

SOBRE EL TÉRMINO DE COMPARACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD (*)

CRISTINA ZOCO ZABALA

I. OBJETO DE LA MONOGRAFÍA.—II. LA INCIDENCIA DEL TÉRMINO DE COMPARACIÓN EN LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. LA DIFERENTE IDONEIDAD DEL TÉRMINO DE COMPARACIÓN EN LAS FUNCIONES DE CREACIÓN Y DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS: 1. *El legislador*. 2. *El órgano judicial*.

I. OBJETO DE LA MONOGRAFÍA

El mandato de igualdad ante la Ley, exigencia común en los Estados democráticos constituye, por su importancia, uno de los temas más abordados por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional española. La exigencia de trato igualitario que la Constitución Española proclama por primera vez en el artículo 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico trasciende al artículo 14 CE, que establece, de modo explícito y formal, la igualdad ante la Ley al señalar que «los españoles son iguales ante la Ley», y prohíbe la discriminación por motivos tasados (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión) y —en términos generales—, por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Esta exigencia de igualdad vincula a los poderes públicos, esencialmente, al poder judicial y al órgano legislativo. Al órgano legislativo por cuanto debe garantizar el principio de igualdad cuando crea la norma, dado que las diferencias establecidas en la Ley entre quienes son los destinatarios de la norma

(*) JUAN CARLOS GAVARA DE CARA: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

y quienes no lo son, deben ser razonables y estar justificadas. Así mismo, el principio de igualdad vincula al juez, por cuanto su función estriba en expresar en qué medida el supuesto de hecho se infiere de la Ley; en definitiva, debe aplicar las normas generales a los supuestos de hecho concretos, de manera que el paso de lo general a lo particular se realice mediante una decisión que esté motivada. Por tanto, ya sea en el ámbito de aplicación o de creación de la norma, lo que el principio de igualdad ante la Ley prohíbe es la discriminación pero no la diferenciación razonable. En este sentido, lo decisivo para garantizar el principio de igualdad ante la Ley no es la desigualdad que la norma toma en consideración, o que el juez determina con ocasión de la interpretación de la norma, sino la razonabilidad o racionalidad de la diferencia establecida en el contenido y en la aplicación de las normas.

El autor de esta obra cuya publicación se comenta aquí aborda con gran rigor científico una perspectiva diferente en lo que al mandato de igualdad ante la Ley se refiere: prescinde del fundamento del principio de igualdad en el contenido y en la aplicación de las normas —la razonabilidad o racionalidad de la diferencia que el legislador crea o que el juez aplica— para analizar el término de comparación en cuanto elemento *sine qua non* de la aplicación del principio de igualdad, sobre todo, en lo que al mandato de igualdad en el contenido de las normas se refiere (1); más concretamente, analiza el contenido y la función del término de comparación en la aplicación del principio de

(1) El autor realiza un análisis descriptivo del juicio de igualdad estructurado y diferenciado en torno a tres puntos, la determinación de la diferenciación y su relevancia constitucional, la justificación de la diferenciación y, por último, la corrección constitucional de la diferenciación introducida por el legislador. Esta estructura tripartita permite distinguir los casos de igualdad de los casos basados en cláusulas específicas de discriminación que no requieren de término de comparación en sentido estricto. El control de constitucionalidad se aplica de forma binaria sobre la base de la norma impugnada y el parámetro concreto utilizado sin necesidad de estructurar la comparación (Capítulo III, pág. 55).

La fase de aportación del término de comparación hace referencia a la obligación de determinar el objeto de comparación que permita concretar la diferenciación. La determinación del término de comparación es condición necesaria para la aplicación del principio de igualdad pero no es condición suficiente. No obstante, señala el autor, la mera ausencia o la falta de adecuación o idoneidad del término de comparación debería ser suficiente para que la diferenciación no fuera relevante a efectos del principio de igualdad en la Ley (Capítulo IV, pág. 67).

La determinación definitiva del término de comparación significa la aplicación del principio de igualdad al caso concreto, lo que permite determinar la existencia de la diferenciación normativa (Capítulo IV, pág. 68).

Finalmente, el Tribunal Constitucional analiza la perspectiva y la finalidad del término de comparación, en cuanto elementos de naturaleza prescriptiva, que serán determinantes para su aceptación (Capítulo V, pág. 93).

igualdad con el objetivo de constatar la incidencia de los elementos prescriptivos que se añaden al elemento factual del término de comparación —la perspectiva y la finalidad del mismo— en la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional desarrolla en orden a articular o no el término de comparación. El autor pretende subrayar que los elementos del término de comparación, en la medida en que denotan un grado elevado de complejidad llevan consigo la creación de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en todo caso fluctuante, que articula el término de comparación en unos casos y en otros no, aún tratándose de supuestos de hecho de similares características, y siendo razonable o racional la finalidad de la norma.

Esta monografía suscita un gran interés por cuanto aborda un problema de técnica jurídica que surge de la diferencia suscitada entre la finalidad de la norma y la lógica de la Ley cuando ésta no ha previsto a todos sus destinatarios. Y es que cuando el Tribunal Constitucional articula un término de comparación alegado por el recurrente con base en la razón comparativa, o conforme a la perspectiva de la comparación, ello significa, en realidad, que, siendo razonable o racional la finalidad de la norma, la letra de la Ley no ha previsto a todos sus destinatarios.

Este problema conecta con otro no menos importante, cual es la función que el mandato de igualdad tiene encomendada al juez y al legislador, y los límites existentes entre la función de creación y de aplicación de las normas; y es que, en ocasiones, la alegación de un término de comparación ha servido al recurrente en amparo para cuestionar la función esencialmente aplicativa del órgano judicial, cuando los términos de la norma, siendo claros y precisos, no han contemplado a todos sus destinatarios. Dicho con otras palabras, el recurrente ha perseguido, erróneamente, que la alegación de un término de comparación válido sirva al Tribunal Constitucional para instar al órgano judicial a completar los términos de la norma razonable que el legislador no ha previsto.

Pues bien, cuando los términos de la norma son cuestionados por el recurrente con ocasión de la interposición de un *recurso de amparo*, el Tribunal Constitucional no puede estimarlo so pretexto de la falta de claridad del texto legal, o alegando que el aplicador de las normas puede traspasar los límites de la legalidad para adecuarse a la finalidad de la norma, pues no es ésta la función que tiene encomendada. Cuando los términos de la norma no ofrecen dudas de interpretación, el órgano judicial no puede completar el número de destinatarios a los que el precepto jurídico será aplicable. La consecuencia no es otra que la creación de una jurisprudencia fluctuante que enfrenta la aplicación de la norma de conformidad consigo misma y la seguridad jurídica que de ello se deriva, con la aplicación conforme a justicia de la norma, o más bien

conforme a las «buenas razones» del órgano judicial, pero al margen de la lógica de la norma (2).

Cierto, que, en ocasiones, el órgano judicial debe completar los extremos de la norma no previstos por el legislador; la función legislativa del Derecho es mas o menos creativa dependiendo de la generalidad de los términos de la Ley; sin embargo, ello no significa que el órgano judicial deba extralimitar su función esencialmente aplicativa cuando los términos de la norma son claros y precisos. Ello puede generar múltiples supuestos de aplicación *arbitraria* de la norma, con el mismo pretexto de tener «buenos argumentos» para alterar el sentido de los términos expresados en el precepto jurídico, en menoscabo de la seguridad jurídica y, en definitiva, de la justicia *pro futuro*.

Otra cuestión diferente es que el órgano judicial alegue un término de comparación con ocasión de la interposición de una *cuestión de inconstitucionalidad*. En este caso, la consecuencia jurídica es muy diferente, pues la articulación de la razón comparativa permite al Tribunal Constitucional anular las consecuencias de la norma para el caso concreto. La cuestión de inconstitucionalidad permite compaginar, el monopolio de rechazo de las normas que corresponde al Tribunal Constitucional con la vinculación del poder judicial a la Norma Suprema, el cual debe aplicar las normas en el marco de la Constitución. Se trata, en todo caso, de depurar el ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de la Norma de conformidad consigo misma produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución (STC 127/1987).

En este sentido, la articulación de un término de comparación significa, en realidad, que el Tribunal Constitucional ha completado los extremos de la norma que no han sido previstos; bien sea anulando los efectos negativos que la norma traiga consigo para un determinado destinatario, o bien sea proyectando los efectos favorables de la norma sobre el particular.

II. LA INCIDENCIA DEL TÉRMINO DE COMPARACIÓN EN LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objeto de esta sugerente monografía no está exento de complejidad pues, ciertamente, el análisis de los distintos elementos prescriptivos es determinante de la admisión de un supuesto de hecho acorde con las razones por las cuáles se realiza la comparación, o con el modo o forma de articulación del término de comparación, siendo la finalidad de la norma razonable o racional;

(2) Como señala REQUEJO PAGÉS «quien dice la última palabra, asegura, por tanto, que tal es la palabra que el ordenamiento quiere que se le impute» («Dependencias y servidumbres del juez independiente», *REDC*, núm. 76, enero-abril 2006, pág. 78).

sin embargo, el principio de igualdad no habilita al juez constitucional, siquiera, para poder completar un programa político, de tal manera que no puede adoptar decisiones que constituyan acciones positivas, reservadas como están al legislador. En definitiva, el Tribunal Constitucional puede adoptar acciones negativas, por lo que puede decidir si el contenido de las normas vulnera el mandato de igualdad en el contenido de la Ley, pero no puede determinar cuáles pueden ser los posibles destinatarios de la misma, pues ello corresponde al legislador democrático.

Como señala el autor en su monografía, la función del Tribunal Constitucional consiste en decidir si las diferencias introducidas por las normas son irrazonables o irracionales una vez contrastada objetivamente su decisión, mas no si las diferencias introducidas son objetivas y racionales. En este sentido se deduce que la determinación de la diferencia normativa constituye el núcleo esencial del análisis y del contenido del término de comparación, y debe distinguirse de la justificación del contenido de las normas que se vincula a la corrección material de la selección de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas correspondientes a la decisión normativa estatal (págs. 58-59).

Verdaderamente, la alegación del término de comparación es determinante del desarrollo de una jurisprudencia constitucional que decide si articula o no el término de comparación alegado, con independencia de que la norma sea razonable. En este sentido, procede subrayar que las consecuencias que se derivan de la aceptación de un término de comparación varían en función de que se interponga un recurso de amparo o una cuestión de inconstitucionalidad.

Cuando de la interposición de un recurso de amparo se trata, la alegación de un término de comparación válido no puede servir al Tribunal Constitucional para «completar» los términos de la norma que el legislador no previó, o para afectar la función de aplicación de la norma conforme a la lógica de la misma que el órgano judicial tiene encomendada; ni siquiera puede el Tribunal Constitucional discutir, desde un punto de vista cualitativo, la interpretación dada por el órgano judicial conforme al ordenamiento jurídico pues no es función que le corresponda, en la medida en que debe respetar el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 117.3 CE). Ello significa que, al margen de toda divergencia interpretativa, el Tribunal Constitucional tiene la función de comprobar si el criterio judicial *a quo* está debidamente motivado conforme a Derecho (STC 183/1991); en definitiva, si las razones que subsumen el supuesto de hecho en el precepto jurídico que se trate se exteriorizan. Sin embargo, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, en cuanto derecho fundamental alegado en amparo no puede servir al Tribunal Constitucional para controlar el ejercicio de competencias que la Constitución reserva exclusivamente al poder judicial ordinario. El Tribunal

Constitucional tiene la función de fiscalización de la juridicidad de las Leyes, pero no tiene competencia para controlar las realizaciones normativas que resulten de la aplicación judicial, salvo en lo referente a la posible vulneración de los derechos fundamentales. Ni siquiera es necesario que el Tribunal Constitucional tenga que analizar si el órgano judicial se apartó de la jurisprudencia anterior reiterada ante supuestos de hecho jurídicamente iguales, precisamente porque en el ordenamiento español los jueces no están vinculados por el precedente judicial. La esencia del control es comprobar la relación directa y manifiesta entre la norma que el juzgador declara admisible y la decisión judicial exteriorizada mediante la argumentación jurídica de la misma (SSTC 159/1989; 122/1991; 22/1994; 158/1996). En definitiva, el Tribunal Constitucional debe comprobar si el órgano judicial motiva conforme a Derecho la sentencia, garantía cuyo fundamento reside en el artículo 24.1 CE; pero lo que no es de recibo es que el Tribunal Constitucional, so pretexto de la existencia de una razón comparativa, pronuncie una sentencia estimatoria de amparo instando al órgano judicial a completar los extremos de la Ley.

En ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto en tela de juicio la función esencialmente aplicativa del órgano judicial cuando los términos del enunciado jurídico no ofrecen dudas de interpretación. Ello se debe a que la alegación de un término de comparación por vulneración del principio de igualdad en el contenido de la Ley se ha basado en que la aplicación de un precepto jurídico de conformidad consigo mismo debió adecuarse a la pretendida finalidad de la norma expresada por el actor.

La cuestión suscita gran interés pues, si bien, en unos casos, el Tribunal Constitucional ha determinado la prevalencia de la letra de la Ley al margen de la finalidad de la norma (STC 66/1994), en otros supuestos ha completado los extremos de la norma que, a su juicio, el legislador no previó (STC 144/1989), poniéndose en entredicho los límites entre la creación y la aplicación de las normas, al prevalecer la justificación de la norma frente a la función esencialmente aplicativa de la lógica de la Ley cuando los términos del enunciado jurídico son claros y precisos (SSTC 184/1993; 155/1998, 144/1989; 68/1991). Finalmente, el Tribunal Constitucional ha optado por instar al órgano judicial para que interponga la cuestión de inconstitucionalidad en vez de aplicar el sentido literal de la norma que se presume discriminatoria. Así por ejemplo, la STC 144/1989 ha constituido el precedente de dos cuestiones de inconstitucionalidad que se han fundado en supuestos jurídicamente idénticos (SSTC 142/1990; 158/1990).

Por tanto, del análisis anterior, se deduce la existencia de una jurisprudencia fluctuante que enfrenta la aplicación de la norma de conformidad consigo misma, y la seguridad jurídica que de ello se deriva, con la justicia en la apli-

cación del caso concreto, que atiende, sin duda, a la razón y a la perspectiva del término de comparación, pero ignora la lógica de la norma. Y es que cuando el recurrente impetra el *recurso de amparo* por vulneración del mandato de igualdad en la aplicación de las normas, la aportación de una razón comparativa no permite al Tribunal Constitucional completar los términos de la norma que el legislador no previó, ni traspasar la función de aplicación judicial conforme a Derecho, pues no es esa su función que tiene encomendada.

La labor más o menos creativa del órgano judicial en proporción a la generalidad o imprecisión de la norma no significa que deba extralimitar su función esencialmente aplicativa cuando los términos de la norma son *claros* y *precisos*. La confusión de los límites que existen entre la función de creación y de aplicación de las normas puede generar múltiples supuestos de aplicación arbitraria de la norma so pretexto de presumir que la Ley debe aplicarse de modo justo, aunque sea en contra de su lógica.

El problema reside en la confusión entre la finalidad de la norma, de suyo, razonable, con la falta de previsión por parte del legislador de todos los destinatarios a los que la norma es aplicable; y aquí reside el interés nuclear de esta monografía que el autor intenta poner de manifiesto.

El resultado de la alegación de un término de comparación difiere cuando el órgano judicial plantea la *cuestión de inconstitucionalidad* so pretexto de que una norma aplicada al caso concreto vulnera el mandato de igualdad, pues el Tribunal Constitucional está legitimado para anular la norma en el supuesto concreto. En definitiva, puede determinar que una norma cuya finalidad es legítima, se anule para el caso concreto porque la letra de la misma no contempla a todos sus destinatarios; y en este sentido, la alegación de un término de comparación en la aplicación del principio de igualdad, se convierte en elemento decisivo que posibilita evitar de forma objetiva el activismo judicial del Tribunal Constitucional como destaca el autor en su monografía (págs. 38-39).

En definitiva la alegación de un término de comparación con ocasión de la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, permite al Tribunal Constitucional emitir un pronunciamiento estimatorio con la finalidad de que la aplicación de las normas sea conforme a la Constitución, mientras que la alegación de un término de comparación por vulneración del mandato de igualdad mediante la interposición de un recurso de amparo, no legitima al Tribunal Constitucional para que cuestione la aplicación de la norma conforme a su sentido literal cuando la letra de la Ley no ofrece dudas de interpretación, ni tampoco para que añada otros supuestos de hecho que el legislador no ha previsto.

En ocasiones, el problema se ha planteado en sentido contrario. Es decir, el recurrente ha impetrado el amparo porque el órgano judicial ha decidido

aplicar el sentido literal de la norma, sin constatar la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad estimatoria en un supuesto jurídicamente idéntico. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha alegado la existencia de un pronunciamiento previo estimatorio de la inconstitucionalidad de la norma aplicada a un supuesto jurídicamente idéntico para anular los efectos de la aplicación literal de la norma (3).

III. LA DIFERENTE IDONEIDAD DEL TÉRMINO DE COMPARACIÓN EN LAS FUNCIONES DE CREACIÓN Y DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

El autor de esta monografía ha distinguido la idoneidad del término de comparación según se trate de la creación de las normas o de la aplicación de las mismas.

En este sentido, ha señalado que la alegación de un término de comparación idóneo constituye un elemento determinante de la aplicación del principio de igualdad. La razón estriba en que la constatación de la existencia del hecho mismo de la diferenciación permite analizar si la diferencia introducida por el poder público está justificada constitucionalmente (págs. 33-40); sin embargo, el autor ha subrayado la distinta incidencia del término de comparación en el principio de igualdad en el contenido y en la aplicación de la Ley estableciendo distintas intensidades en el modo de aplicación del término de comparación según se trate de articularlo en la creación o en la interpretación de la Ley (págs. 41-50). Cuando de igualdad en el contenido de la Ley se trata, la aplicación del término de comparación adquiere mayor intensidad, y, por tanto, el ámbito de actuación del legislador es mayor, pues compete al poder legislativo adoptar las regulaciones generales aplicables a la comunidad. La igualdad de configuración normativa requiere básicamente objetividad en la determinación y la caracterización del término de comparación. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de la norma por el poder judicial, el ámbito de discrecionalidad es menor, por cuanto el poder judicial debe completar los supuestos de hecho generales, abstractos, objetivos e incluso abiertos por voluntad o no previsión en la Ley.

Ciertamente, la articulación del término de comparación constituye un elemento indispensable para coadyuvar al legislador a completar la norma

(3) Así por ejemplo, es el caso del recurso de amparo que dio lugar a la STC 155/1998. El Tribunal Constitucional estimó dicho recurso por las mismas razones dadas en la STC 222/1992 en la que se anuló para el caso concreto dicho precepto jurídico cuya aplicación mecánica se cuestiona en este caso.

cuando, de modo reiterado, se cuestiona la inconstitucionalidad de una norma aplicable a supuestos jurídicamente idénticos.

Por ello, esta monografía plantea un problema de técnica jurídica —los límites entre la finalidad de la norma y la lógica de la Ley—, que permite reflexionar acerca del *modus operandi* del legislador y del órgano judicial. El autor advierte que la articulación del término de comparación conforme a su finalidad, o conforme a la perspectiva de la comparación, es determinante de la aplicación del principio de igualdad en el contenido y en la aplicación de las normas, lo que le permite ir más allá reflexionando sobre la distinta incidencia del término de comparación en la exigencia de igualdad en el contenido y en la aplicación de la Ley. Del mismo modo, el objeto de esta monografía permite perfilar la función que el principio de igualdad ante la Ley encomienda al legislador y al órgano judicial.

1. *El legislador*

La articulación de la razón comparativa, o de la perspectiva de la comparación, significa que la norma no ha predeterminado las condiciones para todos sus destinatarios. En algunos casos porque la evolución de la realidad social es imprevisible, y en otros supuestos porque el legislador no ha previsto todos los casos posibles a los que la norma podrá ser aplicable.

En la vertiente de creación de las normas, la igualdad *en el contenido* de la Ley exige al legislador que las diferencias normativas establecidas sean razonables. La legitimidad de las condiciones que el precepto jurídico impone para irrogar las consecuencias a los destinatarios de la misma es lo que define el carácter igual o desigual de la norma (4); de este modo, se deduce que la *justificación* de la diferenciación normativa constituye un elemento esencial para determinar si hubo igualdad *en el contenido* de la Ley; sin embargo, la razonabilidad o racionalidad de la diferencia establecida en la Ley no constituye la única condición, pues el legislador, debe analizar la realidad social presente y los supuestos de hecho futuros a los que la norma podrá ser aplicable.

Cierto, que el legislador está habilitado para determinar las condiciones razonables que producen la desigualdad legal. Sin embargo, la articulación del

(4) Cfr. E. CARMONA CUENCA: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, abril-junio, Madrid, 1994, pág. 269; F. J. LAPORTA: «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, núm. 67, julio, 1985, pág. 11.

término de comparación por falta de previsión normativa de todos sus destinatarios puede ser debido a que el legislador no ha previsto *pro futuro* todos los casos a los que la norma será aplicable. Tal es el caso de la reciente aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género que fue objeto de discusión entre las fuerzas políticas, precisamente porque no había previsto *ab initio* a las personas vulnerables como víctimas de la violencia doméstica y, por tanto, como destinatarias de la norma. La introducción de una enmienda a su articulado ha llevado consigo la complitud de la norma no sólo conforme a la realidad social actual —las denuncias mayoritarias de maltrato interpuestas por la mujer frente al hombre—, sino conforme a la previsión futura de demandas de otras víctimas del maltrato: las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

Si el legislador es capaz de prever otros casos futuros a los que la norma sea aplicable *pro futuro*, ello permitirá evitar que las normas razonables sean constantemente cuestionadas por el particular, alegando un término de comparación que la norma no ha previsto. Se trata, en definitiva, de conseguir minimizar el riesgo de una regulación jurídica impredecible, propia de toda realidad social en continuo devenir, para que del sentido de los términos de la Ley se pueda prever el mayor número de casos a los que la norma será aplicable. Sólo de esta forma será posible controlar el *modo* en que el órgano judicial, sometido al imperio de la Ley (artículo 117.1 CE), aplica la norma a quienes el legislador decide de un modo suficientemente razonable que sean los destinatarios de la misma. El legislador no sólo debe garantizar la igualdad en el contenido de las normas estableciendo condiciones que sean útiles en relación con la realidad social presente; también debe prever en el futuro el mayor número de casos a los que la norma será aplicable.

2. El órgano judicial

Si bien es cierto que la articulación de un término de comparación incide en la función de creación de las normas, la incidencia es mucho menor en relación con las funciones que se atribuyen, desde un punto de vista constitucional, al órgano judicial.

Cuando la aportación de un término de comparación se debe a la diferente interpretación de la norma por un mismo órgano judicial, la alegación de un término de comparación afecta en menor medida a la función de aplicación de las normas en el marco de la Constitución que el órgano judicial tiene encomendada, precisamente porque en el ordenamiento español los jueces no están

vinculados al precedente judicial. Los órganos judiciales —recuerda el autor—, están sujetos a la Ley, y no a sus precedentes, por lo que no se puede considerar inconstitucional la evolución de la interpretación judicial de la legalidad (pág. 137). La conexión del precepto jurídico sobre el supuesto de hecho debe ser acorde con la Constitución, pero, sobre todo, el órgano judicial debe ser fiel a la Ley que está aplicando aunque deba pensar en la fidelidad que le une con otras leyes, en especial con la Norma Fundamental y con quien tiene una vinculación más fuerte (4). En definitiva, aplicar la Ley significa interpretar la norma constitucionalmente adecuada con los medios de argumentación y fundamentación jurídicos para dar una solución justa y jurídicamente correcta (5).

Como señala el autor en su monografía, el Tribunal Constitucional no ha admitido supuestos de igualdad en la ilegalidad, es decir, la utilización de un término de comparación en el que se compara una situación legal con otra ilegal (pág. 126).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el recurrente que impetra el amparo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de las normas debe aportar, necesariamente, un término de comparación válido, reiterado y anterior en el tiempo (SSTC 175/1987; 63/1988; 12/1989; 159/1989; 106/1994; 141/1994; 196/2001). Sin embargo, como subraya el autor de esta monografía, el principio de igualdad ante la Ley no excluye la posibilidad de un tratamiento diferente ante supuestos sustancialmente iguales, ya que la diferencia de trato puede venir impuesta por la necesidad de coordinar las exigencias del principio de igualdad con otros principios (pág. 137).

El órgano judicial aplica las normas en el marco de la Constitución; y esa

(4) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Principio de igualdad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *Historia y pensamiento. Homenaje a Luís Díez del Corral*, t. I, Eudema, Madrid, 1987, pág. 346.

(5) ARAGÓN realiza algunas correcciones a la definición de BADURA sobre la vinculación del juez a la Ley. Para este último, «significa poner en rigor la función de la Ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa, y así respetar también la misión y responsabilidad, no susceptibles jurídico-judicialmente, del legislador» (cfr. P. BADURA: «Grenzen und Möglichkeiten der Richterrechts», *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, t. X, 1973). Considera que la interpretación «constitucional» de la Ley debería sustituirse por interpretación «constitucionalmente adecuada» de la Constitución. Del mismo modo, la resolución justa ha de entenderse como resolución «justa pero jurídicamente adecuada» (cfr. M. ARAGÓN REYES: «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *REDC*, núm. 16, enero-abril, Madrid, 1986, pág. 129).

actividad interpretativa puede ser más o menos creativa en atención a la mayor o menor generalidad de los términos de la misma, sin que ello signifique que deba alterar la estructura general del precepto jurídico en atención a su finalidad, por lícita que ésta sea; en definitiva, no puede añadir una nueva condición cuando los términos de la Ley son claros y precisos (6); simplemente, debe plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* cuando de los términos del precepto se deduzca que su finalidad es contraria a la Norma Fundamental.

Tampoco el legislador puede ignorar la Ley so pretexto de su finalidad. Numerosos Autos de Audiencia Provincial denegatorios de los permisos de salida penitenciarios han sido cuestionados ante el Tribunal Constitucional por motivación errónea e insuficiente. La negativa a la concesión de los permisos de salida penitenciarios se ha fundamentado en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) (7) y su desarrollo mediante Reglamento Penitenciario (en adelante, RP), que legitiman al órgano judicial para conceder la libertad al recluso hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año, siempre que haya cumplido la cuarta parte de la condena, esté clasificado en segundo grado, y haya obtenido un informe positivo del equipo técnico del centro penitenciario. El Reglamento Penitenciario (1996) ha establecido cuál es el margen de discrecionalidad para la concesión de estos permisos, al establecer que la denegación de dichos permisos es posible si el equipo técnico considera que es probable el quebrantamiento de la condena por la existencia de informaciones o datos fidedignos, o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares. De tal manera, que el órgano judicial debe argumentar fehacientemente sobre la concurrencia de aquellos motivos fácticos que son determinantes para poder denegar este tipo de permisos de salida.

Sin embargo, en reiteradas ocasiones, el juez resuelve denegando el permiso de salida con base en la *finalidad* de la norma —la preparación del recluso para la vida en libertad—, *pero en contra de la Ley*, pues señala que la posibilidad de alcanzar la libertad condicional por cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena está lejana en el tiempo; de tal manera, se pone en entredicho el tiempo mínimo del cumplimiento de la cuarta parte de la condena que el legislador estableció para el otorgamiento del permisos de salida, aunque dicho transcurso de tiempo diste todavía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

(6) Especialmente, en el ámbito penal, en cuanto rige la prohibición de la interpretación analógica de las normas (STC 74/1997).

(7) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre.

Cierto, que el juez es cada vez más proclive a la denegación de los permisos de salida penitenciarios, en respuesta a una demanda social muy sensible con el fenómeno de la reincidencia en la comisión de delitos por parte de quienes eluden la custodia con ocasión de la concesión de tales permisos. Pero, en todo caso, la denegación de los permisos de salida deberá ir precedida de una *motivación suficiente* que permita al recluso saber en qué medida los requisitos que exige el precepto legal no se cumplen *ad casum*. Lo que no es posible es que el órgano judicial ignore la Ley so pretexto de la *finalidad* de prevenir la reincidencia en la comisión de estos delitos.

En definitiva, el órgano judicial debe establecer en qué medida el supuesto de hecho se infiere de la Ley, de tal manera que el análisis de la condición de igualdad jurídica de los supuestos de hecho surgida de la aportación de un término de comparación válido añade un dato menos relevante: a saber, si la *ratio decidendi* de las decisiones que se comparan es idéntica, en menoscabo del fundamento de la igualdad en la aplicación de las normas: el *modo* en que los rasgos jurídicos aplicables al supuesto de hecho *a quo* se infieren de la Ley.

Cierto que el Tribunal Constitucional ha analizado la igualdad jurídica de los casos partiendo de los hechos probados en relación con los rasgos jurídicos sustanciales configuradores del supuesto normativo (SSTC 27/1993; 59/1990; 143/1991; 25/1990) para comprobar si aquella valoración ha ponderado los derechos fundamentales adecuadamente (STC 25/1990).

Pero una cosa es analizar la fundamentación conforme a Derecho de la sentencia *a quo*, y otra determinar si la motivación jurídica fue la misma en cada caso, pues esta materia, que constituye un requisito de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de la doctrina, no es función que corresponda al Tribunal Constitucional (SSTC 125/1986; 30/1987, FJ. 2.º; 190/1988; 24/1990; 134/1990; 200/1990; 105/1991; 58/1992; 86/1992; 140/1992; 304/1993; 13/1995; 30/1996; 50/1996), sino al Tribunal Supremo. La motivación del criterio judicial *a quo*, fundamento de igualdad en la aplicación de las normas garantizado en el artículo 24.1 CE, revela la irrelevancia de comparar si la *ratio decidendi* de la sentencia *a quo* fue la misma que la motivación del fallo *ad quem*.

Como señala el autor, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley exige no tanto que la interpretación de la norma sea la misma para todos los sujetos a los que se les aplique, cuanto que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada (pág. 133).

La Norma Fundamental establece que el juez, aunque subordinado a la Ley, es independiente en el ejercicio de su función (artículo 117.3 CE); y esta independencia judicial que se predica en el *Estado de Derecho* español es una independencia intrasistema. El ordenamiento constitucional precisa que el

órgano judicial sea independiente con una finalidad muy clara: la tutela del ordenamiento jurídico (8). El fundamento principal del Estado de Derecho es la tutela de la Ley porque ella constituye la personificación del sistema en su conjunto. Garantizar la Ley es asegurar el ordenamiento en su totalidad (9). Por ello, es deseable que el aplicador del Derecho no trate de colocarse en el lugar del legislador, sino que encuentre el verdadero sentido de la norma a través de los cauces de la interpretación (10). La alegación de un término de comparación será tan sólo un referente en la interpretación del supuesto *a quo*, más no tendrá carácter vinculante.

En definitiva, esta monografía plantea con rigor un problema importante de técnica jurídica: el que surge cuando el Tribunal Constitucional articula un término de comparación porque la Ley, siendo racional o razonable, no ha previsto a todos sus destinatarios. Un problema de límites entre la función de creación y la de aplicación de las normas que el autor quiere poner de manifiesto y, que sin duda, contribuye a enriquecer el acervo científico al que recurrir por parte de los operadores jurídicos implicados.

(8) C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1992, págs. 162-163.

(9) Cfr. I. DE OTTO Y PARDO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 144 y sigs.; A. GARRORENA MORALES: *El lugar de la Ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980, págs. 73-88.

(10) «Una ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el juez pueda erigirse en superior a ella» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *Historia y pensamiento. Homenaje a Luis Díez del Corral*, t. I, Eudema, Madrid, 1987, pág. 343. Como señala Requejo Pagés, «El fin es, en todo caso, asegurar los criterios con los cuales debe operar el órgano jurisdiccional a la hora de confeccionar la norma irrevocable, al objeto de que la respuesta contenida en la misma sea la réplica fiel de la reacción que ante el supuesto planteado al sistema por el entorno cabría esperar de aquél». (J. L. REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pág. 116).