

EL VALOR DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN MATERIA DE IGUALDAD*

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho (Acreditada como Catedrática)

Universidad de Alcalá

Resumen: En este trabajo se estudian los precedentes judiciales a la luz de la igualdad en la aplicación del Derecho y de la seguridad jurídica. Dicha cuestión se considera desde la teoría defensora de que el Derecho es creado por el legislador y los jueces lo aplican a los casos particulares; la que promueve que el Derecho abarca toda clase de normas, tanto generales como individuales, y que los jueces lo crean; y la que sostiene que los jueces pueden llegar a componer Derecho excepcionalmente. Por otro lado, es subrayable que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley actúa como si se tratara de un parámetro determinante de la adecuación de las resoluciones judiciales a la Constitución.

Palabras clave: Precedentes judiciales, igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica.

Abstract: This study focuses on judicial precedents within the continental system in the light of equality in the application of Law and legal security. This question attempts to provide an answer to the debate which has arisen between those who maintain that Law is created by the legislator and that judges apply it to specific cases; those who promote the argument that Law spans all manner of rules, both general and individual; and those who hold that judges can create Law in exceptional circumstances. In addition, it is highlighted that the principle of equality in the judicial application of Law acts as if it were a determining parameter of the adaptation of court decisions to the Constitution.

Keywords: Judicial precedents, equality in the application of Law, legal security.

SUMARIO: I. EL MODELO INICIAL EN LAS CUESTIONES DE LA IGUALDAD. II. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY. III. LA CONSISTENCIA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES. 1. El juego de la igualdad y la seguridad en los precedentes. 2. El Tribunal Constitucional y los precedentes judiciales. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL MODELO INICIAL EN LAS CUESTIONES DE LA IGUALDAD

Tendríamos que llegar a la STC 49/1982, de 14 de julio, f.j. 2, para que se estableciera una diferenciación nítida en el plano de la interpretación de la

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” del Ministerio de Ciencia e Innovación de España. CSD2008-00007, y del Proyecto sobre “Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX” (DER-2008-03941/JURI), del Plan Nacional de Investigación científica, Desarrollo e Innovación tecnológica (2008-2010).

Constitución entre la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley. Sin embargo, lo constatado en esta primera sentencia se fue matizando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta el punto de dictar la número 63/1984, de 21 de mayo, f.j. 4, que decía “el principio de igualdad en la aplicación de la ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, reduciendo la intervención de este Tribunal mediante el amparo a considerar la existencia del mismo”.

La lectura de estas afirmaciones es que la igualdad que el legislador ha dictaminado en la regla se caracteriza por no tratarse de una igualdad absoluta, sino por depender del criterio que ha servido de inspiración de la mencionada regla, de las ventajas y de las desventajas que hay que distribuir y de la cantidad de personas que hay que estimar por ser sus destinatarios. Desde la teoría formalista del Derecho, la infracción de la regla significa la violación del principio de igualdad en la medida que la igualdad de tratamiento es consecuencia de que la regla exista y se obedezca¹. Los principios de igualdad en la ley y de igualdad social se implican necesariamente. Como bien expresa Pérez Luño, del estudio de la evolución constitucionalista en los Estados liberales se desprende que el principio de igualdad en la ley se defiende de forma constante, uniéndose al de la soberanía popular. En esta dirección, la igualdad en el contenido de la ley se entiende de distintas formas como demanda de generalidad que se identifica con la generalidad y abstracción de las normas jurídicas, requiriéndose los requisitos de la impersonalidad y la universalidad.

Partiendo del modelo hermenéutico implantado por San Agustín, gracias al que en la Edad Media se proyectó la tarea de buscar la verdad del texto dentro de su significado profundo, autores como Grocio, Pufendorf o Domat, ejecutaron un método simplificador de las reglas de exégesis medievales. El racionalismo hizo también que entraran mediaciones como las interpretaciones teleológica e histórica, y la modernidad instauró un orden de correspondencias entre el cambio de su régimen histórico y el nuevo modelo de juridicidad, teniendo gran fuerza la renovación en la teoría hermenéutica. El método lógico-deductivo descansó sobre los planteamientos epistemológicos del Derecho natural racionalista y siguió vigente o se perfeccionó durante el siglo XIX, particularizándose la metodología jurídica moderna por el desarrollo de rasgos formalistas. Hasta el siglo XIX, la racionalidad formal del método jurídico fue concebida de dos formas distintas, se construyó en sentido lógico y conceptual y, luego, después de los comienzos de la centuria, la racionalidad formal de la certeza del Derecho pasaría a reconstruirse institucionalmente desde las instituciones y mecanismos legales desenvueltos por la estructura del sistema jurídico cada vez menos simple².

¹ BOBBIO (1995): 17 y 18.

² MONTESQUIEU (2007): libro XXIX; PECES-BARBA MARTÍNEZ (2000): 3-18; PÉREZ LUÑO (2007): 20 y ss.; SANTAELLA LÓPEZ (1995): 128 y ss. Ver también COLORNI (1976): 93 y ss.

La igualdad en la ley en la Europa de las monarquías constitucionales prosiguió un camino lleno de obstáculos. Quedó exenta de toda revisión efectiva como derivación de la supremacía de la acción del legislativo y de la falta de controles de constitucionalidad que estaban fuera del Parlamento, y la igualdad en la aplicación de la ley miró a la exclusión de la arbitrariedad del poder ejecutivo hasta que llegó a coincidir con el control de la legalidad en los reglamentos y actos administrativos. Con tal trayectoria y con las únicas salvedades del camino seguido por EE.UU. y de decisiones aisladas en Suiza, a fines de siglo XIX, y de Austria, a principios de los años treinta del siglo XX, que admitieron el principio de igualdad para controlar el contenido de las leyes, este criterio no se generalizaría hasta terminada la II Guerra Mundial³. Primero, se impondría en Alemania y en Austria y, más tarde, se extendería a Italia, Francia y España⁴.

Esta es una conquista de las revoluciones liberales que se presenta contra las inmunidades del poder del Antiguo Régimen. Apareciendo históricamente como un derecho de primera generación, se liga a los postulados del iusnaturalismo racionalista referentes a que los hombres somos iguales por naturaleza. Los textos más expresivos son el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que establecía: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si 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 distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Posteriormente, el principio de igualdad en la ley se fue incluyendo en las Constituciones posteriores y en los Códigos civiles.

No obstante, la decadencia del legalismo se iría produciendo como efecto del cada vez mayor número de normas. A estos efectos, Bobbio estudia la relación entre el Estado y los ordenamientos menores, de lo que se colige que los ordenamientos estatales son complejos en la medida que son compuestos y están estratificados⁵. Los paradigmas tradicionales alimentadores del Estado de Derecho (tales como la división de poderes, la diferenciación entre legislación y Administración, la demarcación de la esfera pública y de la esfera privada, la separación entre Estado y sociedad civil), y los presupuestos materiales que tradicionalmente se presentan como puntos de referencia del modelo de la democracia económica (el mercado de libre concurrencia) y de la democracia política (el Parlamento) se han transformado⁶. Una aproximación realista a los modelos contemporáneos nos lleva a advertir una divergencia dentro del ordenamiento jurídico entre la proclamación ideal-constitucional del valor, principio y derecho de la igualdad, su grado de plasmación legal y de realización

³ RUIZ MIGUEL (2000): 158 y 159. Ver también HIERRO (2001): 17 y ss.

⁴ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ (2003): 57-60.

⁵ BOBBIO (1998): 259 y ss.

⁶ BARCELONA (1988): 19 y ss.

práctica. Lo que, a su vez, conduce a plantear graves problemas a la hora de establecer las relaciones entre el poder y el Derecho.

En la actualidad, hay una equiparación entre lo que conocemos con el nombre de *legalismo* y la teoría *liberalista del Derecho*⁷, siendo muy adecuado aplicar la tesis de Arnaud en la búsqueda de una serie de paradigmas que sean válidos en el discurso de la igualdad en la ley, la cual constata que la teoría interpretativa de la acción es concebida como una síntesis de las conductas y del sentido social. El análisis interpretativo consiste en un procedimiento del Derecho y de las ciencias sociales que pone de relieve la trascendencia de la lectura que realiza el lector de los textos. Se efectúa por medio de una perspectiva que ha de utilizar la idea y la acción, el sentido y la realidad, la coacción y la creatividad, el poder y la resistencia, el equilibrio y el cambio, el trabajo empírico y la aproximación crítica⁸. El hombre del Derecho positivo occidental contemporáneo se caracteriza por ser un sujeto con causalidades determinables, inmerso en una situación de conflicto o de equilibrio roto que aspira a una solución o a su restauración. Al respecto, Broekman expone tres prácticas discursivas utilizadas en nuestra cultura (en la línea de la teoría de la literatura y de la filosofía de la cultura) transformadoras de lo cotidiano en una realidad jurídica. Estas son: 1) La necesidad de organizar la práctica del discurso y del comportamiento con la categoría del discurso; 2) la necesidad de elaborar secuencias y, sobre todo, causalidades a partir de esta subjetividad; y 3) la necesidad de realizar siempre las dos estrategias discursivas al restablecimiento de un equilibrio⁹.

En el plano de la igualdad en el contenido de la ley, clásicamente el que ha de llevar a cabo la igualdad es el legislador, el cual, entre todos los poderes públicos obligados por el artículo 14 de la CE, es el que queda principalmente comprometido. Él es el que tiene que garantizar un trato igual a los ciudadanos, prohibiéndosele *prima facie* que cree normas discriminatorias. Aquí lo que hace el Derecho es clasificar y justificar, estableciendo los criterios legítimos de acuerdo con los cuales se ha de tratar una situación en términos de equiparación o de diferenciación, apareciendo un límite al legislador¹⁰ (SSTC 330/2005, de 15

⁷ BROEKMAN (1993): 181, el autor resume los factores que intervienen, estos son: “el individualismo atomista, el vínculo mecanicista establecido entre los individuos, el conservadurismo político, la manera en la que se manejan conceptos jurídicos generales y el pensamiento ontologizante de los fundamentos del Derecho”. Europa, como comunidad de valores, se ha configurado por medio de la denominada comunidad jurídica y cultural en la que rigen unos paradigmas comunes: la libertad, la justicia, el bien común, la democracia y las instituciones públicas (HÄBERLE (2000): 124 y 125). Gran relevancia tienen los paradigmas jurídicos, definidos por Habermas como “las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de Derecho en el contexto efectivamente percibido por la sociedad en cada caso” (HABERMAS (2010): 263).

⁸ Las categorías tradicionales no son aprioristas ni imprescindibles, de ahí que algunos centren su trabajo en el tema de la diferencia y de la marginalidad en el Derecho, junto al papel de las fórmulas alternativas en la regulación de la sociedad. Otros, por contra, lo enfocan hacia una aproximación constitutiva. Ver ARNAUD y FARIÑAS DULCE (2006): 221 y ss.

⁹ BROEKMAN (1993): 245 y 250; MIGNONE (1997): 9-11.

¹⁰ MARTÍNEZ TAPIA (2000): 92 y 93. Cfr. también ABRIL (1998); GARZÓN VALDÉS (1981): 43-56; PÉREZ TRIVIÑO (1998).

de diciembre, y 349/2006, de 11 de diciembre). En consecuencia, la norma actúa como el parámetro para apreciar si hay o no desigualdad y no la situación de hecho en la que están los sujetos¹¹.

Es posible que hablemos de la igualdad formal como el objetivo que es prioritario en un Estado social y democrático de Derecho, pero, dadas las transformaciones que se han producido por la concurrencia de la globalización y del localismo, actuando el paradigma de la complejidad ya enunciado, ¿qué instrumentos son los que deben concurrir para que ese dictado se convierta en realidad? En este sentido, los instrumentos clásicos, productos del paradigma de la modernidad, son: el origen democrático de la ley, aseguradora de la imparcialidad; la generalidad, que se expresa en un Derecho constituido por normas generales dirigidas al hombre y al ciudadano en abstracto; y la abstracción, en la medida que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos y situaciones concebibles. En consecuencia, el hecho de que ya no pensemos que todos tienen exactamente los mismos derechos y deberes, sin que al legislador le sea dable incluir ninguna diferencia de trato, se presenta porque en los ordenamientos vigentes se han constitucionalizado intereses jurídicos nuevos que anteriormente no se contemplaban¹².

Hoy, apreciamos una crisis de la ley como fuente exclusiva del Derecho creada por el Estado en favor de los jueces, convirtiéndoles en *auténticos* legisladores para lograr una mayor adaptación de las normas a las demandas sociales¹³. La potestad legislativa se ha de ejercitar adaptándose al ordenamiento de las competencias estatales, apoyada en la delimitación preventiva de tales competencias y, eventualmente, de las directrices señaladas en la Constitución. A la vez que, con referencia a la esfera jurídica, se ha de respetar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás; y con arreglo a las exigencias extrajurídicas, se ha de conducir racionalmente según las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social advertidas en la opinión pública y los postulados del orden constituido¹⁴.

Desde este punto de vista, la objetividad en relación con la igualdad es inteligible con un significado innovador y adaptado a las nuevas situaciones que supera la identificación de este término con la generalidad y la abstracción de las normas, y su remisión a la justiciabilidad de las distinciones empleadas por ellas, es decir, a la exclusión de criterios arbitrarios¹⁵. De forma que ese significado innovador y adaptado se refiere a la descripción en términos fácticos de las categorías que la norma emplea sin que pueda entenderse que este requisito sea requerible, ya que, en caso contrario, excluiría como contrarias a las iguales

¹¹ EZQUIAGA GANUZAS (1994): 69-98; SUAY RINCÓN (1985): 28.

¹² MARTÍNEZ TAPIA (2000): 94; SUAY RINCÓN (1985): 145 y 146.

¹³ PEREZ LUÑO (1994): 62 y ss. Sobre la especificidad de la justicia constitucional, cfr. GASCÓN ABELLÁN (1994): 63-87.

¹⁴ ATIENZA (1997): 77 y ss.; HAWKINS (1995): 11 y ss. y, en general, ver FILANGIERI (1821).

¹⁵ PERONA (1995): 35 y ss.; RUIZ MIGUEL (2000): 164 y 165.

referencias a la buena fe en el Derecho privado o a la mejor oferta en los concursos de bienes o servicios en el Derecho público¹⁶.

II. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY

Clásicamente, la igualdad en la aplicación de la ley se diseña como un derecho absoluto, porque, una vez que ha sido definido por el legislador, el aplicador no puede hacer entre los titulares de los derechos u obligaciones más diferenciaciones que las que ella establece, tratando a todos por igual. El *tertium comparationis* se incluye dentro de la norma y el aplicador ha de considerar lo que dijo el legislador¹⁷. El término de comparación es una situación jurídica que se compone por el hecho más la consecuencia (jurídica) y se contrapone a la situación (jurídica) impugnada. Pero, como se quiere juzgar si hay una similitud entre ellas y la consecuencia es distinta en la práctica, acaba siendo un juicio sobre la similitud o diferencia entre los supuestos de hecho. Ese término se ha de alegar por el actor y no se obliga al tribunal a admitir su validez, no debiéndose aceptar cuando el que se elige es una práctica ilegal, ni cuando entre el supuesto de hecho que se sustancia y el término de comparación alegado haya una diferencia preexistente y originaria¹⁸. Los jueces buscan lo más adecuado, la solución que comporte el menor sacrificio compatible con la mayor satisfacción de otro bien o valor. Sin embargo, en el enjuiciamiento de leyes, aparece una función negativa puesto que se pretenden excluir las soluciones que implican el sacrificio de un principio que no es tolerable en presencia del cumplimiento de otro¹⁹.

Desde estos parámetros, se percibe que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando se estime que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la fundamentación habrá de ser suficiente y razonable. En torno a este punto, el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución española (en adelante CE) dicta que las actuaciones judiciales sean previsibles conforme a las respuestas que se han dado previamente por una idea de coherencia. Pero en lo atinente a la problemática de la previsibilidad, el Tribunal Constitucional ha intentado subrayar el imperativo de conciliar el principio de igualdad con la independencia judicial y la naturaleza dinámica y progresiva de su función; y ha ejercido un control únicamente formal requiriendo que concurren la identidad del órgano judicial, la identidad sustancial de los supuestos de hecho que se enjuician y la ausencia de una fundamentación adecuada que justifique el cambio de

¹⁶ RUIZ MIGUEL (2000): 162 y 163. Sobre el tema tratado, ver GARRIDO (2009).

¹⁷ ATRIA (2000): 111 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK (2004): 71 y ss. Ver, además, las SSTC 238/2001, de 18 de diciembre, y 191/2002, de 28 de octubre.

¹⁸ GIMÉNEZ GLÜCK (2004): 71-75.

¹⁹ PRIETO SANCHÍS (2003): 214.

criterio interpretativo en términos de generalización²⁰. Además de que la fundamentación jurídica de la doctrina constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley la conforman el citado principio de independencia y el principio de legalidad (arts. 117.1 y 3 de la CE). Cada caso puede merecer una estimación distinta a cada juzgador²¹.

El Tribunal Constitucional no puede sustituir al juzgador ordinario a la hora de apreciar las diferencias. Tampoco puede determinar cuál de las dos resoluciones, en el supuesto de que difieran en el sentido tratado, es la correcta conforme a Derecho, ni le es dable actuar como un órgano formador o unificador de jurisprudencia²². El hecho de que las leyes hayan de aplicarse sin tener en cuenta quién es el destinatario plantea problemas que se captan en los conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, debiendo tener toda discriminación una fundamentación objetiva y razonable²³.

En definitiva, en la aplicación de la ley el principio de igualdad es el que prima con respecto a los poderes públicos, e inclusive en el supuesto de la justicia constitucional juega básicamente en su vinculación a la legislación²⁴. La igualdad en la aplicación judicial de la ley no significa algo absolutamente distinto de la igualdad en la ley, su denominador común radica en la coincidencia en la demanda, “que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez [...], para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente”²⁵.

Por consiguiente, es de gran interés centrar el tema de cómo catalogar las sentencias judiciales. En relación con las posiciones que mantienen que son clasificables como normas jurídicas, son ilustrativas las cinco tesis que enuncia Bulygin: a) Las sentencias judiciales encierran normas jurídicas generales y singulares; b) el juez no crea normas individuales, sino generales, por lo menos en algunos supuestos; c) las citadas normas no son obligatorias, si bien pueden adquirir vigencia, en este caso formarían parte del orden jurídico; d) en lo que se refiere a la creación judicial del Derecho, una aportación de gran relevancia es la formulación de definiciones de los conceptos jurídicos; y e) la jurisprudencia se conceptúa como “el conjunto de normas generales vigentes creadas por los jueces y de definiciones formuladas por ellos”²⁶.

Las restricciones que introduce el Tribunal Constitucional se articulan en el contexto de la argumentación justificatoria del cambio de criterio por cualquier tribunal cuando aquel no solo se ha negado a considerar su fondo, sino que también ha llegado a admitir modificaciones criteriológicas en las que la pretendida justificación era implícita deduciéndose que la modificación no era

²⁰ BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ (2003): 116 y 117.

²¹ MARTÍNEZ TAPIA (2000): 140.

²² BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ (2003): 117 y 118.

²³ OLLERO TASSARA (2005): 17.

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN (1991): 295 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): 27 y 28.

²⁵ RUIZ MIGUEL (2000): 23 y ss.

²⁶ BULYGIN (1991): 355.

arbitraria (STC 34/2004, de 8 de marzo, f.j. 3)²⁷. Al respecto, se observa que la posibilidad de que el juez restrinja los derechos fundamentales y la necesidad de resolver colisiones están en el origen de su funcionalidad, al lado de otros factores derivados del desarrollo de la jurisprudencia constitucional española y de su consolidación como criterio de interpretación en casi todos los ordenamientos. En la dimensión objetiva de los derechos, juega, así, el principio de proporcionalidad que no se puede emplear directamente para controlar el cumplimiento de un deber del legislador²⁸. Este principio se conecta con la igualdad, como presupuesto de tratos proporcionalmente diferentes al ser plausible buscar el medio que se considere menos perjudicial sin que se demuestre que la medida adoptada no era necesaria.

III. LA CONSISTENCIA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES

1. El juego de la igualdad y la seguridad en los precedentes

Aquí parto de que la modernidad subraya la trascendencia que tiene la labor desempeñada por los jueces porque se entiende que desarrollan y preservan la libertad y la propiedad de las personas, y de que la aplicación del Derecho reviste una dimensión moral al ocasionarse un riesgo evidente cuando se enjuicia de forma pública la conducta de una persona. No obstante, para completar lo enunciado, interesa aclarar qué se comprende por el bien justicia, definiéndolo en relación al nivel de la adjudicación y la declaración consistente en el señalamiento de a quién y en qué esfera se halla. Otra fase que interesa es la compulsiva, es decir, la que promueve el poder coactivo del Estado para lograr el respeto de tal derecho o para obtener la ejecución de una sanción. En conclusión, de la combinación de los dos aspectos obtenemos que ese bien sería equivalente a la resolución de una incertidumbre en la titularidad de un derecho.

Lo señalado nos sirve para remarcar la relevancia de los precedentes, la cual se debe fundamentar, entre otros, en el principio de igualdad, habiéndose de tener en cuenta que casos iguales tengan un tratamiento similar. En este plano, su justificación por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación, pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia porque, contrariamente, no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es solo reiteración, sino también apartamiento motivado. La explicación recae en que lo importante es el seguimiento justificado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha de valorar tanto para ser seguida como para separarse de ella cambiando el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de comprenderse como atribución de valor relevante a la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y, aún más, el cambio)²⁹.

²⁷ RUIZ MIGUEL (2000): 7-189. Ver, además, GIMÉNEZ GLÜCK (2004): 52, siguiendo a ZOCO ZABALA (2003): 81-97.

²⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS (2000): 147-151; RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): 160 y 161.

²⁹ MORAL SORIANO (2002): 185-187; REQUEJO PAGÉS (1993): 233.

Por lo tanto, la explicación se desenvuelve en cuanto la actividad judicial es una actividad práctica de argumentación racional, expresiva de un compromiso entre la previsibilidad de las decisiones y la justicia vinculada a consideraciones morales o práctico-generales³⁰. Jurídicamente, cabe asumir que un enunciado judicial general que sirve de justificación a una decisión deberá utilizarse en todas las posteriores que consistan en casos idénticos. Además, llegados a este punto, surge el problema de si realmente podemos sostener que existen dos casos idénticos, y si, en la hipótesis negativa, podríamos concluir que los fallos de esos dos supuestos han de ser diferentes. Mas, bajo estas circunstancias, lo que se suele argüir es que, a pesar de que sólo haya relación y no plena identidad porque haya cambiado la realidad, lo normal es que esas modificaciones no se consideren relevantes a tales efectos³¹.

Así pues, la aplicación de los precedentes no significa seguir reglas que existen previamente. En el primer supuesto, me refiero a la forma de estimar razones para *crear* reglas, de lo que se infiere que es necesario considerar una razón para otorgar una solución al caso que se presenta como similar al anterior. De gran relevancia es la analogía para dar solución a supuestos no considerados por el ordenamiento jurídico, construyendo reglas, y para interpretar las reglas legales vigentes. Simplificadamente, la analogía sirve a estos efectos porque se funda en el desarrollo del principio cuyo contenido dicta la tesis aristotélica de que “lo igual debe ser tratado igualmente y lo desigual debe considerarse desigualmente”. Sin embargo, el argumento analógico requiere de un proceso aplicativo de gran complejidad que hace que haya autores que lo estimen como una inferencia, mientras que otros lo valoran como una heurística para encontrar nuevas premisas, comprendiéndose desde la perspectiva de un procedimiento que reviste el intento de conseguir “un equilibrio reflexivo entre la regla generalizada y los juicios particulares de la analogía”³². El artículo 4.1 del C.C. español acoge el argumento en los términos de que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, no obstante, regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. De este modo, observamos que hay cuatro elementos en la operatividad de la analogía: a) Una norma (N) reguladora de un supuesto (S1) al que se aplica la consecuencia (C); b) otro supuesto (S2) el cual no está regulado; c) entre los supuestos (S1) y (S2) existe una semejanza; y d) entre los supuestos (S1) y (S2) hay identidad de razón. De lo que se desprende que los problemas que pueden aparecer consisten en la existencia de lagunas jurídicas y en la determinación de la aludida identidad de razón que requiere una valoración³³.

En relación al precedente judicial y la igualdad, su identificación es muy discutida. En este tema, M. Gascón parte de la distinción que hace el Tribunal Constitucional entre igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, adquiriendo el

³⁰ MORAL SORIANO (2002): 242.

³¹ ASÍS ROIG (1993): 248 y 249; GASCÓN ABELLÁN (1993b): 211-228; VIDAL MARÍN (1996): 239-260.

³² PECZENIK (2000): 96 y 97.

³³ EZQUIAGA GANUZAS (1994): 75.

sentido de interpretación no discriminatoria y de respeto del precedente. La primera traduce la evaluación del criterio en el que se funda la decisión. No hace referencia a otras actuaciones o criterios, y permite la proyección de la interpretación no discriminatoria en relación con las decisiones previas. La segunda se relaciona con la regla o doctrina del precedente, prohibiéndose la modificación arbitraria de criterios en la resolución de supuestos que son idénticos sustancialmente³⁴.

Sobre este aspecto, la solución radica en sustentar que el precedente materializa el principio de igualdad porque hace necesario que se dé un tratamiento normativo igual a los supuestos que reúnen condiciones fácticas semejantes. Si bien M. Gascón sintetiza lo dicho con la fórmula: “si el sujeto A merece B porque se halla en la situación X”, “cualquier otro supuesto en el que concurra X, merece B”, mostrando que solo en la primera de las formulaciones está en juego la igualdad, ya que la segunda se refiere más a un problema de uniformidad en la aplicación de la ley³⁵.

Para la autora, el precedente es un género de motivación especial formulado en la línea de que “hay que interpretar y aplicar el Derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro”³⁶. Pero, según establece la STC 119/1987, de 9 de junio, f.j. 3, “no se impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con eso se incidiría en el círculo de competencias atribuidas constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento”.

La generalidad de las normas jurídicas y el mandato de aplicación uniforme van dirigidos a la realización de la seguridad y certeza jurídicas, más que a la realización del valor de la igualdad³⁷. Esta tesis se sustenta en el rechazo continuo al precedente entendido como enunciado judicial general, suscribiendo la razón genérica de que el artículo 14 de la CE no impone que haya que atenerse siempre a él para resolver cuestiones sustancialmente iguales. En esta dirección, no poder alterar sus criterios interpretativos conduciría a una petrificación de la experiencia jurídica y a cerrar toda posible evolución en la interpretación del ordenamiento (STC 100/1988, de 7 de junio). Con estos argumentos, Asís Roig especifica que, según la jurisprudencia continuada del Tribunal Constitucional, el término de comparación debe consistir en criterios comprendidos previamente en resoluciones que forman una línea jurisprudencial cierta y consolidada, aun

³⁴ ASÍS ROIG (1993): 252.

³⁵ GASCÓN ABELLÁN (1993a): 50 y ss.

³⁶ GASCÓN ABELLÁN (1993b): 59.

³⁷ *Ibidem*.

cuando el no seguirla, por sí mismo, no viola el contenido del citado artículo 14 (STC 304/1993, de 15 de octubre)³⁸.

Sobre el debate en torno a si la igualdad en la aplicación de la ley intenta introducir jurisprudencialmente el precedente judicial, ello queda rechazado en la STC 125/1986, de 22 de octubre, f.j. 2, pese a que se incluye la obligación de que los jueces observen el precedente horizontal, o autoprecedente, y se motive su modificación. Así, el que se excluye es el de carácter vertical, es decir, la obligación de los tribunales inferiores de seguir la doctrina que ha sido establecida por los superiores en casos similares. En resumen, nos hemos de preguntar si con el principio de igualdad en la aplicación de la ley el Tribunal Constitucional introduce algo parecido al autoprecedente flexible³⁹. Pues bien, lo que, a mi parecer, ocurre es que en España se introduce el denominado horizontal flotante, o “vinculación de los jueces y tribunales respecto a sus propias resoluciones tan extraordinariamente flexible que no supone más que una garantía de que un tribunal ordinario no puede cambiar de doctrina en el contexto de una actitud individualizada al caso concreto”⁴⁰. En este sentido, se requiere que la resolución que se separe del criterio seguido en actuaciones anteriores motive el cambio, justificándose la fundamentación de tal motivación en la proscripción de la arbitrariedad. Por otra parte, en un comienzo, se vino reconociendo la motivación expresa del cambio de criterio y, luego, se admitió la posibilidad de que no se formulara expresa o tasadamente, conteniéndose explícitamente en la resolución⁴¹.

Otra cuestión que creo de utilidad es que el precedente puede tener una fuerza obligatoria jurídica, con una sanción, si es que no se aplica, o de hecho, es decir, que, de no aplicarse, haya un alto grado de posibilidades de que, recurrido el caso, el tribunal al que corresponda su resolución dictamine una solución distinta⁴². A estos efectos, resulta interesante la consideración que realiza Aarnio del precedente y, particularmente, de su justificación, quien piensa que solo es parte del material argumentativo sobre el que se apoya la decisión posterior. La predicción del resultado judicial de un litigio es básicamente igual que la actividad dogmática ordinaria, su objetivo es clarificar e interpretar el estado ideal de cosas delineado por las normas jurídicas⁴³. Con esta visión, el juicio de igualdad cobra una dinámica distinta cuando deriva de un cambio en la interpretación normativa. Consiguientemente, en relación con la obligatoriedad de motivar la resolución judicial en el supuesto de que no se sigan los precedentes, es aplicable el argumento de la coetaneidad de las dos sentencias. Se puede decir que no es solo la segunda la que debe compararse lógicamente con la primera, sino que las dos deben tener un punto de referencia en la contraria originando una desigualdad conjunta (STC 49/1982, de 14 de julio)⁴⁴.

³⁸ ASÍS ROIG (1993): 264 y 265.

³⁹ OLLERO TASSARA (2005): 48-52.

⁴⁰ GIMÉNEZ GLÜCK (1999): 52.

⁴¹ GONZÁLEZ RIVAS (2005): 286 y ss.

⁴² AARNIO (1991).

⁴³ AARNIO (1991): 85 y ss.; WRIGHT von (1979): 140.

⁴⁴ SUAY RINCÓN (1985): 192-196.

De otro lado, cuando nos hallemos ante dos casos idénticos, no surge ningún problema puesto que nace la cosa juzgada, pero, si los supuestos son similares, se deben resolver de forma igual, limitándose la comparación a las diferencias en la interpretación y aplicación de las normas sin que sea extensible a la apreciación de los hechos⁴⁵. Sobre el valor de las decisiones judiciales, son imprescindibles el artículo 9.3 de la CE que prescribe: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ordena: “1. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.// 2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan// 3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que llevan a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

2. El Tribunal Constitucional y los precedentes judiciales

No obstante, la duda es qué labor desempeña la acción del Tribunal Constitucional. Pues bien, aun estando dentro de sus competencias el fiscalizar las resoluciones judiciales que presuntamente infringen los derechos fundamentales, percibimos que, conforme al principio de igualdad, no es posible controlar los márgenes de discrecionalidad que tienen los jueces al ejercer su función por no violar ningún derecho fundamental. La explicación de lo expresado se debe a que la exclusividad de la jurisdicción supone tener que respetar la creatividad de la igualdad en la aplicación de la ley. Limita su control a la hora de asegurar las disposiciones constitucionales y deja que sea el poder judicial el que efectúe una depuración de las opciones de creación. Por lo que, sabido que el criterio de oportunidad es constitucional, los jueces y tribunales pueden seleccionar los criterios admitidos constitucionalmente que, a su juicio, sean más pertinentes y que actúen en el ámbito de la creatividad de cada una de las sentencias que dictan⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la cuestión que tenemos entre manos se centra en que, una vez que se ha determinado la corrección constitucional del criterio seleccionado, todos los enjuiciamientos que intenten delimitar un criterio deseable de entre los que son jurídicamente posibles y estén potencialmente en la norma se han de comprender como una injerencia en el desarrollo de la función

⁴⁵ BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ (2003): 19.

⁴⁶ REQUEJO PAGÉS (1993): 239-243.

jurisdiccional. Por otro lado, en virtud del principio de la independencia judicial, se restringe el abanico de los criterios decisorios que eventualmente son vinculadores, cosa que tiene su raíz en que el juez ha de entender que los criterios concretizantes seguidos por otros órganos jurisdiccionales son directrices orientadoras a seguir, pero no vinculan.

Por ende, la respuesta se encontraría en que el único modo de reducir la variedad y complejidad de los criterios decisorios es atribuir esa clase de valor a los criterios interpretativos de las normas que en cada supuesto se ha adoptado por cada órgano jurisdiccional en particular y en cuanto a las relaciones futuras que tiene, manteniéndose que el ejercicio del control ha de realizarse por la jurisdicción ordinaria por medio de los recursos. Si bien, en lo que se refiere al ámbito normativo que es de determinación jurisdiccional obligada, queda rechazado todo enjuiciamiento por tal jurisdicción, pues, en caso positivo, se produciría una violación del principio de independencia judicial. Por consiguiente, la competencia del Tribunal Constitucional en la materia se explica porque se da al precedente un valor vinculador en el sentido de que es un parámetro que evidencia el principio de igualdad en las resoluciones judiciales⁴⁷.

La negativa a reconocer valor a los precedentes se basa en argumentos como la independencia del poder judicial, desde la apreciación de que no hay obligación de resolver como los tribunales superiores, con excepción de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo y, algunas veces, de los Tribunales Superiores de Justicia; la evolución necesaria del Derecho que no puede anquilosarse y ha de orientarse hacia una discrecionalidad en los terrenos de la interpretación y de la aplicación; y el principio de la especialización, que dicta que no es preciso que las decisiones judiciales coincidan en los distintos órdenes. En contradicción con lo suscrito, se esgrime la seguridad jurídica en el sentido de previsibilidad de las decisiones; la igualdad al tener que resolverse los casos que son iguales de manera exacta, salvo que se justifique la diversidad; y la unidad del Derecho expresada en la exigencia de una aplicación que sea igual en las diferentes demarcaciones judiciales, a lo que es sumable la tutela judicial efectiva⁴⁸.

Matizando más, se suele comprender que la relevancia constitucional del precedente descansa en ser un instrumento que sirve para apreciar la juridicidad de los pronunciamientos judiciales. Sin embargo, se evidencia que este factor instrumental corresponde a la motivación de las sentencias, pues al traducirse el principio de igualdad en el requerimiento de justificar toda diferencia de trato, la verificación de su observancia en las resoluciones jurisdiccionales solamente se puede hacer si se examina esa motivación. Consecuentemente, lo elemental para afirmar que ha habido una vulneración del principio de igualdad es que la fundamentación de la sentencia sea defectuosa, cuestión que ha de extenderse a todas las resoluciones. Los precedentes aportan una mayor fuerza fundamentadora puesto que conllevan unos criterios de interpretación que han de

⁴⁷ REQUEJO PAGÉS (1993): 244-247. Ver también LÓPEZ GUERRA (1981): 1.433 y ss.

⁴⁸ ASIS ROIG (1993): 246 y 247.

estimarse por el juzgador para asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes. Con este enfoque, se observa que, ya que siempre se precisa que haya una fundamentación adecuada, se permite, a veces, la remisión a fundamentaciones anteriores, y que, cuando se produce un cambio de las sentencias en relación con el precedente, la exigencia se circunscribe a una motivación suficientemente razonable⁴⁹.

Por lo tanto, hay que hacer hincapié en que el Tribunal Constitucional es incompetente para enjuiciar las resoluciones judiciales, de forma que se supere la especificación de que estén debidamente motivadas a partir de criterios interpretativos constitucionalmente correctos. Y, por eso, el único control que cabe hacer es el de la legalidad de los criterios que ha de llevarse a cabo por la jurisdicción ordinaria, aunque el hecho de que no se produzca abstractamente el control produce que la actividad de los órganos jurisdiccionales superiores se reduzca a imponer el criterio de su elección. De esta manera, la meta que se quiere alcanzar es reducir los de naturaleza interpretativa que legalmente son correctos, lo que corre parejo a la reducción de órganos jurisdiccionales que pueden determinar definitivamente el criterio que finalmente se ha seleccionado, haciéndose visible que la unificación de interpretaciones jurisdiccionales proviene de la competencia que tiene el Tribunal Supremo para fijar la interpretación más adecuada. Parecer desde el que es obvio que las resoluciones de ese órgano tienen una naturaleza fiscalizadora, correctora y unificadora de los criterios interpretativos usados, mas la fuerza vinculante que encierra la jurisprudencia es la que en cada caso quiera atribuirle cada sentencia del Supremo⁵⁰.

Usando estos parámetros, los requisitos que se tienen que cumplir para cambiar de criterio se explicitan en que se ha de acreditar por el recurrente que hay un término de comparación; en que los supuestos que constituyen el término de comparación son en esencia iguales respecto al que es objeto de la resolución impugnada; y en que las resoluciones que se contrastan han de provenir del mismo órgano judicial, o sea, de la misma sala y sección. También el enjuiciamiento conforme a la igualdad debe estimar: a) Que los supuestos de hecho son iguales; b) que se han tratado de forma diferente; y c) en qué medida ello deriva de un cambio de criterio en el órgano judicial⁵¹. El Tribunal Constitucional no puede entrar a valorar las razones que han movido a realizar el cambio, degradándose de alguna forma la doctrina de los precedentes, consustancial al régimen anglosajón, pero no al nuestro. Mas lo que es necesario es que la modificación se haya producido con congruencia, respondiendo la diferencia de trato a un cambio general e impersonal de criterio⁵². Así, se

⁴⁹ REQUEJO PAGÉS (1993): 248-250.

⁵⁰ REQUEJO PAGÉS (1993): 251 y 252.

⁵¹ RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): 25. Un órgano judicial se tiene como idéntico de otro cuando, con independencia de los cambios en las personas que los encarnan, tiene jurisdicción en un territorio y, dentro del mismo, forma también un colegio independiente. Su justificación es la salvaguarda de la independencia de los tribunales estimados individualmente.

⁵² RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): 26.

distingue entre la *diferencia de efectividad* en la aplicación real de la norma y la *desigualdad de aplicación*, esto es, cuando en un mismo sujeto se aplique efectivamente la norma de manera diferenciada. Y hay que vincularla con “el respeto del precedente por el propio órgano” y con “la sujeción a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores”⁵³.

Deduciblemente, se ha de producir una fundamentación razonable y suficiente del cambio de interpretación de las normas, siendo la pregunta que procede ¿respecto de qué se ha de requerir la razonabilidad de los órganos judiciales?, y la respuesta es que la medida de su afirmación o negación debe descansar en qué se ha de hacer respecto de la norma aplicable al caso⁵⁴. La asimetría entre el trato de lo igual y lo desigual es evidente cuando hay una aplicación positiva, activa o directa de aquel principio. En esta línea, mientras que la impugnación de una regla en razón de la violación de la igualdad puede causar por el tribunal su aceptación o rechazo, conforme al criterio de relevancia y razonabilidad que haya seguido, al llegar a impugnar una regla que da un trato igual a una situación que habría de ser tratada desigualmente, entonces es sostenible que el tribunal no tiene, en principio, más opción que rechazar la impugnación por falta de referencia a esa clase de casos en la cláusula de igualdad ante la ley⁵⁵.

En definitiva, por todo lo dicho, la ciencia del Derecho muestra un interés cada vez más grande por el valor de los precedentes, trayendo los jueces de los sistemas continentales decisiones anteriores a la argumentación jurídica y a la justificación de las que son nuevas. Su explicación se debe al acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de *Common Law* y a la evolución del modelo de razonamiento jurídico⁵⁶. Desde esta perspectiva, advertimos que la casación judicial ha sufrido una evolución, la cual ha pasado de ser un instrumento de control de la capacidad creadora de los jueces a serlo de la uniformidad de la aplicación judicial del Derecho, fundamentándose la jurisprudencia en los principios de predecibilidad de las decisiones y de seguridad jurídica. Tampoco se ha de olvidar el uso argumentativo de los precedentes, tenido en cuenta que su ámbito es el de la interpretación y justificación de nuevas decisiones, y que esta relevancia práctica prescinde de un tratamiento jurídico que imponga su seguimiento⁵⁷.

IV. CONCLUSIONES

El problema de fondo de estos enunciados desemboca en clarificar si los jueces están legitimados para producir Derecho e introducir rupturas en la igualdad que establece la ley en el momento de aplicarla⁵⁸. Lo manifestado nos

⁵³ RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): 23 y 25.

⁵⁴ ROCA TRIAS (1986): 841-874; SUAY RINCÓN (1985): 188.

⁵⁵ RUIZ MIGUEL (2003): 56 y 57.

⁵⁶ MORAL SORIANO (2002): 15.

⁵⁷ MORAL SORIANO (2002): 16 y 17. Sobre el precedente ver también XIOL RÍOS (1982): 25-40.

⁵⁸ GARRIDO GÓMEZ (2002).

conduce a interrogarnos sobre cuál es el lugar que ocupa la discreción judicial en la igualdad formal dúctil, dependiendo la respuesta del sistema jurídico del que partamos. Ciertamente, dentro del sistema europeo-continental, toda decisión de los jueces termina con un fallo que debe justificarse en una norma general sin que se produzca una auténtica creación.

La ley no da una decisión acabada para cada caso singular, da una especie de disposición que el juez ha de llenar, convirtiéndose la aplicación judicial en producción jurídica. De ahí que todo acto de producción de Derecho en relación con la norma superior sea en parte indeterminado, intencional o no intencionalmente, variando esta zona en dependencia de los supuestos⁵⁹. Esto se traduce en el Derecho español en que es conveniente no confundir lo que es considerado como la solución derivada de la práctica judicial y la solución jurídico-positiva. En cuanto a la práctica judicial, no hay duda de que usa decisiones que se han dictado anteriormente para justificar sus fallos, sin embargo, en el campo jurídico-positivo no hay una obligación de hacerlo ni de justificar por qué no se hace⁶⁰.

En los Estados democráticos, la legislación es la vía jurídica que se encarga de introducir alteraciones en el Derecho reflejando o dirigiendo el cambio social. En la esfera judicial la interpretación permite un margen para incluir modificaciones, dentro de lo que permita el sistema. En cuanto se refiere a la Administración y al poder ejecutivo, su capacidad para actuar como agentes de ese cambio social se desprende, en gran medida, de que su función en el Estado contemporáneo se desenvuelve en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más⁶¹. Por añadidura, la legislación crea normas organizativas, directivas, regulativas y de control público, demostrándose que hay una necesidad de racionalizar los sistemas jurídicos, tanto en su estructura como en los procedimientos de aplicación del Derecho. Dicha racionalidad práctica actúa como una garantía de seguridad en la adecuación de las resoluciones judiciales a las consecuencias que son socialmente deseables y que están racionalmente fundadas. En conjunto, las normas jurídicas se dirigen a los ciudadanos sometidos a su vigencia, a los cuales imponen, prohíben o permiten hacer algo con las obligaciones y limitaciones pertinentes, a los órganos del Estado, a los funcionarios y a las autoridades llamados a aplicar el contenido jurídico y a velar por su observancia⁶².

En definitiva, la pretensión de polarizar la racionalidad en la actuación del legislador o del juez no es acertada, puesto que el sistema jurídico precisa de una coherencia interna y, por consiguiente, de una racionalidad de las dos partes. La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley será más real y efectiva en cuanto se desarrolle y potencie una teoría de la legislación

⁵⁹ KELSEN (2007): 349 y ss.

⁶⁰ ASÍS ROIG (2000): 214 y ss.

⁶¹ ATIENZA (2003): 169 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA (1992): 9 y ss., y (2003): 15 y ss.

⁶² CAAMAÑO RODRÍGUEZ (2000): 259-288; MAZZARESE (1996): 201-228; PÉREZ LUÑO (1994): 138. Para estudiar la dimensión institucional de las líneas de racionalidad de actuación judicial, cfr., MACCORMICK y WEINBERGER (1986).

adecuada, que nos pueda servir de orientación para la creación de leyes que respondan a las demandas de la realidad social a la que se ha de aplicar. Por medio de esta vía, se obtendrá, según se desprende de un análisis jurisprudencial acabado, un mayor grado de corrección y racionalidad de las decisiones judiciales⁶³. Desde tal perspectiva, el juez ha de exponer públicamente las razones que le llevan a dictar un fallo y no otro. Pero más que explicar cuál es la decisión que ha dictado a partir de sus motivos estando ante el contexto de descubrimiento, se trata de justificar una determinada decisión desde unas razones concretas situándonos en el contexto de justificación. Por eso, el deber de motivar se incluye en la justificación interna del contenido del fallo a partir de razones⁶⁴.

Ello es un indicador de que el legislador es consciente de que la norma que elabora, y en la que radica la igualdad en la ley, ha de aplicarse adecuadamente a las particularidades del caso, mostrándose restrictivo en el otorgamiento de las atribuciones judiciales y distinguiendo dos caminos: como criterio de ponderación en la aplicación normativa y como razón en la que se funda una decisión. En el primero, es un criterio de utilización normal; en el segundo, parece algo excepcional, puesto que, solo cuando lo autorice la ley, podrán los tribunales o los órganos a quienes corresponda decidirse fundarse exclusivamente en ella. Así que el interrogante es ¿qué significado tiene la equidad en el presente discurso? La posición que mantengo es que es un criterio de aplicación en la ponderación de las normas, y no puede significar la destrucción de estas ni la privación de su sentido o valor. Puede ser un entendimiento hermenéutico de moderación del rigor, pero nunca una razón de supresión de la norma⁶⁵.

Por último, y ligado de alguna manera a este discurso, resta incidir en que no hay un orden jerárquico genérico, constitucional ni legislativo, que determine una relevancia singular para ciertos valores y derechos fundamentales. Cuando haya una colisión, el juez habrá de solucionar el problema partiendo de que, fuera de que haya un precepto que dé preferencia a alguno, la resolución valorará de forma igual a los que estén en conflicto. Así pues, se aplicará la proporcionalidad, la cual establece un orden de preferencia únicamente para el caso que es objeto de controversia (STC 104/1986, de 17 julio)⁶⁶.

⁶³ FERNÁNDEZ SUÁREZ (2007): 332-334.

⁶⁴ LAPORTA (2007): 195 y 196.

⁶⁵ Es importante tener en cuenta que el artículo 3.2 del Código civil forma parte del Capítulo II del Título Preliminar que ostenta como epígrafe el de “Aplicación de las normas jurídicas”, mientras que el Capítulo I se rotula con la denominación “Fuentes del Derecho”. Y que la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 dice: “[...] esta (la equidad) no aparece invocada como fuente del Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una resolución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad [...]”.

⁶⁶ Contra la ponderación, ver HABERMAS (2010): 332.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1991): *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ABRIL, Ernesto (1998): *Las limitaciones del soberano*, México, D.F., Fontamara.
- ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M. José (2006): *Sistemas jurídicos: elementos para una análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado.
- ASÍS ROIG, Rafael de (1993): *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons.
- (2000): “La creación del Derecho”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y ASÍS ROIG, Rafael de, con la colaboración de Fariñas, M.J., Llamas, A., Ansuátegui, J., Rodríguez, J.P. y Sauca, J.M., *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- ATIENZA, Manuel (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas.
- (2003): *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- ATRIA, Fernando (2000): “Concepciones de la función judicial: el caso de la igualdad ante la ley”, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe, *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago (Chile), Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. Luisa (1991): “La aplicación judicial del principio de igualdad”, en VARIOS AUTORES, *XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia.
- BARCELLONA, Pietro (1988): “La formación del jurista”, en BARCELLONA, Pietro, HART, Dieter y MÜCKENBERGER, Ulrich, *La formación del jurista. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*, trad. de C. Lasarte, Madrid, Civitas.
- BILBAO UBILLOS, Juan M. y REY MARTÍNEZ, Fernando (2003): “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- BOBBIO, Norberto (1995): *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, D.F., Fontamara.
- (1998): *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Madrid, Debate.

- BROEKMAN, Jan B. (1993): *Derecho y antropología*, trad. de P. Burgos Checa, Madrid, Civitas.
- BULYGIN, Eugenio (1991): “Sentencia judicial y creación de Derecho”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Francisco (2000): “Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 60, págs. 259-288.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2003): *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- COLORNI, Vittore (1976): *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milán, Giuffrè.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1994): “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía* 1, págs. 69-98.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación (2003): *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (2007): “Teoría de la legislación y actividad judicial”, en MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis, FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino y SUÁREZ LLANOS, Leonor, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid, Dykinson.
- FILANGIERI, Gaetano (1821): *Ciencia de la legislación (1780-1785)*, trad. de J. de Ribera, 6 vols., Madrid, Villalpando.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1881): “Acerca de las limitaciones legales del soberano legal”, *Sistema* 43-44, págs. 43-56.
- GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel (2002): *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Madrid, Dykinson.
- (2009): *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, Dykinson.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993a): *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- (1993b): “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades* 2, págs. 211-228.
- (1994): “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 41, págs. 63-87.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, prólogo de E. Albertí, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (2005): *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas.
- HÄBERLE, Peter (2000): *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, introducción y trad. de E. Mikunda, Madrid, Tecnos.
- HABERMAS, Jürgen (2010): *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- HAWKINS, Keith (1995): “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science”, en HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press-Oxford University Press.
- HIERRO, Liborio (2001): *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México, D.F., Fontamara.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1992): *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*, San Sebastián, Librería Carmelo.
- (2003): *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- KELSEN, Hans (2007): *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, México, D.F., Porrúa.
- LAPORTA, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1981): “El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*”, en VARIOS AUTORES, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota (1986): *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón (2000): *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Almería, Universidad de Almería.
- MAZZARESE, Tecla (1996): “Lógica borrosa y decisiones judiciales: El peligro de una falacia racionalista”, trad. de J.J. Moreso Mateos, *Doxa* 19, págs. 201-228.
- MENDONÇA, D. (1997): *Interpretación y aplicación del Derecho*, Almería, Universidad de Almería.
- MIGNONE, C. (1997): *La crisi della legislazione. Studiosi e politici a confronto*, Padua, CEDAM.
- MONTESQUIEU, Ch. de (2007): *Del espíritu de las leyes*, introducción de E. Tierno Galván, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos.
- MORAL SORIANO, Leonor (2002): *El precedente judicial*, prólogo de Z. Bankowski y N. MacCormick, Madrid, Marcial Pons.

- OLLERO TASSARA, Andrés (2005): *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- OTTO y PARDO, Ignacio de (1999): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2000): “Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes”, *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 3, págs. 3-18.
- PECZENIK, Alexander (2000): *Derecho y razón*, México, D.F., Fontamara.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1994): *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel.
- (2007): *Dimensiones de la igualdad*, ed. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis (1998): *Los límites jurídicos al soberano*, Madrid, Tecnos.
- PERONA, Ángeles J. (1995): “Notas sobre igualdad y diferencia”, en MATE RUPÉREZ, Manuel Reyes (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. (Una reflexión filosófica)*, Madrid, Fundación Argentaria-Visor.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (1993): “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en VARIOS AUTORES, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo.
- ROCA TRIAS, Encarna (1986): “Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad”, *Revista Jurídica de Cataluña* 4, págs. 841-874.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2000): “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.): *El principio de igualdad*, Madrid, Universidad de Alcalá-Dykinson.
- (2003): “Sobre el concepto de igualdad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- SANTAELLA LÓPEZ, M. (1995): *Montesquieu. El legislador y el arte de legislar*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas.
- SUAY RINCÓN, José (1985): *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

- VIDAL MARÍN, Tomás (1996): “Jurisprudencia constitucional en torno al artículo 14 de la Constitución: cambio de criterio y precedente judicial”, *Revista de las Cortes Generales* 38, págs. 239-260.
- WRIGHT, Georg Henrik von (1979): *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (1982): “El precedente judicial en nuestro Derecho”, *Poder Judicial* 3, págs. 25-40.
- ZOCO ZABALA, Cristina (2003): *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias, artículos 14 y 24.1 CE: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 1981-2002*, Barcelona, Bosch.