mismo tiempo cómo en el autoprecedente despliega su mejor argumento la regla de universalidad. Cfr., op. cit., pág.37.

cierto modo estaría vinculada, puesto que al final, “la universalización viene a representar una última trinchera de racionalidad”³⁶.

De otro lado, y aun cuando es cada vez más marcada la presencia de la jurisprudencia en las decisiones de los Tribunales del *civil law*, no siempre ello supone como lo pone de manifiesto Taruffo, una vinculación al precedente institucional, sino más bien se trataría de su invocación con una clara vocación “persuasiva” en la argumentación judicial³⁷.

Así las cosas, si cabe hablar de precedente institucional en el sistema español, ésta debe referirse, en todo caso, a determinadas sentencias del Tribunal Constitucional³⁸, con lo cual el “gran público” ha de quedar a merced de las vacilaciones de la jurisprudencia de los jueces ordinarios, que en muchos casos, en el mismo día pueden dictar dos resoluciones contradictorias incluso, sin que ello pueda significar violación a la cláusula general de igualdad en la aplicación de la ley según la doctrina del TC, siempre que venga “justificada”.

Otra cosa es, cómo en la práctica las decisiones sobre todo de los órganos superiores, llegan a convertirse en verdaderos referentes para los órganos inferiores, pero esto no es porque exista la institución del precedente sino por que como anota el Profesor Nieto, “los tribunales inferiores saben perfectamente que si se apartan del precedente sentado ya por el Tribunal Supremo, corren el probable riesgo de ver revocadas sus sentencias en el correspondiente recurso de apelación o casación”³⁹. Así, también para los abogados resulta un argumento altamente persuasivo, el encontrar una sentencia anterior, sobre todo si es de la misma Sala o tribunal donde se ventila la causa, pues esto asegura un resultado favorable y puede ayudar mejor que la invocación de la propia legislación incluso.

36. Vid. M. Gascón, op.cit., pág. 33. El propio TC, parece también auto vinculándose a sus propios precedentes en estos términos según creo, cuando establece en una de sus decisiones, “Pues bien, el análisis y la resolución de esta queja por desigual aplicación judicial de la Ley deben ser, en el presente caso, iguales a los que este Tribunal realizó, en supuesto sustancialmente idéntico, en Auto de 1 de julio de 1987 (RA 438/1987), resolutorio de recurso en que las alegaciones del recurrente eran semejantes a las aquí formuladas” (STC 83/1988, FJ 2º).

37. Taruffo, M., “Dimensiones del precedente judicial”, en, *Cinco lecciones mexicanas....* cit., pág. 194.

38. Esto a partir del artículo 164.1 de la CE, donde se ha reservado “efecto frente a todos”, sólo a las sentencias que “declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho...”

39. Nieto García, A., “El precedente judicial”, en, *Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pág. 635.

Pero de otro lado, tampoco es que institucionalizando al precedente y volviéndolo obligatorio se esté en una mejor posición frente a la preservación de la cláusula de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley. En esta línea la profesora Marina Gascón⁴⁰ ha anotado, que respetando al precedente (en cualquiera de sus versiones decimos nosotros), es posible, y de hecho ha ocurrido con frecuencia, que se llegue a decisiones que sin embargo son contrarias al principio de igualdad y, viceversa, la justificación basada en la igualdad entendida como igualdad sustancial, puede significar el sacrificio de cierta tendencia en la jurisprudencia.

Si esto es así, todo apunta a que el verdadero fundamento que hace que un determinado Tribunal o un Juez, deba respetar sus decisiones pasadas (precedentes en sentido genérico) porque esto hace predecible su legitimidad como juez del futuro, hay que buscarlo, no en el “desdibujado” ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley, sino más bien, en una *regla de justicia formal*. Es más, como ha anotado la profesora Gascón, “se hace un flaco favor a la igualdad identificándola, en cualquiera de sus modalidades, con la observancia del precedente”⁴¹.

Como ha sostenido en este punto, Leonor Moral siguiendo a Perelman, “la regla de justicia formal puede que sea el más evidente de los fundamentos del precedente judicial... Es además el primer requisito de la racionalidad; la exigencia de tratar igual a lo semejante frente a la arbitrariedad de las decisiones... La tesis según la cual la relevancia de los precedentes judiciales radica en su valor justificativo encuentra en el principio de justicia formal el mejor argumento”⁴².

Esto sin embargo, traslada de modo inevitable la trascendencia de la aplicación del precedente de su inicial vinculación al artículo 14 de la Constitución en su vertiente de garantía de “igualdad en la aplicación de la ley”, al artículo 24.1 en su manifestación adscripta de derecho fundamental a la justificación racional y razonable que se impone en cualquier decisión jurisdiccional.

7. El Derecho fundamental a la sentencia debidamente justificada, como garantía final de la igualdad en la aplicación del Derecho

Sin entrar en toda la dimensión del problema, he querido presentar en este punto y casi al cerrar mi trabajo, la “construcción jurisprudencial” del TC para legitimar

40. Gascón Abellán, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, págs. 57 y 58.

41. Gascón Abellán, op. cit., pág. 59.

42. Moral Soriano, L., *El precedente judicial...* cit., pág. 136.

su intervención en el razonamiento de la justicia ordinaria, en relación a la tutela de la igualdad en la aplicación de la ley. Con este intento me propongo dos objetivos. Primero evidenciar los “artificios” en el proceso de formación de tales *estándares o test* y, segundo, evidenciar los problemas que presenta la aplicación formal de estos artificios en un caso concreto, con la finalidad de poner al descubierto una práctica bastante generalizada por el Tribunal Constitucional, esto es la “construcción” de *test* o estándares, que luego funcionan como reglas de solución para casos similares, extendiendo así la aplicación del precedente jurisprudencial⁴³.

Es cierto que el TC, si bien con muchas “auto inhibiciones”⁴⁴, ha podido decantar una cierta doctrina jurisprudencial para el control de las violaciones del artículo 14 en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, pero antes ha dejado al descubierto una serie de cuestiones que ahora examinaremos, puesto que en última instancia pareciera que lo que queda es de nuevo, la necesidad de un reforzamiento del derecho fundamental de la justificación racional y razonable, como garantía o derecho que esta vez bebe sus fuentes ya no sólo del artículo 24, sino también del artículo 14 de la Constitución, al convertirse en una especie de garante de la igualdad en la aplicación de la Ley.

La cláusula que rige desde una perspectiva de argumentación racional y que está detrás de este razonamiento, es según Alexy, una carga de argumentación para quien desee apartarse de un precedente establecido, como mandato del control racional de la decisión. Así, las reglas de uso de los precedentes en la teoría de Alexy serían: 1) Si puede deducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo, y 2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación⁴⁵.

8. El Test para el control constitucional de la desigualdad en la aplicación de la ley

Un buen resumen de la doctrina jurisprudencial del TC sobre el *test* o estándar para el control de la violación por parte de la justicia ordinaria del principio

43. El más desarrollado de estos estándares es sin duda el de proporcionalidad, elaborado sobre todo para el control de constitucionalidad de leyes que violan derechos fundamentales, pero de modo especial para resolver conflictos entre derechos. El test de la justificación suficiente para el caso de la igualdad será la que aquí analizaremos.

44. Ollero Tasara, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989, pág. 51.

45. Alexy, citando su *Teoría de la argumentación jurídica*, (pág. 339 en la versión alemana), en *Teoría de los derechos fundamentales...* cit., pág. 537.

SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL
DE LA LEY Y LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE PRECEDENTE
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ESPAÑOL

de igualdad en la aplicación de la Ley, viene desarrollado en la STC 210/2002, lo llamaremos *el test para el control constitucional de la desigualdad en sede jurisdiccional*. Aquí el Tribunal ha sostenido que cuando de revisar si se ha violado o no el artículo 14 de la Constitución en cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley se refiere, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

“**1) La acreditación de un *tertium comparationis***, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 132/2001, de 7 de junio, FJ 2 y 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4, por todas)”.

Conviene detenernos punto por punto para esclarecer los supuestos. Se trata en este primer punto de comparar decisiones de; 1) un mismo órgano que, 2) en casos sustancialmente iguales, 3) hayan resuelto en forma contradictoria. Estos tres elementos de comparación, pueden llevarnos, sin embargo por “camino del desierto” y no aportan según creo, mayores elementos para objetivar una defensa de lo que debe entenderse por igualdad como una garantía formal general. De este modo, que un mismo órgano resuelva los casos que se le plantean con cierta coherencia, no garantiza según entiendo, que los ciudadanos se vean sujetos a tratamientos dispares en un sistema con muchos jueces que pertenecen a distintos “órganos” y que pueden decidir en distintos lugares sin ninguna posibilidad real de control de la homogeneidad en la interpretación de la Ley en términos generales. Con lo cual, lo que aparentemente se estaría exigiendo no es tanto el respeto a la igualdad sino a un mínimo de coherencia y racionalidad⁴⁶.

2) “La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir de «la referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en la aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo (SSTC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ 2; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 74/2002, de 8 de abril, FJ 3 y 111/2002, de 6 de mayo, FJ 2)”.

Por “alteridad”, el TC ha comprendido una referencia al “otro” tratado de mejor forma. Esto parece obvio, aun cuando también podría alegarse vulnera-

46. Así lo entiende también, si he seguido bien Ollero Tasara, A., op. cit., pág. 55.

ción del principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando nos encontremos frente a “otro peor tratado”. Me explico, cuando el Tribunal ha establecido este criterio, parece haber tenido en frente un supuesto de hecho que acontece en el tiempo con “anterioridad”⁴⁷ como punto de comparación, de tal modo que coherente con esto, el “otro mejor” tratado sólo está hacia atrás históricamente; sin embargo es perfectamente posible que ello ocurra también con posterioridad y sin embargo ello no podría ampararse a partir de este criterio establecido por el TC⁴⁸. Sin embargo admitiendo esta interpretación, tampoco en este supuesto hay una garantía para la universalidad de personas que reclaman igual trato. El “otro” es uno con relación a un órgano judicial determinado, y dentro de este incluso, de una Sala o magistrado específico como veremos en seguida⁴⁹. No es pues de nuevo la igualdad lo que aquí está en juego, sino la coherencia y razón expresadas en una sentencia que no respeta unos límites mínimos de la razón práctica y de la regla de universalidad exigibles en el ámbito de la justicia.

47. Así en la STC 24/1990, donde se ha establecido que “Lo que el recurrente pide es igualdad en la aplicación jurisdiccional de normas legales. Ahora bien, el término comparativo que ofrece en relación con la sentencia de la Sala de Murcia está constituido por otras que son de fechas posteriores a la recurrida y que provienen de órganos judiciales distintos. En consecuencia, la impugnación debe ser rechazada en aplicación de la reiterada doctrina de este Tribunal *que ha establecido, por un lado, que no cabe apreciar infracción del art. 14 en la aplicación judicial de la ley cuando la resolución a la que se atribuye tal lesión se compara con otras posteriores, ya que, en tal caso, no existía término comparativo sobre el cual fundar el juicio de igualdad (AATC 389/1982 y 1104/1987)*, y, por otro, ha reiterado la exigencia de que la comparación se efectúe entre resoluciones de un mismo órgano judicial que decidan de forma distinta casos sustancialmente idénticos sin que medie razón para ello.” FJ 3º (cursiva nuestra).

48. Se me ocurre por ejemplo un caso donde se solicita autorización municipal para construir en determinado lugar y es negado por la administración municipal, luego llegado el caso ante un recurso contencioso, el Poder Judicial ha confirmado esta decisión del Municipio y el caso ha concluido en Cosa Juzgada, pero luego este ciudadano se entera que con posterioridad, un vecino suyo, ubicado en la misma localidad, ha logrado la misma autorización sin ningún problema sin que haya mediado nueva legislación sobre el tema sino simple cambio de criterio de la administración. ¿No podría entonces recurrirse en este caso directamente a un amparo?, pese a estar concluido el proceso judicial sin posibilidad de recurrir?. Esta doctrina del tribunal no parece del todo coherente también en este punto.

49. Así la STC 46/1996, se ha referido a la necesidad de que la “identidad” llegue incluso a los propios magistrados: “El examen de las tres sentencias que se aportan como término de comparación revela que, si bien todas ellas han sido dictadas por la Audiencia Provincial de Vitoria, no lo han sido por la Sección Primera, constituida como Tribunal Unipersonal por el Ilmo. Señor Magistrado Don Julen Guimón Ugartechea. Ello impide estimar que nos encontramos ante el mismo órgano judicial, pues si este Tribunal ha declarado reiteradamente que las distintas Secciones de las Audiencias Provinciales deben reputarse órganos judiciales diferentes a los efectos de la igualdad en la aplicación de la Ley (SSTC 134/1991, 183/1991, 86/1992), *por el mismo motivo ha de sostenerse que cuando nos hallamos ante sentencias dictadas por Magistrados diferentes que, aunque pertenecientes a una misma Audiencia o Sección, actúan constituidos como órganos judiciales unipersonales, no estamos ante el mismo órgano judicial* a los efectos del art. 14 CE, pues, en otro caso, se vería afectada la independencia judicial de los Jueces y Magistrados que se reconoce en el art. 117.1 CE y que les somete únicamente al imperio de la Ley. FJ 5º (cursiva nuestra).

SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL
DE LA LEY Y LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE PRECEDENTE
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ESPAÑOL

3) “**La identidad de órgano judicial**, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 32/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2 y 122/2001, de 4 de junio, FJ 5, entre otras)”.

Sobre la identidad de órganos, la jurisprudencia del TC, ha estrechado en extremo sus criterios según ya anotamos, exigiendo no sólo identidad de Sala, sino incluso de Magistrado dentro de una misma Sala. Esto puede suponer por ejemplo, que la misma Sala cuando emite una decisión cambiando de ponente, es perfectamente posible llegar a una solución distinta a un precedente. Quizá aquí, la única forma de salvar la coherencia venga dada por la dimisión para el caso del magistrado que ha optado por una decisión distinta en una decisión anterior. Pero el asunto se complica si es que no hay votos particulares por ejemplo. Estos son cabos sueltos o preguntas sin responder en la jurisprudencia del TC. El problema es pues, que lo que se exige como término de comparación al ser una decisión anterior del mismo órgano, no parece sujetar al juez respecto del derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley, sino al propio juez respecto de sí mismo, pues lo contrario, es decir, la posibilidad de que la comparación pueda ser hecha con cualquier decisión de un órgano judicial de un mismo Estado que debe garantizar tal derecho, sería “incompatible con su independencia”⁵⁰.

4) “**La ausencia de toda motivación** que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado (por todas, SSTC 122/2001, de 4 de junio, FJ 2 y 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3), *bien lo sea con quiebra de un precedente inmediato en el tiempo y exactamente*

50. En este sentido el profesor Rubio Llorente se ha preguntado por ejemplo, “¿por qué no aplicar el mismo criterio a los distintos colegios decisorios a través de los cuales actúan las Salas del Tribunal Supremo o de los Tribunales superiores y enfatizar por el contrario que “la composición personal no afecta a la mismidad del órgano” (STC 177 y 269/1993), un criterio que ciertamente obligaría a considerar que cada juzgado es siempre el mismo, lo ocupe quien lo ocupe?”. Luego ha concluido este razonamiento respondiendo: “Si el órgano es siempre el mismo, hay buenas razones para sostener que deben considerarse partes de un sólo órgano todas aquellas unidades decisorias, colegiadas o unipersonales, entre las que se reparten por turno o mediante cualquier otro procedimiento automático los asuntos de un mismo ámbito territorial. Si por el contrario la unidad está en la persona o personas, cada unidad decisoria es distinta de las demás, con independencia de cual sea su encuadramiento formal.”, op. cit. págs. 154 y 155.

igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5, y 152/2002, de 15 de julio, FJ 2), y ello, a fin de excluir la arbitrariedad o inadvertencia (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2, y 193/2001, de 14 de febrero, FJ 3).

También hemos dicho –continúa el TC sobre este punto- que la justificación a que hace referencia el último de los requisitos señalados *no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada* (entre muchas, SSTC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4; 108/1988, de 8 de junio, FJ 2; 200/1990, de 10 de diciembre, FJ 3, y 201/1991, de 28 de octubre, FJ 1). En suma, «lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales» (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 25/1999, de 8 de marzo)⁵¹.

Este es sin duda el requisito más difícil de cumplir para quien alega violación del artículo 14 en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley. Ya se ha adelantado las dificultades que presenta la intervención del TC en las “razones del juez ordinario”, esto es, la posibilidad de control de la motivación. A esto ahora hay que sumar las auto-limitaciones que se ha impuesto el Tribunal en esta tarea, así la aceptación por ejemplo de las motivaciones “implícitas” como válidas para “quebrar el precedente”, además de esto, las incertidumbres en que se mueve la jurisprudencia y la propia doctrina cuando se trata de delimitar los contenidos de una “motivación razonable” o adecuadamente justificada, situación que hemos venido abordando a lo largo de este trabajo.

La justificación del cambio de precedente es sin duda, uno de los requisitos mas vacíos en cuanto a contenido objetivable se refiere en el test propuesto por el TC y significa un espacio para la discreción del TC que en algunos casos ha admitido como válida cualquier justificación, incluso una no existente. De este modo, el requisito de la “debida motivación” del cambio de precedente, es todavía un asunto nada claro y más pareciera que se trata de un “recurso bajo la manga” del Tribunal que le permite en alguno casos actuar y en otros abstenerse, en suma, un recurso peligroso, que ha llevado ha hablar de la “esteriliza-

51. Reproduzco el íntegro del fundamento 3º de la sentencia por su valor en este punto.

ción”⁵² del mismo recurso de amparo como remedio para las violaciones del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.

9. Un caso para el test

Para que algunas de las aseveraciones que se han venido haciendo con relación a las dificultades que presenta la tutela de la *igualdad en aplicación jurisdiccional de la ley* no queden sólo como anotaciones en abstracto, he querido traer aquí un caso concreto para analizar cómo vienen funcionando estos criterios en la jurisprudencia del TC. El caso que propongo aquí está resuelto por el TC en la STC 122/2001. En este caso creo que aparece con bastante claridad, lo poco “garantizado” que está en este *test* o estándar la igualdad, que de igualdad en la aplicación de la ley, una vez violada, se convierte en desigualdad sustancial permitida por el Tribunal Constitucional sin mayor reparo, como lo muestra el caso.

Un resumen apretado se puede reconstruir a partir de los datos de la sentencia en los siguientes términos: se trataba de dos Tenientes del Cuerpo de Ingenieros Aeronáuticos del Ejército del Aire, Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, que recibieron por la misma Orden 722/15727/88, de 25 de agosto (BOD núm. 170) una beca para estudiar la carrera de Ingeniero Aeronáutico Superior, con arreglo a la Orden Ministerial núm. 32/1977, de 30 de diciembre de 1976, modificada por la Orden 522/02862/81, de 2 de noviembre.

Durante la realización de los estudios, ambos fueron ascendidos al empleo de Capitán de la Escala de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, por las Resoluciones 762/05716/94, de 17 de mayo (BOD núm. 101) y 762/13305/93 (BOD núm. 101), respectivamente. Sin embargo, tras finalizar la carrera, ambos ingresaron en la Escala Superior del Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire con empleo de Teniente por las Ordenes 726/1251/94, de 25 de octubre (BOD núm. 137) y 762/08433/95, de 11 de junio (BOD núm. 137), respectivamente.

Las anteriores Resoluciones fueron impugnadas ante la Audiencia Nacional respectivamente por los dos recurrentes, correspondiendo inicialmente su trami-

52. Así Rubio Llorente, quien encuentra que estos problemas estarían vinculados no a la “pasividad del Tribunal frente a los jueces”, sino por el contrario, sería el resultado inevitable de haber emprendido un camino equivocado, que se habría hecho en determinado momento “con toda la buena voluntad del mundo, pero sin una comprensión adecuada de la jurisdicción constitucional y sus límites” op. cit, pág. 155.

tación a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y dando lugar a los recursos núm. 5/1336/1994 (Sr. Talavera Iniesta) y núm. 5/1606/95 (Sr. Perandones de la Fuente). En los respectivos escritos, los actores manifestaban su disconformidad con el empleo de Teniente, conferido por las citadas Resoluciones, reclamando su derecho a ingresar en la Escala Superior del mencionado Cuerpo como Capitán. Las pretensiones en ambos recursos se fundaban asimismo en idénticos argumentos, a saber, que las disposiciones vigentes en el momento de serles concedidas las becas (Orden Ministerial núm. 32/1977, de 30 de diciembre de 1976, modificada por la Orden 522/02862/81, de 2 de noviembre) debían ser respetadas, sin que pudiera afectarles la Orden 722/15917/89, publicada durante la realización de los estudios, y que modificaba las anteriores normas.

Como será fácil comprender, una situación como la presentada, significa un supuesto de similitud de causas al punto que un abogado podría preguntarse por qué no se acumularon en un sólo expediente por ejemplo. El asunto es que al final se trató de dos asuntos o causas, donde ambos lo que solicitaban es el reconocimiento de su condición de Capitán luego de los estudios concluidos y no el de Teniente que es el grado que venía puesto en la resolución que impugnaban. Sin embargo, por esa posibilidad siempre abierta de la interpretación diversa que ofrece el ordenamiento, las soluciones fueron radicalmente diferentes. A uno se le amparó y a otro no. Veamos ahora lo que sucede cuando se llega al TC, para que “garantice” esta violación del derecho.

El TC, con toda la batería de criterios elaborada desde sus primeros años, empieza la disección del caso, confrontando uno a uno estos requisitos: así, el primer requisito en el que se detiene es la semejanza o similitud en los hechos, este es un requisito que salta a la vista sin mayor problema; el segundo requisito en el test es que sea el mismo órgano el que haya dado la decisión (empieza el encasillamiento en las fórmulas), más de dos páginas utiliza el TC para convencerse de que la Sección-bis de la Sala 5ª de la Audiencia Nacional, que se abrió por problemas de gestión administrativa y donde además había participado uno de los magistrados que suscribe la sentencia que sirve de comparación, aunque no en calidad de ponente, puede ser considerado como un mismo órgano. Dos de los “requisitos” formales ya habían pasado cuando entra a analizar el tercero, se trata ahora dice la sentencia del TC en su argumento 6º, de “examinar si la sentencia impugnada resolvió en un sentido distinto al de la sentencia de contraste, sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que dicha motivación pueda deducirse razonablemente de sus términos.”.

SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL
DE LA LEY Y LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE PRECEDENTE
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ESPAÑOL

Esta sí que es una valla difícil de pasar, puesto que se trata de nuevo, de “hurgar” en las razones del Juez. Ya habíamos visto en ocasiones anteriores, cómo es que en algunos casos el TC simplemente se ha declarado inhabilitado constitucionalmente para este ejercicio, declarando que ello en todo caso debiera corresponder a la jurisdicción ordinaria⁵³. En el presente caso no obstante el TC ha ingresado a analizar las razones de las dos sentencias; “Según la primera, superados los estudios se concedía el empleo de Capitán, mientras en aplicación de la segunda fue promovido al «empleo militar que de acuerdo con la legislación militar corresponda», que según la Ley 17/1989, de 19 de julio, que regula el Régimen del Personal Militar Profesional, era el de Teniente”⁵⁴.

El salto a la solución del caso es del todo confuso en la sentencia y no hace sino constatar que se trata de razones diferentes en ambas sentencias, en uno de los casos incluso aparece al final como “auxilio argumentativo” un supuesto caso similar que antecede a la sentencia impugnada y que habría sido resuelto de forma similar, con lo cual el Tribunal termina por denegar el amparo solicitado.

Si en un caso como éste, los “criterios” desarrollados por el TC para permitir la defensa de la igualdad en la aplicación de la ley no funcionan, la conclusión parece evidente. La construcción del estándar o test por parte del Tribunal en este punto, no sirve a la hora de su invocación, o para decirlo en tono más moderado, los criterios permiten con demasiada facilidad y artificio desamparar antes que amparar. Permiten que unos ciudadanos tengan más privilegios que otros que tienen los mismos méritos y que comparten los mismos esfuerzos como estos dos militares, que luego, uno termina como Capitán y otro continúa como Teniente. Pero finalmente como hemos constatado, los criterios permiten al Tribunal distraer su argumentación en cuestiones formales sin atender la dimensión material de la justicia del caso.

La solución presentada no es ni razonable, entendida como justa, ni creo que responda con efectividad al derecho a una sentencia justificada, pues no pasa un

53. Así en su sentencia 63/1984, cuando dejó establecido con mucha deferencia con el Poder Judicial, que “Ello es así porque, cuando se plantea uno de estos supuestos, es preciso compatibilizar el principio de igualdad con la autonomía de los órganos judiciales en el ejercicio de su exclusiva competencia de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la CE) que impide que este TC pueda entrar a valorar la causa justificadora del cambio de criterio judicial” (FJ 4º). Luego sin embargo es evidente que este criterio parece abandonado en sentencias posteriores, cuando el TC no encontró más remedio que entrar en las “razones” para evaluar si se trataban de justificaciones “razonables”.

54. Cito tal cual aparecen en la sentencia 122/2001, FJ 6º.

test elemental de coherencia. La “doctrina jurisprudencial” aquí parece que antes que esclarecer nubla la mirada racional del juez constitucional.

10. La clave es la justificación. A modo de conclusión

El caso propuesto para someter a análisis los criterios desarrollados por el TC para la defensa en amparo de la igualdad en la aplicación de la ley (STC 210/2002), parece darnos al final una esperanza. Vista la frustración que nos produce el sometimiento de un caso de flagrante desigualdad en la aplicación de la ley, a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del TC sin respuesta satisfactoria, otras soluciones parecen necesarias. Se trata según esta consideración del Tribunal, que la falta de justificación “razonable” ahora transgrede no sólo el derecho a la tutela judicial, sino también al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley⁵⁵, por lo que su delimitación y desarrollo jurisprudencial parecen indispensables como derecho fundamental.

En realidad, el Tribunal desde el inicio de su jurisprudencia sobre el tema, había ya incluido la necesidad de una “motivación razonable” a la hora de apartarse de un precedente determinado⁵⁶ para establecer si amparaba o no un asunto sometido a su jurisdicción por violación de la igualdad en la aplicación de la ley. Sin embargo, hasta ahora, el control de este derecho por parte del TC ha sido no sólo bastante dificultoso sino en muchos casos frustrante desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales que le viene encomendada por la Constitución.

Con todo, parece que nos encontramos ahora ante un nuevo argumento que apoya nuestra tesis a favor de una delimitación necesaria respecto del derecho

55. Así se lee en esta sentencia, “.....pues la sentencia impugnada se limita a negar la admisibilidad del recurso negando lo que admitió en la sentencia de contraste, sin referencia alguna a los motivos que movieron al juzgador a dar una respuesta distinta a un supuesto idéntico sólo unos días antes. En consecuencia, la decisión judicial cuestionada carece de una justificación razonable que permita excluir la posible apreciación de arbitrariedad en el cambio de criterio efectuado, lo que la convierte no sólo en lesiva del art. 14 CE, por desigual aplicación de la ley, sino que, además, como dijimos en la STC 150/2001, 2 de julio, FJ 4, resulta también lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que la solución alcanzada resulta arbitraria en la medida en que dos ciudadanos han obtenido distintas respuestas en supuestos de hecho idénticos sin que medie un razonamiento que así lo justifique. (FJ 4º cursiva nuestra).

56. Así venía ya señalada en la STC 49/1982, considerado por Suay Rincón el *leading case* en esta materia, véase en “La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional”, en Poder Judicial núm. 4, 2ª época, CGPJ, Madrid, 1986, pág. 99.

SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL
DE LA LEY Y LA JUSTIFICACIÓN DEL CAMBIO DE PRECEDENTE
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC ESPAÑOL

autónomo a la justificación suficiente de la sentencia. Un desarrollo basado en su autonomía permitiría, según creo, por lo menos dos importantes cuestiones: 1) primero un mejor y más estricto control por parte del propio Tribunal Supremo respecto de las decisiones de los Jueces, pero además, 2) permitiría que el TC elabore una mejor y más estricta doctrina sobre lo que supone este concepto indeterminado de “justificación suficiente”.

Por ahora su alto valor nos pone precisamente ante la posibilidad de que a través de una buena justificación del juez, éste pueda hacer justicia en el caso concreto sin que un precedente pueda impedirle; pero al mismo tiempo, su falta de precisión, permite que so pretexto de que estamos ante una “suficiente” o “razonable justificación”, muchos casos como el analizado, terminen en soluciones injustas desde todo punto de vista.