

II. CONSTITUCIÓN Y VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY

LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Francisco RUBIO LLORENTE
Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Igualdad en la ley y ante la ley. 2. El juez como juez de la igualdad. 3. El juez como garante de la igualdad ante la ley. 4. El juez obligado por la igualdad. *Qui custodet custodes?*

1. IGUALDAD EN LA LEY Y ANTE LA LEY

AUNQUE libertad e igualdad son dos principios distintos y básicos del constitucionalismo (la fraternidad, el tercer término de la famosa tríada fue siempre más polémica y enigmática), en el continente europeo su realización jurídica se efectúa inicialmente mediante una institución única, el principio de legalidad. Los ciudadanos son libres en la medida en la que están sujetos sólo a la ley e iguales porque ésta ha de ser aplicada por igual a todos, pero ni las limitaciones ni las diferenciaciones que el legislador considere necesario establecer pueden ser atacadas como infracciones jurídicas, sea cual fuere su razón de ser.

El principio de igualdad, el único que aquí importa, viene así a identificarse con el de legalidad y en consecuencia, sólo la actuación ilegal del poder lo infringe. No cabe hablar, por el contrario, en modo alguno de un derecho a la igualdad frente al legislador; la ley es por antonomasia la fuente del derecho y toda diferenciación legal es por eso mismo legítima.

Es sólo en nuestro siglo, como consecuencia, de una parte, de una mayor sensibilidad frente a las desigualdades y, de la otra, de un nuevo entendimiento de la relación entre Constitución y ley, cuando el derecho a la igualdad comienza a ser comprendido también como derecho frente al legislador. Este «nuevo signi-

AFDUAM 1 (1997), pp. 145-156.

ficado» del principio de igualdad, cuya teorización se hizo en la Alemania weimariana, se generalizó en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y ha sido el aceptado por nuestro Tribunal Constitucional desde sus primeras decisiones (SSTC 22/1981, 49/1982, 144/1988 y otras). Cabe distinguir, en consecuencia, entre un derecho a la igualdad en la ley, como derecho frente al legislador, o más generalmente, frente al poder del que emana la norma, y un derecho a la igualdad ante la ley o en la aplicación (administrativa o judicial) de ésta. La Constitución emplea sólo la expresión de igualdad *ante* la ley, que es la expresión clásica; el Tribunal Constitucional, por su parte, aunque utiliza con frecuencia la distinción entre la igualdad en la ley y ante la ley, no lo hace de manera rigurosa y a veces habla de igualdad ante la ley también para referirse al derecho de igualdad como derecho frente al legislador. Yo prefiero emplear la diferencia de preposiciones. Sobre todo por razones de claridad y concisión, pero también porque de ese modo queda más claro, o al menos así me parece, que el «nuevo significado» de la igualdad se proyecta también en el acto de aplicación, que el juez que aplica la ley es también juez de la ley desde el punto de vista de la igualdad.

2. EL JUEZ COMO JUEZ DE LA IGUALDAD

2.1 El principio de igualdad, como todos los derechos fundamentales, relaja la vinculación del juez a la ley puesto que lo faculta e incluso lo obliga a enjuiciarla. A la hora de aplicar la ley, el juez ha de comenzar por enjuiciarla desde el punto de vista de los derechos y, en lo que aquí nos importa, desde el punto de vista del principio de igualdad. Como es sabido, este enjuiciamiento tiene potencialmente en nuestro sistema efectos distintos, según que la ley enjuiciada sea anterior a la Constitución o posterior a ella. En la práctica sin embargo, como también se sabe, esta potencialidad raramente se transforma en acto y en la generalidad de los casos, cuando llega a la conclusión de que la ley que habría de aplicar es contraria a la Constitución, el juez se suele limitar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad y son pocas las ocasiones en las que decide directamente su inaplicabilidad.

En todo caso, no son las razones que determinan esta actitud prudente y casi tímida de nuestros jueces las que aquí han de ocuparnos, sino los límites, bastante estrechos, dentro de los que su juicio ha de moverse, límites, que, por el contrario, suelen ignorar con alguna frecuencia. Quizás entre ambos fenómenos exista alguna conexión. Quizás no se atreven en general a decidir por sí mismos que la ley preconstitucional es contraria a la Constitución porque se saben demasiado audaces al juzgarla. Pero al decir esto estoy especulando, ni siquiera formulando una hipótesis, y no es bueno ir por ese camino. Limitémonos a precisar cuáles son esos límites estrechos.

2.2 El derecho de los ciudadanos a ser iguales en la ley no es sinónimo a recibir de ella el mismo trato, pues la igualdad obliga a tratar de modo igual lo que es igual, pero permite (y en ciertos casos, incluso obliga) a tratar de modo diferente lo que es diferente. Obliga en definitiva al autor de la norma a no diferenciar en ella situaciones que son sustancialmente iguales y a establecer una adecuada proporcionalidad entre las diferencias que la norma reconoce y las consecuencias jurídicas que a ellas han de anudarse. Esta doble exigencia, reiterada en multitud de decisiones por el Tribunal Constitucional (STC 49/1982, 144/1988, 45/1989 y muchas otras), remite, como es evidente, a un criterio de la igualdad, a un *tertium comparationis*, que por definición no puede ser la norma misma que es objeto de juicio, pues en ese caso toda diferenciación sería legítima, pero que tampoco puede ser totalmente ajeno a la norma, pues el juez no puede prescindir al juzgarla de la finalidad que con ella se persigue, del efecto que el legislador ha querido producir en un ámbito determinado de la realidad. En definitiva, la norma ha de ser tomada en consideración, pero sólo como instrumento para determinar el ámbito de la realidad en el que el criterio de la igualdad ha de buscarse. Esto es, a mi juicio, lo que el Tribunal Constitucional, que no se puede permitir el lenguaje abstracto, quiere decir al hacer referencia, como frecuentemente hace, a las condiciones relevantes (o no relevantes), «atendido el sentido (o la finalidad) de la norma» (SSTC 45/1989 ó 68/1990), o a la ilicitud de introducir factores de diferenciación que no resulten necesarios para la protección de los bienes y derechos buscada por el legislador (STC 114/1992). La jurisdicción constitucional, supuesta la licitud de la finalidad perseguida por el legislador, ha de fundamentar su decisión en el análisis de la realidad desde el punto de vista de dicha finalidad, contrastando el paralelismo entre realidad y norma establecido por el legislador con el que resulta de «lo razonable», o de «criterios y juicios de valor generalmente aceptados». Hay, por supuesto, criterios de diferenciación (raza, sexo, origen social, etc.) que en principio son constitucionalmente ilegítimos, pero cuando no son ellos los utilizados, el derecho a la igualdad en la ley no implica la ilicitud de cualquier diferenciación establecida por ésta, sino sólo la de aquéllas que no sean razonables, que sean arbitrarias y la obligación correlativa es la que se expresa en el mandato de interdicción de la arbitrariedad, que nuestra Constitución singulariza también sin embargo (art. 10.2) como mandato a todos los poderes públicos.

De esta doctrina derivan naturalmente los límites a los que el juez ordinario ha de atenerse al enjuiciar las leyes que ha de aplicar desde el punto de vista de la igualdad. Casi me atrevería a hablar en singular y no en plural, porque el límite más inmediato que de esta doctrina se deduce, que es también el límite más generalmente transgredido, es el que resulta de la necesidad de no salirse de la propia ley que se enjuicia, o más precisamente, del ámbito de la realidad que en ella se sujeta a norma. No puede enjuiciarse la validez de una ley desde el punto de vista de la igualdad, comparando las soluciones que en ella se dan con las que otras

leyes proponen para situaciones análogas, pero por definición nunca idénticas, precisamente por estar sujetas a un régimen jurídico distinto. Dicho en otras palabras: no puede utilizarse como término de comparación de una ley otra ley distinta. La comparación entre regímenes jurídicos distintos no es un procedimiento válido para hacer el juicio de igualdad de la ley, que ha de ser siempre un juicio intrínseco. También esto ha sido dicho muchas veces por el Tribunal Constitucional, al rechazar comparaciones establecidas entre el régimen propio de los funcionarios y el del personal contratado, o entre el de aquéllos o éstos con el personal de régimen estatutario de la Seguridad Social, etc.

Sin embargo, como antes decía, es esto lo que frecuentemente hacen los jueces que, movidos seguramente por los más nobles motivos, se salen así de los límites propios de su función. Es posible que el sistema de baremos que la Ley 30/1995 establece para indemnizar los daños personales originados por accidentes de tráfico sea inadecuado, pero desde luego no puede decirse que viole el principio de igualdad porque no estén también sujetos a baremos los daños personales de otro origen.

Hasta aquí lo que se refiere al juicio que el juez ha de hacer de la ley, desde el punto de vista de la igualdad, antes de proceder a su aplicación. Veamos ahora cuales son las consecuencias que de ese principio se derivan en lo que toca al hecho mismo de la aplicación.

3. EL JUEZ COMO GARANTE DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

3.1 A diferencia de lo que sucede con la igualdad en la ley, la igualdad ante la ley es, por así decir, un derecho absoluto. Dado que el derecho a la igualdad es, como ha dicho el Tribunal, un «derecho relacional» (STC 76/1983), esto es, un derecho que se da siempre en relación con otros, una vez definido el derecho (o la obligación) por el legislador, el aplicador de la ley no puede hacer entre los titulares de los derechos u obligaciones más diferenciaciones que las establecidas en ella; ha de tratarlos a todos por igual. El *tertium comparationis*, el criterio de la igualdad, no está ya aquí fuera de la norma, sino en ella, y el aplicador del derecho, ni puede dejar de tomar en consideración los elementos diferenciales que la propia norma que ha de aplicar incorpora, ni puede utilizar otro alguno. Se puede continuar hablando, si se quiere, de interdicción de la arbitrariedad, pero a condición de no olvidar que la expresión tiene en este contexto un sentido bien distinto. La definición de lo arbitrario, como opuesto a lo proporcionado o razonable, ha de hacerse derivar de la norma misma, no de la realidad a la que ésta se refiere.

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley, el juez ha de actuar en primer lugar como garante del respeto a la igualdad por parte de los órganos de las Administraciones Públicas, como juez contencioso-administrativo.

3.2 Como la Administración disfruta también de un poder normativo, reglamentario, la función del juez contencioso-administrativo como garante de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley pone en cuestión los dos significados del principio de igualdad y conduce inevitablemente a un solapamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa con la constitucional.

De una parte la norma, reglamentaria es una norma, en sentido lato, una ley, término que tiene sin duda, en el artículo 14 de la Constitución como en el Código Civil, un significado material. Hablar de igualdad en la ley es hablar también de la igualdad en el reglamento. Pero al mismo tiempo, sin embargo, la potestad reglamentaria no es, como la legislativa, una potestad para crear derecho en libertad dentro del marco trazado por la Constitución, sino una potestad vinculada. El principio de legalidad implica la vinculación positiva de la Administración, que puede hacer sólo aquello que la ley le permite, no todo aquello que la ley no le impide. Por eso el juicio sobre las diferenciaciones que el reglamento establece no se hace, como el de la ley, directamente desde la Constitución (y en alguna medida desde la naturaleza de las cosas), sino desde la ley. Es el juicio sobre un acto de aplicación y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional. Cuando la «ley» objeto del juicio de igualdad tiene rango reglamentario, todas las exigencias de objetividad y razonabilidad de la diferenciación vienen predeterminadas por la norma de rango legal que aquélla desarrolla o aplica, pues el reglamento no puede introducir, ni para la atribución de derechos ni para la imposición de deberes, diferencias que no deriven necesariamente de la propia ley, con lo que el juicio de igualdad viene a identificarse con el de legalidad (SSTC 209/1987, 78/1990, 4/1991 y 69/1992). Esta argumentación, que ha irritado a muchos administrativistas, establece sin duda un área de solapamiento entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa, pero a mi juicio es teórica y prácticamente muy sólida. Es una manifestación más del problema general del que al final me ocuparé.

3.3 En la mayor parte de los casos, la actividad de la Administración al aplicar la ley no consiste sin embargo en crear nuevas normas, sino en aplicar las ya existentes y en esta actividad está estrictamente vinculada por el principio de igualdad, por el derecho a la igualdad ante la ley que, como he dicho antes, protege por igual a españoles y extranjeros, a personas físicas o jurídicas.

Si las leyes sólo fueran susceptibles de una interpretación única, sí 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. Sólo en buena medida, no por completo, pues como el ciudadano no tiene un «derecho a la legalidad», en abstracto, no dispone tampoco de acción alguna para reaccionar frente a la desigualdad, cuando ésta se origina en un trato privilegiado, incluso ilegal, que beneficie a

otros, si de esa ilegalidad no se deriva daño alguno para sus derechos o intereses legítimos.

Pero es que además las leyes no tienen jamás, ni pueden llegar a tener, esas características, ese grado de univocidad y necesidad que convertirían en puros autómatas a los órganos administrativos. Estos están, como antes recordaba, positivamente vinculados por la ley, pero esta vinculación no les priva de un considerable grado de libertad, cuyo uso puede ir en contra del derecho de todos a la igualdad. La garantía de ésta no se identifica en consecuencia con la de la legalidad y para lograrla la jurisdicción contencioso-administrativa se ha visto obligada, desde sus comienzos, a ir ensanchando su ámbito mediante la creación de nuevos instrumentos, cuya invención es obra sobre todo del *Conseil d'Etat* francés, de cuya obra somos deudores todos en la Europa Continental.

Como es evidente, no puedo ocuparme aquí en extenso de la situación actual de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, ni siquiera de aquellos aspectos de su actividad más directamente conectados con el aseguramiento de la igualdad en la aplicación de la ley por las Administraciones públicas. Me limitaré a insistir en una opinión por la que he sido amistosa y vigorosamente criticado, pero que, pese a las críticas, sigo manteniendo.

Me refiero a mis muchas dudas sobre la pertinencia teórica y la conveniencia práctica de situar como principio estructural básico de la jurisdicción contencioso-administrativa el de interdicción de la arbitrariedad. Ya he puntualizado antes que este famoso principio de nuestra Constitución, lógicamente superfluo respecto de una Administración que está sujeta (art. 103.1 CE) a «la ley y el Derecho», tiene en relación con la igualdad *ante* la ley, un significado concreto bien distinto del que asume respecto de la igualdad *en* la ley. Ni la redundancia del principio, ni la conveniencia de evitar ambigüedades, justificarían no obstante la insistencia en el tema si no entrañase también ese empeño algunas consecuencias que me parecen nocivas.

En primer lugar y sobre todo, la de construir como violaciones de un principio constitucional abstracto lo que son realmente violaciones de un derecho fundamental, con lo que se minimiza el alcance de éste e incluso quizás se cierra el paso al recurso de amparo, que de otro modo estaría expedito. Si la exigencia que de la interdicción de la arbitrariedad se deriva es, como recientemente ha sostenido T. R. Fernández, la de la racionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, decisión no arbitraria es la que se apoya en razones que permiten derivar de ella una máxima de valor universal, como en el imperativo kantiano, o más modestamente, la norma legal que el administrador adoptaría para el caso de ser él legislador, como dice el Código Civil suizo al habilitar al juez para colmar las lagunas de la ley. En todo caso, una decisión que sería igual para quienquiera que se encontrase en las mismas circunstancias, que no toma en consideración sino elementos objetivos autorizados por la norma. Quizás una orientación de la juris-

dicción contencioso-administrativa en este sentido permitiese también la de la jurisdicción constitucional, cuya eficacia para asegurar la efectividad de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, que es también un derecho fundamental, ha sido hasta el presente muy limitada.

Como es sabido, el recurso de amparo por violación administrativa del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sólo es posible, en efecto, tras haber intentado en vano su remedio ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta secuencia obligada impide llevar ante el Tribunal Constitucional las violaciones que se argumentan exclusivamente a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad y, de otra parte, le transfieren, por así decir, las categorías con las que la jurisdicción contenciosa ha operado tradicionalmente, escasamente adecuadas para lograr un control eficaz de la Administración en relación con la igualdad.

Cuando la desigualdad no constituye también una discriminación, es decir, no se basa en alguno de los criterios que el artículo 14 de la CE excluye expresamente como elementos de diferenciación, la invocación de la desigualdad de trato exige en efecto, según la doctrina del Tribunal, la aportación de un término de comparación, de una decisión administrativa que resuelve en sentido distinto un caso cuyos elementos relevantes son los mismos que los del acto impugnado. El supuesto implícito de donde resulta esta exigencia es, en definitiva, el de que por obra del principio de igualdad la Administración está vinculada por la interpretación que en el pasado ella misma ha hecho de las normas, en decisiones que, habiendo sido impugnadas, han sido mantenidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. En resumen, la conocida doctrina de la vinculación al precedente.

Esta doctrina tiene sin embargo y desgraciadamente muy restringida eficacia; protege contra algunas iniquidades, pero no en absoluto frente al privilegio. Sólo permite la comparación entre actos cuyas circunstancias sean en todo idénticas, no entre fragmentos de acto (por ejemplo, valoración de unas mismas circunstancias presentes en ambos) y sólo, claro está, cuando el acto aducido como término de comparación haya afectado a un derecho o interés de alguien con tal intensidad que el afectado se ha sentido obligado a impugnarlo; algo que es no sólo azaroso, sino en muchos casos improbable.

La probabilidad de que los actos administrativos no sean impugnados es tanto mayor, en efecto, cuanto menor sea la de que la decisión generosa de la Administración perjudique a alguien. Cuando se trata de actos de gravamen, el ciudadano que es víctima de una interpretación (o una aplicación) de las normas más dura, más gravosa que la utilizada frente a otros en casos anteriores, tiene mayor probabilidad de encontrar precedentes en los que apoyar su reclamación y por consiguiente de hacerla prosperar. Cuando se trata por el contrario de actos atributivos de derechos, y especialmente de los producidos en el ejercicio de la actividad prestacional, esa probabilidad es mucho menor, casi inexistente. En esos ámbitos la violación del principio de igualdad por el trato privilegiado que la Administra-

ción dispensa a sus amigos no tiene fácil remedio, ni por la jurisdicción contencioso-administrativa, ni por la constitucional.

En general, en los casos que ante él se llevan aduciendo la violación de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, el Tribunal Constitucional ha exigido siempre esta comparación entre actos como requisito imprescindible y de ese modo, rara vez, sí alguna, han prosperado.

Hasta aquí lo que quería decirles acerca del control judicial de la igualdad en la aplicación de la ley por la Administración. La importancia e incluso la existencia de este «viejo significado» de la igualdad como derecho fundamental ha sido oscurecida en la doctrina constitucional por el «nuevo significado» de la igualdad como derecho frente al legislador y, entre nosotros, por el entusiasmo que concita el peculiar principio de interdicción de la arbitrariedad. Unido esto a la desafortunada división que todavía padece nuestro Derecho público en dos compartimentos casi estancos, los problemas relacionados con el derecho a la igualdad ante la ley parecen así asunto menor. No lo son en modo alguno; el derecho a la igualdad *ante* la ley es tan fundamental como el de igualdad *en* la ley, y quizás más importante que éste como fundamento de legitimidad del poder estatal.

4. EL JUEZ OBLIGADO POR LA IGUALDAD. *QUI CUSTODET CUSTODES?*

4.1 Pero el juez no se limita a garantizar la igualdad examinando desde el punto de vista de ésta la ley que ha de aplicar, o controlando, también desde el punto de vista del principio de igualdad, la actuación administrativa. El mismo, como órgano del poder, está sujeto también a este principio.

Mientras la realización práctica de la igualdad se encomendó a la ley, la sumisión del juez a esta parecía asegurar suficientemente su respeto a la igualdad. Su apartamiento de esta podía ser corregido, dentro del ámbito del poder judicial, a través de los recursos previstos en las leyes e incluso dar lugar, cuando es culposo, a una grave responsabilidad penal. 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. El intento es ambicioso y tiene un sólido fundamento en el principio de universalidad del recurso de amparo. La gran cuestión es la de la razonabilidad de este intento; dicho en otros términos, la de si la jurisdicción constitucional puede remediar realmente las transgresiones de la igualdad debidas a los jueces.

La respuesta del Tribunal, aunque con algún titubeo, ha sido hasta ahora positiva; ha admitido a trámite no pocos recursos en los que se solicitaba el amparo frente a decisiones judiciales a las que se reprochaba ser origen directo de una

violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y ha estimado algunos de ellos. Tengo sin embargo grandes dudas sobre lo bien fundado de esta respuesta y en consecuencia sobre la posibilidad de llevar a término con éxito la tarea que el Tribunal ha acometido.

Como es obvio, dado el llamado «carácter subsidiario» de este recurso, éste se dirige siempre contra una decisión judicial, a la que puede reprocharse haber aplicado una ley que viola la igualdad, o no haber corregido una aplicación inegalitaria de la ley por parte de la Administración. No son los casos de este género los que aquí interesan. En los del primer tipo, el derecho en cuestión es el de igualdad *en la ley*; en los del segundo se trata ciertamente de un problema de igualdad *ante la ley*, pero el origen directo de la violación que se aduce como fundamento de la demanda no es el juez, sino la Administración. Al hablar de igualdad en la aplicación judicial de la ley, quiero hacer referencia ahora sólo a aquellos casos en los que la vulneración del artículo 14 de la Constitución se imputa directamente al juez, no a la ley que éste ha aplicado o a la Administración autora del acto que el juez se limitó a convalidar.

La existencia de la infracción puede argumentarse, en teoría, a partir de la norma que el juez aplicó. Dando razones que demuestren que el juez se ha apartado al valorar los hechos o al interpretar la ley, en la medida en la que ambos procesos sean distintos, de lo que es la pauta común, o incluso, en lo que concierne a la norma, de su interpretación correcta, sostenida por el Tribunal Supremo en el ejercicio de la casación. El Tribunal Constitucional ha negado sin embargo, de manera rotunda y consistente, esta vía argumental, con dos razones de mucho peso y estrechamente relacionadas entre sí: la de que entre sus funciones no está la de asegurar la unidad de doctrina, que es propia de la casación, y la de que no puede interferir en la independencia de los jueces. Ni es función suya asegurar la unidad de doctrina, aunque sea éste un objetivo inexcusable del Estado de Derecho, ni las diferencias de interpretación son en sí mismas lesivas del principio de igualdad, que ha de conjugarse con el de independencia judicial, que es también un principio constitucional. La doctrina se repite machaconamente al menos desde la STC 49/1982 (*vid.*, entre otras las SSTC 144/1988, 161/1989, a las que se remiten prácticamente todas las posteriores).

Cerrada esta vía, la única que el Tribunal deja abierta es la de la comparación entre la sentencia impugnada y otra u otras que resuelvan, en sentido distinto, casos idénticos. Por eso exige siempre que el recurrente ofrezca un «término de comparación» *adecuado* que haga patente la existencia de la desigualdad de trato.

El problema es, como fácilmente se entiende, que no pudiendo juzgar acerca de la corrección de la apreciación de los hechos o de la interpretación de las normas que el juez realiza, el Tribunal se sitúa en un terreno muy difícil, en el que intenta moverse con la ayuda de una doctrina acerca de qué sea lo que ha de entenderse por *adecuación* del término de comparación ofrecido.

El punto central de esa doctrina es el de que cada órgano judicial sólo puede ser comparado consigo mismo, pues lo contrario es incompatible con su independencia. Sentado esto, de donde resulta la imposibilidad de ofrecer como término de comparación decisiones judiciales emanadas de órganos distintos, ni siquiera del propio Tribunal Constitucional (STC 154/1994), el Tribunal ha precisado también que las sentencias divergentes del mismo órgano con las que se pretende establecer la comparación han de ser anteriores a la impugnada (*vid.*, por ejemplo SSTC 100/1988 ó 24/1990, que citan otras anteriores). De otra parte ha sostenido también, de manera más bien apodíctica y con alguna inconsistencia, que la desigualdad en la aplicación judicial de la ley que él puede remediar es la que resulta de la diferencia en la interpretación de las normas, no la que se origina en una divergencia en la valoración de hechos idénticos (*vid.*, por ejemplo, STC 207/1992).

Prescindiendo de las dificultades que, pese a su aparente simplicidad, suscita la aplicación de esta doctrina y de las inconsistencias detectables en el modo de concebirla, cuestiones de las que me ocuparé después, como el Tribunal Constitucional no pretendía utilizarla para petrificar, por así decir, la jurisprudencia de cada órgano, hubo de complementarla desde muy pronto con la admisión de que, aunque se den todas las restantes circunstancias, no hay violación de la igualdad en la aplicación de la ley cuando el juez o el tribunal razona explícita y suficientemente su cambio de criterio (por todas STC 63/1984).

Veamos ahora el uso que el Tribunal ha hecho de esta doctrina. En lo que toca, en primer lugar, a la exigencia fundamental, la de la igualdad del órgano consigo mismo, una exigencia que, dicho sea de paso, viene a reducir el derecho a la igualdad a un derecho a la coherencia de cada juez o cada órgano consigo mismo, el Tribunal hubo de enfrentarse desde muy pronto a las dificultades que el propio concepto de órgano judicial origina cuando se trata de órganos muy complejos, que actúan a través de colegios decisorios distintos, o de órganos unipersonales que actúan con las mismas competencias y en el mismo ámbito territorial. Ha terminado por aceptar que deben considerarse órganos distintos las secciones de una misma Audiencia (STC 183/1991) y sin duda considera también como órganos distintos las decenas de juzgados existentes en una gran ciudad, aunque el reparto de asuntos entre aquéllas o éstos se haga simplemente por turno, con lo que la suerte de los ciudadanos depende de éste, es decir, del azar. Es una considerable minimización del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, pero asumida esa reducción ¿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? Si el órgano es siempre el mismo, hay buenas razones para sostener que deben considerarse partes de un solo 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.

Tampoco es patente la consistencia en el uso de los restantes elementos de la doctrina. Se ha mantenido en general la invalidez de la comparación establecida por los recurrentes entre la sentencia impugnada y otras posteriores del mismo juez o tribunal, pero el propio Tribunal Constitucional ha hecho una comparación de ese género para suplir la falta de explicitación del cambio de criterio que se reprochaba al autor de la sentencia recurrida (STC 108/1988). Se ha negado reiteradamente la posibilidad de corregir las desigualdades resultantes de una diferencia en la apreciación de los hechos, pero no faltan sentencias (*vid.*, por ejemplo, STC 181/1987) en las que se hace justamente eso.

Los titubeos son especialmente perceptibles en lo que toca a la idea del cambio de criterio razonado como exclusión de la desigualdad de trato, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha ido reduciendo los requisitos inicialmente definidos hasta reducirlos a poco menos que nada. Ha aceptado, por ejemplo, que esa justificación puede ser tácita, si la lógica de la sentencia o «hechos exteriores» a ella permiten deducir con certeza que el juez ha sido bien consciente de lo que hacía (SSTC 49/1985, 2/1991 y otras muchas). Incluso ha admitido la validez de las vacilaciones de un mismo tribunal, que oscila entre dos interpretaciones distintas de la misma norma (STC 42/1993). Esta laxitud en la exigencia de un requisito introducido por el propio Tribunal como garantía de los ciudadanos, se combina con decisiones ocasionales de extremado rigor, que estiman el recurso, aún cuando haya justificación explícita del cambio de criterio, por haberse producido éste en un momento inoportuno (STC 119/1989) o en el curso de un procedimiento no adecuado (STC 161/1989).

Pese a la existencia de estas decisiones, y otras semejantes, que se explican sin duda por el deseo del Tribunal de corregir situaciones de injusticia notoria, la línea predominante es sin embargo la que conduce a la esterilización del recurso de amparo como remedio para las violaciones del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.

Esta esterilidad no es, a mi juicio, consecuencia de la pasividad del Tribunal frente a los jueces, sino, por el contrario, el resultado inevitable de haber emprendido un camino equivocado. Este camino se emprendió en los momentos iniciales con toda la buena voluntad del mundo, pero sin una comprensión adecuada de la jurisdicción constitucional y de sus límites. Persistir en él ofrece sin duda al Tribunal la posibilidad de corregir algunas injusticias, como antes he dicho, pero a costa de ser inconsecuente consigo mismo, de faltar a la coherencia que él exige a los demás, y de crear una ilusión cuya reiterada frustración ha de redundar, casi inevitablemente, en descrédito de la institución.

Por eso vengo sosteniendo desde hace tiempo que la doctrina «canónica» del Tribunal sobre la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces debe ser abandonada, potenciando en cambio la que se inicia en la STC 144/1988, utilizada generosamente desde entonces, pero mantenida siempre como una especie de doctrina vergonzante, como un complemento de la doctrina principal que antes he expuesto, y no, como realmente es, de una alternativa a la misma.

En esta sentencia lo que se dice es, en definitiva, que el recurso de amparo por infracción del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley sólo es admisible cuando quien lo plantea «puede ofrecer razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión cuyo sentido diverso de otras decisiones anteriores o incluso posteriores se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo».

Es evidente que una doctrina de este género viene a equiparar el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley con el derecho a la tutela judicial efectiva; a obtener una respuesta fundada en Derecho, dictada por un juez imparcial predeterminado por la ley al término de un proceso con todas las garantías. Es evidente también que con ella se deja un espacio muy angosto para la acción del Tribunal como garante de la igualdad en la aplicación judicial de la ley, que más bien queda en manos del juez penal. Que la identificación, en este ámbito, del artículo 14 con el 24 de nuestra Constitución, recuerda la concepción reduccionista plasmada en la célebre frase de Anschütz, según la cual el único derecho fundamental de los ciudadanos es el derecho a no ser tratados ilegalmente. Pero la analogía es superficial y demagógica porque sentencia judicial y ley son instituciones radicalmente distintas y, en definitiva, no hay modo de evitar que la garantía última de los derechos fundamentales sea siempre una sentencia y la vía judicial, con Tribunal Constitucional o sin él, ha de tener siempre un término. Admitir que éste no puede ser en estos casos el Tribunal Constitucional, no es sin embargo renunciar a conseguir que la aplicación de la ley sea igual para todos, sino situar el problema en el terreno en el que debe estar. A mi juicio, sólo la constatación realista de las escasas posibilidades que para ello tiene la jurisdicción constitucional, permite abrir un debate serio sobre la necesidad de arbitrar los medios necesarios para asegurar la vigencia de este derecho fundamental, que como todos, pero de un modo más acusado, requiere para ser efectivo que la organización y el procedimiento de actuación del poder se configuren adecuadamente.