

## IMPARCIALIDAD, IGUALDAD Y OBEDIENCIA EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

**T**ienen los jueces la obligación de resolver siempre en conformidad con el Derecho? Las distintas contestaciones que a lo largo de la historia del Derecho, se han dado a esta pregunta, varían por la forma de entender lo que es el Derecho. En efecto, las diferencias se han producido a la hora de concebir a éste como conjunto de normas válidas en cuanto justas, o en cuanto incorporadas al Ordenamiento y aceptadas por ciertos órganos con competencia para ello, o en cuanto expresión del «espíritu del pueblo», etc... En cualquier caso, incluso a aquellos para quienes el Derecho se reduce a las decisiones de los jueces, no les queda más remedio que admitir que éstas se toman desde una premisa normativa (legal, judicial o de otro tipo). Desde una concepción del Derecho como Ordenamiento jurídico, estas páginas van a tratar de adentrarse en algunas cuestiones relacionadas con esta pregunta.

En nuestro Ordenamiento los jueces están sometidos al Derecho (art. 9,1 y 117 de la CE). Ahora bien, existen una serie de cuestiones controvertidas relacionadas con ese sometimiento, tales como la producción normativa judicial, la vinculación de la actividad judicial a los valores constitucionales o la posible existencia de un derecho a la objeción de conciencia en los jueces. Me referiré básicamente a la segunda cuestión, si bien también haré alusión al último problema, que ya he tratado en otro lugar<sup>1</sup> aclarando algunas de sus perspectivas. Todo ello se hará desde la vinculación del Poder judicial a los principios de independencia y sometimiento al Derecho, y teniendo en cuenta su papel dentro de un Estado social y democrático de Derecho<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Concretamente en «Juez y objeción de conciencia», *Sistema*, n.º 113, 1992. También en «Las tres conciencias», en AA.VV., *Ley y conciencia*, ed. a cargo de G. Peces-Barba, BOE-Universidad Carlos III, 1993.

<sup>2</sup> Esta última expresión se conecta con prescripciones constitucionales tales como el sometimiento al Derecho (art. 9,1), el reconocimiento del pluralismo político y de los derechos de participación (arts. 1,1, 9,2, sufragio...) y, por último, la promoción de los derechos por parte de los poderes públicos (art. 9,2).

## 1. Alcance de la obediencia al Derecho del Poder judicial

### 2.1.1. Consideraciones preliminares

Cualquier problema referente a la obediencia al Derecho exige llevar a cabo algunas consideraciones preliminares, tales como la diferenciación entre obligación jurídica y obligación moral<sup>3</sup>, entre el significado de la obligación jurídica y el de la obediencia<sup>4</sup>, y entre obligación jurídica de obediencia y obligación moral de obediencia.

En relación con ésta última, tres argumentos han destacado en la historia para su justificación. Los argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. El célebre diálogo de Sócrates con las Leyes expuesto por Platón en el *Critón*, es muestra de los primeros, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil*<sup>5</sup>. Atendiendo a los argumentos de éste último, es posible distinguir entre consentimiento tácito o expreso. El primero se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo por una actuación expresa de reconocimiento del valor del Derecho o del sometimiento al mismo.

La justificación centrada en el contenido tiene también como exponente histórico a Sócrates, si bien está reflejada más claramente en el pensamiento cristiano medieval<sup>6</sup>, donde se alude a la obligación de obedecer al Derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues a la noción de justicia.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que vendrían a justificar la obediencia al Derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación vuelve a ser el pensamiento cristiano medieval, si bien puede citarse

---

<sup>3</sup> Se trata de mandatos impuestos por una norma, si bien la primera es jurídica y la segunda moral. Así, la diferencia fundamental se sitúa en su fuente de creación (aunque puede darse el caso de que un centro de producción jurídica sea para algunos también fuente de obligaciones morales).

<sup>4</sup> Una obligación jurídica es un mandato impuesto por una norma jurídica; la obediencia afectará al cumplimiento o no de esa norma. Así, la obligación de obediencia será la obligación de obedecer esa norma (concretamente, la obligación de obedecer la obligación jurídica).

<sup>5</sup> Vid. *Apología de Sócrates y Critón o el deber del ciudadano*, 16 ed., versión castellana de T. Meabe, Espasa-Calpe, Madrid, 1986, págs. 113 y 127; también *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid 1980, págs. 73 y ss. y 90 y ss. Sobre la obediencia al Derecho vid. Eusebio Fernández, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987.

<sup>6</sup> Vid. por ejemplo Lutero, «Sobre la autoridad secular: Hasta donde se la debe obediencia», en *Escritos Políticos*, est. prel. y trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 30 y ss.

también a Max Weber<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

Como he señalado en otro lugar<sup>8</sup>, estos argumentos no sirven para justificar la existencia de una obligación moral absoluta de obedecer al Derecho. Son razones para obedecer que, cuando adquieren una consistencia real, apoyan la existencia de una obligación *prima facie*. En la actualidad, el discurso sobre la obediencia viene relacionado con el de la legitimidad, y se suele afirmar que existe una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho cuando este presenta unos contenidos cercanos a la idea de justicia y cuando se han aceptado (consentido) los centros de producción normativa.

Pero junto a la reflexión sobre la obligación moral de obedecer al Derecho, señalaba la posible existencia de una obligación jurídica con ese significado. En nuestro Ordenamiento, tal obligación está recogida con carácter general en el art. 9,1 CE.

Interesa aquí destacar su papel en relación con los poderes públicos. Para ello, hay que acudir no sólo a éste artículo, sino a su juego con los artículos 9,2 y 9,3 también del texto constitucional.

Cabe así hablar de dos proyecciones de la obligación jurídica de obediencia en relación con los poderes públicos. La primera es la tradicional y se identifica con la no transgresión de las normas y con el principio de legalidad. La segunda impone no sólo la no transgresión, sino también la actuación en conformidad con el Derecho. Esto es, una actuación que esté en conformidad con los valores y contenidos básicos del sistema jurídico<sup>9</sup>.

### *2.1.2. La obligación de obediencia de jueces y tribunales: especial referencia a la igualdad y la seguridad*

Una vez realizadas estas consideraciones preliminares, abordaré el problema de la obediencia al Derecho de los jueces y tribunales, si bien desde la perspectiva jurídica y no moral. En relación con esta última, sólo señalaré que la obligación moral de obediencia de los jueces es más fuerte, tanto por los principios que definen su actuación, especialmente el de sometimiento al Derecho, cuanto porque si que cabría hablar de un consentimiento expreso y no tácito, prestado

---

<sup>7</sup> Vid. *Economía y Sociedad*, ed. prep. por J. Winckelman, Fondo de Cultura Económica, México 1962, T. I, págs. 172 y ss. y T. II, págs. 707 y ss.

<sup>8</sup> Vid. mi libro *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 332 y ss.

<sup>9</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/83 de 18 de noviembre, fj. 3º. y, con más claridad la 53/85 de 11 de abril, fj. 4º.

en virtud del art. 318 de la LOPJ<sup>10</sup> (aunque ciertamente subsiste el problema del valor de las promesas).

En lo que atañe a la proyección jurídica de la obediencia, señalábamos antes que la sujeción al Derecho de los Poderes públicos forma parte de su misma definición. El principio de legalidad define uno de los rasgos culturales de nuestros sistemas jurídicos. Y todo esto se acrecienta en relación con los jueces, que son un Poder público y que, como señala el art. 117 CE, están sujetos únicamente al Derecho<sup>11</sup>.

La obligación jurídica de obediencia que poseen los jueces, se relaciona con la seguridad jurídica y con la obligación promocional. El análisis del significado de estas obligaciones permitirá comprender el valor normativo de la actividad judicial y matizar uno de los postulados que a lo largo de la historia de la cultura jurídica se ha querido proponer como característica esencial de la distinción entre las dos grandes formas de entender el Derecho en nuestro área cultural: la anglosajona y la europeo-continental<sup>12</sup>.

En efecto, tradicionalmente se ha acudido a la idea del precedente para establecer una neta diferenciación entre ambas culturas jurídicas. Desde el presupuesto de la inexistencia del valor del precedente en la cultura jurídica europeo-continental se ha negado la consideración normativa de los enunciados judiciales generales.

Entiendo por enunciado judicial general, aquel que fruto de la labor interpretativa y argumentativa, es «creado» por el juez para la

---

<sup>10</sup> En él puede leerse: «1. Los miembros de la carrera judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: ‘Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todo’. 2. El mismo juramento o promesa se prestará antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la carrera».

<sup>11</sup> No hay que olvidar la relevancia y el significado que posee la interpretación de las normas jurídicas. Vid. Daniel Mendonca, *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Y en esta tarea los jueces desempeñan un papel esencial (aunque no único). Por otro lado, la textura abierta de las normas, la existencia de zonas de penumbra, o el imperativo del 1,7 del CCiv, que ordena a los jueces a resolver en todo caso lo asuntos de que conozcan, hacen imposible concebir la tarea judicial como algo no valorativo. Esto no significa que la actividad judicial no esté presidida por el sometimiento al Derecho. La tesis de que los jueces crean Derecho no se enfrenta a esta exigencia normativa. Se trata de un centro más de producción normativa, sometido al Derecho, en ocasiones a las normas dictadas por otros centros y, por supuesto siempre, a la Constitución. La crítica de su composición no democrática vale para quienes consideran que son libres en la determinación de sus decisiones pero no para quienes los consideran como centros de producción normativa sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

<sup>12</sup> Vid. P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 224.

resolución de cualquier controversia, y que sirve como premisa mayor del silogismo en que culmina la actuación judicial. En ocasiones, la premisa mayor -el enunciado- coincidirá completamente con una norma expresa, pero en otras será fruto de la labor argumentativa del juez. En cualquier caso, toda decisión judicial debe contar con ese enunciado general, aunque a veces sea difícil determinar cual es<sup>13</sup>.

Pues bien, existe un camino que servirá para dotar de significado normativo a los enunciados generales, y que se deriva del análisis de las obligaciones de los poderes públicos.

La exigencia de seguridad jurídica se funda en el art. 9,3 CE, si bien se comprende como uno de los fines esenciales del Derecho. En lo que aquí interesa, posee dos significados principales: a) que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse en la creación normativa (en el sentido de que sean capaces de predecir, al menos mínimamente, esta producción); b) que la producción normativa se haga respetando los derechos y valores fundamentales. Ambos significados coinciden en la exigencia de prohibir la arbitrariedad en la producción de normas. A través de esta exigencia, los operadores jurídicos saben que la producción normativa no puede ser arbitraria (en el sentido de opuesta al Ordenamiento). Esto es, todo cambio normativo legal, reglamentado, judicial, debe estar justificado jurídicamente. El control del cumplimiento de esta exigencia se lleva a cabo a través del examen de legalidad y de constitucionalidad de las distintas disposiciones.

En relación con el poder judicial, la seguridad exige el control de su producción normativa, en el sentido de que las modificaciones que se puedan realizar en los enunciados judiciales generales, no pueden ser arbitrarias.

Lo que denomino como obligaciones promocionales adquieren su significado general en el art. 9,2 CE que, en lo que aquí interesa, contiene una obligación destinada al Poder judicial, como parte integrante de los poderes públicos, de promover la libertad y la igualdad.

Haré exclusiva referencia a dos sentidos de la igualdad en los que se recoge con carácter muy general su significado en el Ordenamiento:

---

<sup>13</sup> Vid. E. Bulygin, «Sentencia judicial y creación del Derecho», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 358 y ss. Normalmente, el problema de la producción normativa judicial se centra en la determinación del valor normativo del fallo. Sin embargo, parece que lo interesante es determinar el valor normativo del enunciado que en toda decisión funciona como premisa mayor. Es imposible, por razones de espacio, describir como se produce éste y qué papel desempeña en cada decisión. Basta con examinar las decisiones judiciales para encontrar estos enunciados. Puede verse reflejada también esta presencia en los estudios sobre argumentación jurídica. Vid. así M. Atienza, *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, págs. 235 y ss.

«igualdad como no discriminación» e «igualdad como exigencia de diferenciación».

La igualdad como no discriminación es una obligación indiscutida de los poderes públicos. Estos deben tratar de forma idéntica a los ciudadanos sin que exista discriminación. En este sentido se afirma que los ciudadanos son iguales ante la ley sin distinción alguna, por lo que la legislación y la aplicación del Derecho no debe establecer diferencia de trato.

En relación con el Poder judicial, y concretamente con su actuación, este sentido de la igualdad, impide establecer diferencias de trato entre los ciudadanos; impone resolver de forma idéntica casos idénticos. La reflexión anterior sobre la seguridad incide en este punto. Así, un enunciado normativo general que sirve de justificación a una determinada decisión, deberá utilizarse en todas las restantes decisiones que versen sobre casos idénticos.

Ahora bien, hay que llamar la atención sobre la dificultad de que se produzcan casos totalmente idénticos<sup>14</sup>. No es extraño así que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de marzo de 1988 (Ref. Ar. 2340) afirmara: «Salvo absoluta coincidencia de todos y cada una de las reducciones en su identidad y grado -que es rarísimo, si no prácticamente imposible que se produzca, la invocación de precedentes judiciales resulta inefectiva». Y ello porque, «cada concreto supuesto reclama también una precisa decisión, ya que sólo así queda otorgada la plena tutela judicial».

Simplemente con el paso del tiempo, la realidad se modifica, lo que se acrecienta cuando son sujetos distintos, objetos diferentes, etc...<sup>15</sup>. Pero además, conviene ser consciente también que, si existe identidad total, estamos en presencia del mismo caso y por lo tanto no cabe plantear el problema. Si no hay identidad total, sino relación, normalmente el sentido normativo del enunciado funcionará de manera

---

<sup>14</sup> Vid. sobre el tema la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/87 de 22 de abril, fj. 2º.

<sup>15</sup> Ahora bien, si por ejemplo se trata de la interpretación de una norma en relación con dos sujetos dentro del mismo momento (sin que deba tenerse en cuenta circunstancia alguna), es evidente la obligación del Tribunal de no tratar discriminadamente. Vid así la Sentencia 184/92 de 16 de noviembre, (fj. 2º. donde se afirma: «Ello con la circunstancia agravante de que un mismo razonamiento, común para los dos apelantes, ha llevado a conclusiones radicalmente opuestas respecto de cada uno de ellos. Todo lo cual pone de manifiesto que, con independencia de la corrección de la interpretación de la legalidad urbanística de la que la Sala parte, y sobre la cual este Tribunal nada tiene que decir, la Sentencia que se impugna es manifiestamente irrazonable...»). No obstante el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar la posible existencia de dos soluciones correctas para casos idénticos, es decir, la «existencia de dos criterios distintos que alternan y representan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas fundamentadas», en casos de soluciones desiguales de

idéntica a los diferentes materiales normativos (no directamente referidos al asunto), que utilizará el juzgador en la resolución de la controversia, sin que exista obligación de emplearlo. Podrá utilizar la anterior decisión, a pesar de la modificación de la realidad, entendiendo que esos cambios no son relevantes para tratar de manera diferente (es el sentido más preciso de la igualdad como no discriminación).

Estrechamente relacionado con esto se presenta el segundo sentido de la igualdad: la igualdad como exigencia de diferenciación. Esta consiste básicamente en un trato desigual a través de criterios no arbitrarios. Se parte de una determinada situación desigual que se pretende corregir a través de un trato especial justificado jurídicamente.

En relación con la actuación judicial, este sentido de igualdad, permite establecer diferencias de trato, siempre y cuando estas no sean arbitrarias. La reflexión sobre la seguridad jurídica cobra aquí también un importante papel. Así un enunciado normativo general que ha servido de justificación a una decisión, podrá ser dejado a un lado, en ocasiones similares, siempre y cuando exista una justificación no arbitraria, esto es, fundada en el Derecho. Como vemos, esta dimensión coincide con algunas de las matizaciones que hacíamos al examinar la proyección del primer sentido de igualdad en la actuación judicial.

¿Cómo incide todo esto en el análisis de los enunciados judiciales generales? En virtud de lo que dispone el Ordenamiento jurídico, parece que éstos servirán para ser utilizados en casos idénticos. Es decir, el Tribunal debe emplear el enunciado utilizado para resolver un caso idéntico. Y esto es válido para cualquier órgano judicial. Sin embargo, teniendo en cuenta el significado de la igualdad como exigencia de diferenciación, la obligación de trato igual permite un trato diferente no arbitrario. Así, el Tribunal cuando en el caso se presentan ciertas circunstancias que justifican un trato desigual podrá hacerlo, y por lo tanto apartarse del enunciado general anterior.

Imaginemos un caso modelo con un enunciado normativo general y su relación con otros casos. Uno completamente distinto, otro relacionado en algún punto, otro prácticamente igual, y un último idéntico. En relación con el primero, el enunciado normativo general modelo no sirve para nada, pero está presente, claro está, la obligación de justificar el enunciado normativo del nuevo caso. Respecto al segundo, la situación es similar, si bien, el enunciado modelo podrá ser utilizado en la justificación del nuevo, junto con otros

---

un mismo órgano sobre el mismo objeto (Sentencia 42/93 de 8 de febrero, fj. 5°). Claro está que el problema se plantea a la hora de la valoración pero no cuando la decisión se ha tomado (cosa que por otro lado puede darse entre normas jurídicas en sentido estricto). Es decir, no hay una única respuesta fundada en el Derecho, pero una vez que se ha dado una solución esta debe ser adoptada en todos los casos iguales, salvo que exista una razón con apoyo jurídico, para proceder de forma contraria.

materiales normativos. En el tercer caso, manteniéndose esa misma situación, puede aparecer una nueva dimensión que se proyecta en la justificación del nuevo enunciado. En efecto, su justificación debería incidir en el porqué de la diferencia con el supuesto modelo, lo que significará fundamentar la no utilización de su enunciado (algo obligatorio si la decisión se recurre). El último caso presenta, al menos, dos variantes. Una consistiría en el planteamiento de un supuesto idéntico en todos los aspectos al modelo. En este caso, el valor de cosa juzgada impediría cualquier nueva decisión. La segunda variante supondría algún cambio (bien de las partes, del objeto, etc... ). Respecto a ella, el Tribunal podría utilizar bien el enunciado modelo o bien crear otro. La utilización del enunciado modelo sería expresión de la igualdad como no discriminación. El Tribunal, aún apreciando alguna variación, no consideraría ésta como suficientemente relevante para justificar un trato distinto. La creación de un nuevo enunciado sería expresión de la igualdad como exigencia de diferenciación. El Tribunal, apreciando alguna variación, a pesar de la similitud de los casos, considera aquella suficientemente relevante para justificar un trato distinto. En cualquier caso, la necesidad de motivar la decisión se mantiene, si bien lo problemático sería ver si existe no sólo esa obligación, sino también la de justificar el trato desigual, es decir, la no utilización del enunciado modelo (igual que nos ocurría en el tercer supuesto).

En la mayoría de los casos la mera motivación del nuevo enunciado va a servir para justificar la no utilización del enunciado modelo, e incluso puede afirmarse que esta será necesaria en casos de gran similitud. Pero aunque se niegue la existencia de este sentido de la obligación, si alguna de las partes pide justificación por la no utilización del enunciado modelo a través de los instrumentos procesales adecuados, el Tribunal deberá explicar y justificar. Las exigencias de seguridad e igualdad lo imponen.

En este sentido, los enunciados judiciales generales y las normas jurídicas expresas, parecen desempeñar un papel similar en la decisión judicial<sup>16</sup>. Ambas actúan como razones para la decisión y poseen por tanto un sentido similar. Lo relevante es la ausencia de arbitrariedad<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Esta afirmación lleva implícita otra, que no será analizada aquí: la no utilización e incluso la transgresión de una norma tiene los mismos efectos que la no utilización o la transgresión del enunciado judicial general.

<sup>17</sup> El Tribunal Constitucional se ha expresado en este sentido con cierta claridad. Así, en su Sentencia 25/87 de 26 de febrero, dentro del fund. jur. 1.º refiriéndose a la igualdad en la aplicación del Derecho, afirma: «obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando un órgano entienda que debe apartarse de sus resoluciones precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable». En cualquier caso, conviene subrayar como la prohibición de arbitrariedad en la actuación judicial, posee unos límites muy amplios, que se corresponden con las diferentes interpretaciones posibles del Ordenamiento y de los hechos objeto de decisión.

Pero, ¿puede afirmarse esto en el plano de la actuación jurídica? Marina Gascón, recientemente y desde una perspectiva general se ha referido a éste problema, en *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Para esta autora, aunque el punto de partida de la discusión sobre el precedente sea el principio de igualdad, no debemos identificar completamente a ambos, ya que es posible respetar el precedente y no promover igualdad. Esto ocurriría, por ejemplo, en relación con un conjunto de sentencias que de manera continua se caracterizasen por tratar discriminadamente a los extranjeros<sup>18</sup>. Sin embargo, el ejemplo de Marina Gascón puede ser matizado. Un conjunto de sentencias cuya principal característica es llevar a cabo siempre un trato discriminatorio seguirían estando vinculadas a la idea de igualdad, aunque en su sentido formal. Serían expresión de un igual trato desigual. La afirmación de la profesora Gascón sólo es comprensible desde la distinción entre precedente, entendido como aplicación formal, e igualdad, entendida desde el contenido de la aplicación. Pero en esta distinción están presentes criterios valorativos y subjetivos que matizan el sentido de la igualdad. Su sentido menos problemático es el formal. Desde este, la igualdad no es otra cosa que el mismo trato ante la ley, pero claro está, desde sus criterios. Si por ejemplo, una norma señala que los extranjeros no tienen los mismos derechos que los españoles, las sentencias que declarasen de forma reiterada que *x* sujetos extranjeros no tienen derecho al trabajo serían sentencias iguales, aunque discriminasen a los extranjeros en relación a los españoles. Un cambio en ese criterio sería distinto o desigual en relación con los anteriores. Incluso, si no se apoyara en el Derecho, sería susceptible de ser entendido como arbitrario (aunque nos pareciese justo).

La posición de Marina Gascón se apoya en la distinción que la jurisprudencia constitucional ha establecido entre igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera afecta al poder legislativo y se refiere al trato dado por la ley; la segunda afecta al poder judicial y poseería, según Marina Gascón, dos sentidos: el de la interpretación no discriminatoria y el del respeto al precedente<sup>19</sup>. En mi opinión, estos dos sentidos coinciden.

---

<sup>18</sup> Vid. Marina Gascón, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid 1993, págs. 57 y 58.

<sup>19</sup> Vid. Marina Gascon, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, cit., págs. 64 y 65.

El primero exigiría que los jueces no llevaran a cabo una interpretación discriminatoria de las normas y por lo tanto se traduciría en la evaluación del criterio en el que se funda la decisión sin hacer referencia a otras actuaciones o criterios<sup>20</sup>. En este sentido opera claramente la prohibición de arbitrariedad tal y como lo apuntábamos al comienzo de este punto. El juzgador no debe discriminar, no debe tratar de forma desigual, salvo que existan razones de peso. Lo importante es explicar y justificar el criterio en sí mismo. Sin embargo, parece que reducir el ámbito del posible sentido discriminatorio del criterio al de las normas jurídicas supone ya negar desde el principio la consideración normativa de las decisiones anteriores. Desde nuestra posición, defendiendo el sentido normativo de las mismas, hay que admitir que la interpretación no discriminatoria puede ser proyectada también en relación con las decisiones anteriores.

El segundo sentido se relacionaría con la regla o doctrina del precedente (concretamente con lo que el Tribunal Constitucional denomina como igualdad en la aplicación de la Ley). Desde este sentido, existiría la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos, aún cuando ninguno de los criterios posibles sean en sí mismos discriminatorios. Se trata por tanto de tratar de forma igual, es decir, no discriminar en relación con un enunciado jurídico anterior. Si se admite el valor normativo de los enunciados judiciales los dos casos son idénticos.

Aunque se afirme que el juzgador no tiene la obligación de justificar su cambio de criterio, pero si de motivar su decisión, hay que ser consciente de que en ocasiones cuando se hace esto último también se hace lo primero. Pero además, lo relevante es que la decisión puede ser recurrida por violación del principio de igualdad, y en estos casos, el juzgador deberá dar razones que justifiquen el cambio de criterio (es decir, la no violación del principio de igualdad por ese cambio)<sup>21</sup>.

Si se trata de determinar si una decisión judicial, es contraria al principio de igualdad o puede ser tachada de arbitraria (y transgredir la exigencia de seguridad jurídica), el Tribunal podrá por un lado analizar si se ha producido un trato desigual en relación con casos anteriores, y en el caso de que esto sea así, si el criterio es o no arbitrario. Caso de que no lo sea, no se habrá violado el principio de

---

<sup>20</sup> Vid. por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/81 de 30 de marzo, f.j. 6.º.

<sup>21</sup> En relación con el tema que nos ocupa pueden ser destacadas dos perspectivas. Por un lado el de la vinculación del precedente en relación con el propio juez, que sería el aspecto subjetivo. Por otro está el de la fuerza real o aspecto objetivo. Desde este el precedente adquiere valor al poder ser alegado a la hora de recurrir una decisión que se aparta del mismo.

igualdad, pero tampoco se habrá transgredido el respeto al precedente porque en realidad no estamos ante un caso idéntico a ningún otro: han cambiado las circunstancias.

A pesar de este razonamiento, y de que existan normas que parecen coincidir o, al menos apoyar relativamente su contenido<sup>22</sup>, el Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario a aceptar explícitamente el valor del precedente<sup>23</sup>. El examen de su valor, se ha relacionado, como ya señalamos, con la reflexión sobre la igualdad en la aplicación de la Ley. En este sentido, si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden destacarse cuatro requisitos que servirían para saber si hay o no igualdad en la aplicación:

a) Debe tratarse del mismo órgano judicial (p. ej. 269/93 de 24 de septiembre). Esta exigencia se justifica sorprendentemente en la independencia judicial (p. ej. 120/87 de 10 de julio). Y digo sorprendentemente porque en ningún caso puede pensarse que la independencia judicial es en relación con el Derecho, sino todo lo contrario. Parece que cuando el Tribunal se refiere a la independencia está afirmando que esta se alza incluso por encima del sometimiento al Derecho<sup>24</sup>. Por otro lado, este requisito se enfrenta con otras declaraciones del Tribunal en las que reconoce que los tribunales superiores son los que deben unificar criterios interpretativos dispares (p. ej. 304/93 de 25 de octubre).

b) Deben ser supuestos de hecho sustancialmente idénticos (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre). Aunque ya hemos advertido sobre la dificultad de que esto se produzca sin que exista algún género de dudas.

c) El término de comparación debe consistir en criterios insertos en resoluciones anteriores que constituyan una línea jurisprudencial cierta y consolidada (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre). Si bien también se ha declarado que el no seguir una línea jurisprudencial no lesiona sin más el art. 14 CE (p. ej. 304/93 de 15 de octubre).

d) Debe producirse una diferencia de trato arbitraria (p. ej. 235/92 de 14 de diciembre).

Ciertamente, toda la problemática parece centrarse en el último

---

<sup>22</sup> El art. 13 de la LOTC afirma: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del pleno».

<sup>23</sup> Vid. su Sentencia 90/93 de 15 de marzo, fj. 3º.

<sup>24</sup> Puede pensarse que cuando se destaca en estos casos el valor de la independencia se hace pensando en posibles instrucciones u órdenes de órganos superiores a inferiores y no desde la consideración de la posible fuerza vinculante de las decisiones anteriores. En este sentido hay que interpretar el contenido de los arts. 12.2 y 12.3 de la LOPJ.

requisito: ¿Cuándo la diferencia de trato es arbitraria? La primera contestación que surge desde el Derecho a esta pregunta es que será arbitraria cuando no se ajuste al Ordenamiento (entendiendo por tal todo los enunciados normativos, incluso los judiciales). Ahora bien, siendo conscientes de la necesidad de interpretar estos enunciados, nuestro Tribunal Constitucional, en las Sentencias anteriores, ha venido a recalcar cuatro requisitos de la no arbitrariedad: interpretación fruto de reflexión no discriminatoria, razonada, razonable y genérica (con vocación de universalidad independientemente de que luego esto sea así).

No obstante, esto sigue sin resolver el problema de las decisiones anteriores: ¿No hace falta motivar el cambio de criterio? El Tribunal ha expresado que será necesario expresar el fundamento del efectivo cambio de criterio (p. ej. 269/93 de 20 de septiembre), si bien basta con que éste pueda ser deducido de la motivación de la solución concreta (p. ej. 71/93 de 1 de marzo).

Como podrá observarse, esta última conclusión no se diferencia mucho de lo que afirmábamos con anterioridad. Normalmente en la motivación del fallo podrán encontrarse las razones para apartarse de las decisiones anteriores. No obstante, lo relevante aquí es determinar a quien corresponde decidir la suficiencia de las razones. En efecto, siempre podrá plantearse la arbitrariedad del cambio de criterio mediante un recurso, y será al Tribunal ante el que se sustancia el recurso, a quien corresponda decir si hay o no fundamento, si este se deduce o no de la motivación, si se ha violado o no el principio de igualdad, si se ha transgredido o no el precedente.

En esta problemática está presente el problema del control del precedente por el Tribunal Constitucional. Conocida es la posición del Tribunal en lo referente a su configuración como órgano de supercasación y su negativa a incidir en el campo del Poder judicial admitiendo la existencia de una especie de amparo por infracción de jurisprudencia. Ahora bien, esto no tiene por qué proyectarse en el Tribunal Supremo<sup>25</sup>.

Aunque los pronunciamientos mayoritarios de los tribunales vayan en la línea de negar valor vinculante a los enunciados judiciales generales, si se analizan los valores y principios constitucionales y el proceso real de decisión judicial, podrá observarse como esa vinculación existe. Hay alguna decisión del Tribunal Supremo que parece expresarlo con claridad. Es el caso de la Sentencia de 23 de enero de 1988 (ref. ar. 108), donde se afirma: «La doctrina legal se

---

<sup>25</sup> Vid. Marina Gascón. cit., págs. 95 y ss. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1979 (RA 2090), y la del Tribunal Constitucional 30/87 de 11 de marzo, f.º 2.º

constituye así en precedente judicial, según la terminología acuñada por la técnica del *case law*, que se nos impone como consecuencia del principio de seguridad jurídica, en relación con el de igualdad de todos ante la ley...». Y esta afirmación se comprueba con el análisis del proceso de decisión judicial. Otro tema será el que los tribunales deseen o no un control sobre su actuación.

En este sentido, pueden alegarse razones de peso, tales como el control de la actividad judicial y la tutela judicial efectiva, que justifican el valor vinculante<sup>26</sup>. La relevancia de la actuación judicial en un Estado de Derecho exige un control exhaustivo de su actuación y del sometimiento al Derecho<sup>27</sup>. Está justificado apartar al Poder judicial del control al que se ven sometidos los restantes poderes públicos en el sentido de exigírseles que los tratamientos diferenciados se justifiquen, no sólo en sí mismos sino en relación con los casos similares? ¿Es posible que exista una tutela judicial efectiva de los derechos sin que los ciudadanos sepan que los tribunales van a resolver casos idénticos de manera idéntica, salvo causa suficientemente justificada?

## **2. Independencia, imparcialidad y desobediencia**

¿Es posible que la moral del juez esté por encima de la del Derecho?; ¿es posible que una disposición injusta a juicio de quien juzga pueda ser transgredida por éste?; ¿puede el juez elaborar normas enfrentadas a las que componen el Ordenamiento?; ¿cabe hablar de un derecho a la objeción de conciencia en los jueces?

Tal vez, desde las reflexiones anteriores, estas preguntas puedan ser ya contestadas. Existen una serie de normas en las que se apoya el propio sistema jurídico-político en relación con las cuales difícilmente va a poder reconocerse un derecho a la objeción de conciencia. Un ejemplo, estaría representado por el sometimiento al Derecho de los Poderes públicos<sup>28</sup>. Esta exigencia, y más si tenemos en cuenta su especificidad en relación con los jueces, parece ser una de esas normas que ponen en juego al sistema. Ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho.

---

<sup>26</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/93 de 24 de marzo, fj. 2.º

<sup>27</sup> Por mucho que puedan citarse decisiones que lleguen a afirmar que el hecho de que un Juez aplique o interprete incorrectamente una norma no vulnera el art. 24.1 CE. Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/93 de 19 de abril, fj. 3.º

<sup>28</sup> Otros ejemplos de estas obligaciones nos harán entender este límite. Un primer ejemplo está constituido por la obligación de defensa a España. Se trata de una obligación que se hace efectiva en casos extremos, que no exige que sea llevada a cabo con las armas y que no debe ser identificada con la obligación del cumplimiento del servicio militar (en efecto, entre las notas que distinguen ambas pueden ser

Sin embargo, existe un mecanismo jurídico a través del cual la conciencia del juez puede verse protegida sin que el sistema sufra, aumentando así también el grado de su legitimidad y, lo que es más importante, manteniendo uno de los postulados más relevantes de la actividad judicial: su imparcialidad. Se trata de la abstención por la existencia de un interés directo o indirecto<sup>29</sup>. Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que no cabe alegar este motivo para la recusación de jueces y magistrados, no parece que sus razones sean trasladables a la abstención. En esta es el propio juez quien se encuentra bajo determinados condicionantes que le impiden ser imparcial, teniendo por tanto determinado interés en la causa.

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo ha vuelto a destacar el valor de la imparcialidad y de los márgenes valorativos de la actividad judicial. Se trata de la Sentencia de 23 de abril 1992 (caso de la colza), donde se afirma que, «un Tribunal deja de ser imparcial cuando realiza acciones que pueden implicar, desde un punto de vista objetivo, una toma de posición respecto de las cuestiones que le son sometidas a su decisión. Por ello, la pérdida de imparcialidad depende de las propias acciones de los jueces». En esta Sentencia se ha recalcado la presencia de valoraciones y su implicación en la decisión final, con la única limitación de su sometimiento a los márgenes del Derecho<sup>30</sup>.

Así, si es el propio juez el que piensa que va a ser parcial, siendo conocedor de que a pesar de ello podría dar una resolución aparentemente legal, la mejor solución, tanto desde el punto de vista ético como desde el jurídico, es la abstención. Un juez, en la resolución de determinada controversia podría alegar poseer un interés directo o

---

citadas: a) la obligación de defensa se dirige a todos los ciudadanos, la del servicio militar no; b) la obligación de defensa no se extingue, la del servicio militar sí). Un segundo ejemplo estará constituido por la obligación de contribuir al gasto público, necesaria para el mantenimiento del sistema. Difícilmente el sistema podría permitir una objeción fiscal general. En cambio no sería problemático, un reconocimiento de la objeción en relación con determinadas partidas (en el caso de que se proyectase sobre la misma partida y fuese general, esto debería hacer pensar al Poder sobre la legitimidad de ese gasto concreto).

<sup>29</sup> Vid. mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», cit., págs. 57 y ss.

<sup>30</sup> Pronunciándose sobre una recusación por supuesta influencia de la opinión pública el Tribunal afirma que todo juzgador posee unas determinadas influencias provenientes de su educación y de su particular orientación. Y aclara: «Pero, precisamente por ello, el esfuerzo de las ciencias jurídicas se dirige directamente a objetivar los juicios de los Tribunales y neutralizar a la vez, tales influencias individuales. Consecuentemente, mientras los juicios del Tribunal aprezcan como jurídicamente fundados de manera sostenible, no cabe pensar que éste haya abandonado las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial».

indirecto basado en razones de conciencia, que le harían no reunir las condiciones de independencia e imparcialidad<sup>29</sup>.

Acabo de decir que esta sería la decisión correcta desde un punto de vista ético y jurídico. En ambos casos se plantean problemas. Desde la moralidad del juez, quizá la mejor solución pudiera ser utilizar el Derecho para dar una resolución que estuviera en conformidad con sus creencias. Ahora bien, creo que está por encima el Derecho. La misión del juez es actuar en conformidad con él. Su moral no puede estar por encima de la del Derecho, cuando actúa como juez.

En la dimensión jurídica, los problemas de esta fórmula han sido señalados por Gregorio Peces-Barba y pueden ser reunidos en tres grupos<sup>30</sup>:

A) «A través de esta solución se está primando la moralidad del juez sobre la del Derecho». Sin embargo, entiendo que ocurre todo lo contrario. Más bien lo que se está haciendo es apartar la posible incidencia de la moralidad del juez, sin exigir el sacrificio y lo problemático de la dimisión.

B) «¿Cómo puede demostrarse y probarse la existencia de razones de conciencia?» Ahora bien, el art. 221, punto 2.º de la LOPJ obliga a motivar la abstención y, en el punto 3.º de esa misma disposición se señala que, en el caso de que no parezca haber justificación para la abstención, se ordenará al juez la continuidad del proceso estableciéndose incluso la posibilidad de sancionarle disciplinariamente (tratamiento muy distinto en relación con otras situaciones semejantes). La prueba es complicada, pero no hay que olvidar que no lo es menos la que se proyecta en los supuestos clásicos de la objeción de conciencia y que esta se lleva a cabo.

C) «¿Qué ocurriría si todos los jueces hiciesen lo mismo respecto a una norma?» Ciertamente el supuesto cambiaría porque estaríamos moviéndonos en una especie de desobediencia civil. En relación con este supuesto, extremo en cualquier caso, el Ordenamiento debería reaccionar a través de los mecanismos antes señalados. Ahora bien, junto a esa reacción debería también producirse una reflexión sobre la norma en cuestión.

De todas formas, es importante subrayar como este recurso a la abstención no supone abrir la posibilidad a la desobediencia al

---

<sup>29</sup> La alusión a la conciencia del juez no tiene por qué sorprender, sobre todo en un sistema como el español, donde ésta posee un relieve fundamental en lo que tal vez sea el momento procesal penal más importante: la determinación de los hechos. Vid. al respecto lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim.

<sup>30</sup> Vid. los problemas en mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», cit., pág. 72.

Derecho por parte de los jueces. Tampoco es identificable con el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia. Aunque aquí los problemas son mayores.

Dos perspectivas parecen coincidir. Puede pensarse que se trata de un mecanismo para que la conciencia ética individual del juez no se vea transgredida. Pero también puede afirmarse que se trata de un mecanismo para que uno de los principales valores que presiden la labor judicial, la imparcialidad, no sea transgredido. La primera perspectiva ve la solución como derecho; la segunda como obligación.

La perspectiva del derecho encontraría su fundamento en la necesidad de proteger una actuación en conciencia del juez cuando su dignidad pudiese verse afectada por la aplicación de una norma determinada. La perspectiva de la obligación estaría fundada en la necesidad de imparcialidad de la actuación judicial, que se constituye básicamente en determinante de la dignidad del aparato judicial. Desde el primer punto de vista cabría hablar de objeción de conciencia, si bien sería un tipo especial. Sería más correcto hablar en todo caso de derecho-obligación.

De todas formas, si hubiese que destacar alguna de las dos dimensiones primaría la segunda. Si la comparamos con ciertos tipos de objeción de conciencia veremos como en ellos es un imperativo ético el que impone la desobediencia a una norma. En nuestro caso, se trataría más bien de un imperativo jurídico. Respecto a la situación del objeto, el Ordenamiento toma como relevante una determinada postura moral hasta el punto de conceder la posibilidad de incumplir una obligación determinada; la figura de la abstención lo que hace es, partiendo de un principio jurídico, tomar como relevante una determinada postura moral hasta el punto de imponer una obligación. Lo primero protege la moral del individuo aunque indirectamente la del Ordenamiento; lo segundo protege la moral del Ordenamiento, aunque indirectamente la del individuo.

