

LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Andrés OLLERO*

SUMARIO: I. *Igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley.* II. *Un inevitable problema fronterizo.* III. *Casación y unificación de la doctrina como condición de la igualdad en la aplicación de la ley.* IV. *Irrupción de la "casación autonómica".*

El enjuiciamiento sobre el alcance de las reformas propuestas por el proyecto de Ley Orgánica —por la que, a) se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985 del 1o. de julio del Poder Judicial; b) se reforma el recurso de casación, y c) se generaliza la doble instancia penal— habría de realizarse, a mi modo de ver en sus aspectos más polémicos, desde *tres puntos de vista previos* que acaban confluyendo en su diseño:

- Las exigencias derivadas de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico.
- La inevitable tensión entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial al asumir sus responsabilidades para dar satisfacción a dichas exigencias.
- La problemática capacidad de la casación para garantizar la unidad de la doctrina, cuando se la centrifuga hacia instancias autonómicas.

* Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

I. IGUALDAD ANTE LA LEY, EN LA LEY Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

La superación del paleopositivismo legalista

El principio de igualdad, a través del que opera uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1, Constitución Española —CE—), cobra una polifacética relevancia constitucional.¹ Buena prueba de ello es el cambio de significado y alcance de la tradicional apelación a la igualdad *ante* la ley. Se solía entender por tal, que los textos legales habrían de conferir similar trato a todos los ciudadanos, salvo que el propio legislador aportara un fundamento objetivo y razonable, capaz de justificar una desigualdad no discriminatoria. Al despejarse el espejismo propio del positivismo legalista, que aspiraba a lograr una aplicación técnica de la ley, ajena a todo devaneo interpretativo, surge la exigencia de que también *en la aplicación de la ley* se opere con una incidencia no desigual para sus destinatarios. Con ello, la igualdad ante la ley duplica su campo de juego, mientras el que se le venía asignando constituye sólo uno de sus ámbitos: la igualdad en la ley.

El control constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley cobraría pronto una notable dimensión expansiva,² desbordando los planteamientos habituales sobre las llamadas fuentes del derecho. La “hidráulica” jurídica resulta claramente desbordada cuando el precedente judicial, al que se negaba carácter de fuente en aras de una exagerada dualidad entre sistema jurídico continental y anglosajón, se abre paso como fruto de la exigencia constitucional de igualdad de trato en la aplicación de las leyes. De poco serviría que éstas no establezcan desigualdades entre los ciudadanos, si luego su descontrolada aplicación las acabara generando.

Sirva de jugoso caso práctico el contemplado por la STC 201/1991 del 28 de octubre.

¹ He tenido ocasión de subrayarlo; por ejemplo, en “Relevancia constitucional de la igualdad”, *Funciones y fines del derecho (estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Murcia, Universidad, 1992, pp. 543-553.

² Tuve ya oportunidad de estudiarla en la primera edición de *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, donde analizo esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 1981 a diciembre de 1988.

- El 12 de diciembre de 1988 el entonces existente Tribunal Central de Trabajo rechazaba que un trabajador de Ensidesa tuviera derecho a percibir el 100% de su pensión de jubilación, por considerar “pensión pública”, computable en la aplicación del límite máximo a percibir, el complemento que había recibido por jubilación anticipada en el marco del Acuerdo de Reconversión del Sector. El mismo Tribunal había fallado el 27 de julio y el 5 y 25 de octubre del mismo año en sentido contrario al abordar tres casos idénticos.
- El Ministerio Fiscal constata tal “identidad fáctica y procesal”, apreciando “una modificación sustancial de criterio que carece de motivación”, lo que le lleva a estimar vulnerado el derecho a la igualdad.
- El Instituto Nacional de la Seguridad Social apunta, por su parte, que “la sentencia impugnada no es una resolución aislada, sino que reproduce y reitera la interpretación establecida en sentencias anteriores” (en este caso, las de 26 de abril, 9 de mayo y 6 de octubre del mismo año, posterior ésta sólo en un día a una de la anterior serie).

Nos encontramos pues ante una sorprendente muestra de uso alternante del derecho,³ que coloca al Tribunal Constitucional en una incómoda situación de perplejidad, al considerar que ha de abstenerse

pronunciamientos sobre cuál de las dos soluciones divergentes alternativa-mente elegidas en las sentencias citadas pueda ser la más conforme a derecho, sino tan sólo constatar que ambas se fundamentan en razones jurídicas objetivas que alejan toda sospecha de que, cualquiera de ellas, vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley por no poder, en modo alguno, estimarse que han sido adoptadas con irreflexión o arbitrariedad.⁴

O sea, que se constata la existencia de una desigualdad que no afecta a la igualdad, aunque no se aporte expreso fundamento objetivo y razonable que la justifique.

Lo más curioso del caso es que, al intentar encontrar fundamento a tan peculiar trato igualitario, se reconozca que puede “parecer poco conforme con el

³ Así lo calificamos en nuestro estudio “Igualdad ante la ley y uso alternante del derecho”, que duplica el contenido y da paso a la segunda versión del ya citado *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, en el que analizo la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión recaída de enero de 1989 a diciembre de 2003. De ahí que prestemos ahora más atención a sentencias posteriores.

⁴ STC 201/1991 del 28 de octubre, F.3.

principio de seguridad jurídica el que un mismo Tribunal dicte, en fechas muy próximas, separadas en algún caso tan sólo por un día, sentencias claramente contradictorias entre sí, resolviendo en sentido radicalmente opuesto supuestos idénticos”, pero no se duda en aducir, entre otros tópicos, que “ello no es más que consecuencia de la independencia que cada juez o tribunal tiene en el ejercicio de su potestad jurisdiccional”. Por lo visto, el problema

debe encontrar solución en el marco del ordenamiento legal a través de los remedios procesales y orgánicos que resulten ser necesarios para lograr la superación de dicha discrepancia, puesto que tal objetivo no puede obtenerse en la vía de amparo constitucional por no ser competencia de este Tribunal realizar funciones de unificación jurisprudencial en temas de legalidad ordinaria, que corresponde decidir, en exclusiva, a los órganos judiciales.⁵

La renuncia a llevar a término las exigencias constitucionales de igualdad en aplicación de la ley resulta poco disimulable.

El control concentrado de constitucionalidad deja así entrever alguno de sus puntos débiles. Es fácil que el Tribunal Constitucional actúe de modo deliberadamente inhibido, cumpliendo con fidelidad el principio de conservación de la norma, por respeto a las legítimas prerrogativas del Poder Legislativo. Éste, sin embargo, puede a la vez verse tentado de desentenderse de las exigencias de su obligada lealtad constitucional, transfiriendo al alto Tribunal la responsabilidad de mantenerlo a raya.⁶ Si, por otra parte, en razón al no menos obligado respeto al legítimo campo de juego del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional opta también por inhibirse, por clamorosa que sea la situación, no es razonable esperar que el principio de igualdad viva sus mejores momentos.

Ya hemos aludido a la necesidad de apelar a un fundamento objetivo y razonable para poder justificar un trato desigual, que en el caso de la igualdad en la aplicación de la ley se concreta en la existencia de un cambio de criterio a la hora de llevarla a cabo. Un primer movimiento inhibitorio lleva al Tribunal a plantearse si tal fundamentación ha de expresarse de modo explícito, para que se pueda excluir una discriminación. Bien pronto se

⁵ *Idem.*

⁶ Hemos ilustrado esta situación, a propósito de las reformas de estatutos de autonomía que se vienen tramitando, en “Puenting constitucional”, *Nueva Revista*, 2006, núm. 103, pp. 10-16.

opta por considerarla sustituible por exigencias menos drástica, como que el nuevo criterio se plasme en una solución genérica.⁷

Más sorprendente resulta la conformidad ocasional con que se trate de un cambio no inadvertido,⁸ ya que de ello cabría derivar que una deliberada vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley dejaría de ser relevante precisamente por no ser fruto de involuntaria inadvertencia. Ahora no es la independencia del juez, sino su posible distracción la que se pretende suplir, en beneficio de su tarea y sólo mediatamente de la propia Constitución. De la igualdad nos vemos así trasladados hacia la tutela judicial efectiva por la vía del error. Ante lo curioso de la situación, no faltan sentencias en las que se riza el rizo [*sic.*] al referirse a cambios de criterio no advertidos, no ya por el juez sino por los propios justiciables; lo que invita sin más a la perplejidad y garantiza que no se reaccionará por vía de amparo.

Se da por hecho, en todo caso, que pretender que se mantenga una línea jurisprudencial constante, sólo modificable mediante justificación explícita, sería pedir demasiado. De ahí que se rechace tan sólo que fuera fruto de arbitrariedad irreflexiva, admitiéndose por el contrario toda resolución que permita detectar una continuada vocación de futuro, sin perjuicio de alguna que otra ruptura ocasional.⁹ Se añade a ello la posibilidad de que lo justifi-

7 Así la STC 268/2005 del 24 de octubre, F.8, hará constar que, “si bien es verdad que la explicitación de ese cambio de criterio no siempre es exigible”, “cuando se puede inferir de los términos de la resolución, sin embargo en este caso no concurre dato alguno, ni interno, que se derive del propio fundamento de la sentencia impugnada, ni externo, como pudiera ser una resolución judicial posterior y en el mismo sentido a la recurrida en amparo, del que se pueda inferir que el cambio de criterio esté dotado de una vocación de generalidad”.

8 “Los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso”, STC 201/1991, F.2. En la STC 28/2004 del 4 de marzo, F.5, que ampara por otro concepto, “la exigencia de justificación explícita y suficiente del cambio de criterio judicial obedece al objeto de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia generadoras de un trato desigual”, razón por la cual “afecta directamente al invocado derecho a la igualdad, siendo en consecuencia éste el lugar en que procede su examen” y no a propósito de la tutela judicial efectiva.

9 “Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad

que el cambio de criterio sea su mera permanencia posterior, dando paso a lo que cabría calificar de fuerza normativa de lo consiguiente.¹⁰

Tampoco faltan amagos de aplicar a estos casos el tratamiento propio de una intencionada discriminación, por la vía de excluir sólo un *voluntarismo selectivo* o un trato desigual *ad personam*, lo que emplaza al perjudicado ante una *probatio diabolica* si no se ve compensada por un traslado de la carga de la prueba.¹¹

II. UN INEVITABLE PROBLEMA FRONTERIZO

Tras estas cautelas inhibitorias, que amenazan con vaciar de contenido las exigencias de la igualdad en la aplicación de la ley, late la continua fricción entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, con obvio protagonismo del Tribunal Supremo. El problema deriva de una combinación del control “concentrado” de constitucionalidad con la entrada en juego de un recurso de amparo, sencillamente impensable en el contexto de la teoría kelseniana que le sirvió de matriz.

Se actualiza así el siempre problemático deslinde entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad. El intento del paleopositivismo de solventarlo estableciendo una presunta frontera entre la aplicación técnica de la ley, propia de los jueces, y una posible manipulación política, a cargo de órganos no propiamente judiciales, resulta difícilmente sostenible, cuando la Constitución se contempla como pieza clave del ordenamiento jurídico

STC 201/1991, F.2; todo ellos con referencia por aquel entonces a las SSTC 64/1984, 49/1985, 108/1988, 199/1990 y 144/1991, entre otras”.

¹⁰ Aparte de la alusión al final de la cita anterior, se nos recuerda que “la sentencia recurrida no es una resolución aislada que, de manera irreflexiva o arbitraria, realice un cambio ocasional e inesperado de una línea jurisprudencial mantenida hasta entonces sin contradicción relevante, sino que se trata de sentencia que reproduce doctrina establecida en resoluciones anteriores e incluso continuada, al menos, en una sentencia posterior”. Todo ello sin ocultar que “sobre el tema debatido se han dictado por la Sala Cuarta del Tribunal Central de Trabajo diversas sentencias, que pueden agruparse, por su fundamentación jurídica y fallo, en dos conjuntos perfectamente diferenciados”, STC 201/991, F.3, asumiendo pues el curioso uso alternante del derecho ya señalado.

¹¹ Así ocurre en buena medida en los despidos nulos por infracción de libertad sindical o por discriminación por razón de sexo; de estos últimos me he ocupado en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

y, en consecuencia, se responsabiliza particularmente al propio Poder Judicial de combatir sus posibles vulneraciones.

Apelar, en este contexto, a la independencia judicial resulta fuera de lugar. Pretender que las resoluciones del Tribunal Supremo, o de cualquier otro órgano judicial, no puedan ser revisadas por el Tribunal Constitucional equivaldría a sustraerlo de un control del que —sin escándalo alguno— ni siquiera se excusa al Poder Legislativo. Precisamente es la idea de que sólo la ley puede generar desigualdad, mientras que su aplicación —puramente técnica— por los jueces nunca podría hacerlo, es la que entra en crisis al pasar la igualdad ante la ley a albergar en su seno a la igualdad en la aplicación de la ley.

Todo ello se complica, sin duda, ante el doble filo de la subsidiaridad del amparo. Por una parte, se sitúa al Poder Judicial en primera línea en la defensa y garantía de la Constitución, vedando que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse respecto a una posible vulneración que los tribunales no hayan tenido oportunidad de subsanar. Por otra, toda resolución estimatoria de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional acabará consistiendo en una sentencia sobre otra sentencia, con el Poder Judicial sometido a revisión, e incluso con el Tribunal Supremo en desairada situación, al considerarse más conforme con la Constitución el pronunciamiento de una previa instancia judicial.

El intento de fundamentar una actitud de resistencia buscará amparo en una teoría del derecho notablemente desfasada, que en clave normativista reacciona contra el juego interpretativo de los principios, viendo en ellos un cariz “jusnaturalista”. La verdad pura y simple es que, sin dicho cariz, el propio control de constitucionalidad perdería todo sentido. No en vano se ha afirmado, desde planteamientos menos vetustos, que la Constitución juega como frontera entre derecho natural y derecho positivo, sirviendo de cauce de positivación a las exigencias del primero, explicitadas en el contexto de razón pública¹² propio de un Estado liberal.

Se acaba compartiendo, en todo caso, el recelo ante el posible nacimiento de una nueva instancia judicial convertida en excusa para dar vía libre a una especie de casación universal. Al propio Tribunal Constitucional no le entusiasma la continua multiplicación de recursos de amparo, inadmitidos en trá-

¹² “En un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo”, dice, refiriéndose al norteamericano, Rawls, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 266.

mite previo de manera masiva. Se encontraría sin duda más cómodo en un sistema que le permitiera, como a sus colegas norteamericanos, seleccionar los casos dictaminando su mayor interés constitucional. No es de extrañar tampoco que el Tribunal Supremo, a la vez que dirime las zonas de duplicidad con el Constitucional, procure a su vez aliviarse dando entrada a criterios de interés casacional.

Tampoco resultan muy felices, entre los intentos de subsanar las zonas de conflicto, el de situar al Tribunal Constitucional como intérprete de una justicia procedimental políticamente correcta, mientras las cuestiones de justicia material pasarían a considerarse el terreno propio del Poder Judicial. Es obvio que cabe un pluralismo legislativo intraconstitucional y el que confirma la compatibilidad de diversas soluciones de justicia material con las exigencias del núcleo duro del ordenamiento jurídico. Pero no es menos cierto que, aun admitiendo diversidad de leyes sobre la misma materia, todas ellas constitucionales, se realizará a la vez un discernimiento constitucional intralegal por la vía de las sentencias interpretativas, que marcan qué interpretación de las muchas posibles ante un mismo texto legal satisface exigencias constitucionales y cuáles no.

El entendimiento del control constitucional como mera legislación negativa, que anula las leyes que no satisfagan sus exigencias pero renuncia a establecer derecho positivo, es el que permite al Tribunal Constitucional limitarse a señalar qué ley se encuentra bajo mínimos, sin necesidad de señalar cuál sería la mejor imaginable. Este planteamiento es el que parece querer trasladar al Poder Judicial para no cortar el nudo gordiano de un pintoresco uso alternante del derecho llevado a cabo por un mismo órgano judicial.¹³

La imposibilidad de establecer una frontera entre exigencias éticas procedimentales y materiales es inseparable de un sistema de control de constitucionalidad. En ello no se hace sino heredar lo ya experimentado a propósito de la casación en el ámbito de la legalidad. A la hora de la verdad, la casación ha de atender a exigencias de justicia material, lo que la acaba convirtiendo —se quiera o no— en nueva instancia. Añádase a ello, en lo relativo al control de constitucionalidad, cómo las exigencias aparentemente procedimentales del artículo 24 de la CE han acabado viéndose sus-

¹³ De ahí que llegue a admitir que se encuentra ante el “enfrentamiento entre dos criterios interpretativos que se suceden alternativamente y que responden a dos distintas concepciones jurídicas igualmente razonables y fundadas en derecho” y que opte por abstenerse de “pronunciamientos sobre cuál de las dos soluciones divergentes alternativamente elegidas en las sentencias citadas pueda ser la más conforme a derecho”, STC 201/1991, F.3.

tituidas por exigencias materiales de tutela judicial efectiva. No tiene pues nada de extraño que también, como veremos, más de una exigencia material de trato igualitario en la aplicación de la ley acabe emigrando del artículo 14 al 24, para favorecer la inhibición en aquél sin negar su satisfacción a través de éste.

Se experimentará pues una sucesiva búsqueda de criterios formales y procedimentales, que permitan al Tribunal Constitucional inhibirse, pero no faltarán luego salidas de emergencia por el *finger* del artículo 24.

La primera de las vías de inhibición será excluir del control de constitucionalidad la posible divergencia aplicativa de idéntica norma si no la lleva a cabo un mismo órgano judicial¹⁴ convirtiendo en mero problema de legalidad la aplicación desigual llevada a cabo por órganos diversos, que deberá encauzarse a través de la unificación de doctrina. Sucesivamente se irá hilando más fino, al plantear si cabe o no considerar que constituyen un mismo órgano judicial sus diversas secciones; con respuesta negativa. Se negará incluso que los tribunales superiores a los que se atribuyó competencias del antiguo Tribunal Central de Trabajo puedan verse condicionados por sus resoluciones precedentes, aun consumando el riesgo de que trabajadores de la misma empresa acaben recibiendo desigual satisfacción a sus similares pretensiones. Se discutirá sobre si una sala “bis” de la Audiencia Nacional se identifica o no con aquella a la que clona. No faltará quien apunte, afortunadamente sin éxito, que si no son los mismos magistrados los que integran un mismo órgano no cabría exigencia de igualdad de trato;¹⁵ aunque no falten propuestas de matiz.¹⁶

¹⁴ Así ocurre en la STC 26/2004 del 26 de febrero, F.3, cuando el partido Falange Auténtica denuncia haber sido objeto en Granada de “trato distinto respecto al que ha recibido en otras circunscripciones electorales y en procedimientos contencioso electorales planteados en diferentes provincias”; lo que unido a la falta de “alteridad” descarta la infracción del artículo 14, aunque se estime por otras razones la del 23.2. También en la STC 172/2005 del 20 junio, F.3, ante el intento de la demandante de comparar “sentencias del Tribunal Supremo, que ni siquiera llega a identificar, y de este Tribunal Constitucional”.

¹⁵ En la STC 13/2004 del 9 de febrero, F.3, el que las resoluciones emanen “de la misma sección cuarta de la misma sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid” será suficiente para otorgar amparo, aunque se constate “la coincidencia parcial de sus componentes en varias de ellas tanto anteriores como posteriores a la que es objeto de reproche ahora; entre ellos también quien en ésta fue ponente”.

¹⁶ Aun habiéndose excluido que la falta de identidad de los magistrados fuera relevante, la STC 5/2006 del 16 de enero, F.2, se adentra en nuevos extremos casuísticos. Sí lo será cuando el autor de una de las sentencias comparadas actuó en uno de los casos como órgano unipersonal, e

Al filo de la ya comentada “inadvertencia”, surgirá la conformidad con que el cambio de criterio aplicativo haya sido consciente, demostrando menos temor a la desigualdad que al despiste. Más enjundia tendrá el rechazo de cualquier intento de igualdad en la ilegalidad, lo que hace que las exigencias de igualdad en la aplicación de la ley casi desaparezcan del ámbito penal, al descartarse que la no penalización de similar conducta ajena pueda servir de motivo de impunidad para la propia.

Más adelante se acude, como fórmula para descartar posibles vulneraciones, a la obligada dimensión relacional de la igualdad, para derivar de ella una exigencia de alteridad. Como consecuencia, cuando es un mismo ciudadano el que es tratado por un mismo órgano judicial de modo desigual en supuestos idénticos pasa a considerarse que no se da propiamente desigualdad de trato, por falta de un tercero afectado que pudiera servir como *tertium comparationis* para servir de indicio de discriminación.¹⁷

Este continuo proceso de descartes de supuestos buscará por último apoyo en el carácter de la línea doctrinal respecto a la que se produce el cambio de criterio aplicativo. Ha de tratarse de una serie de resoluciones consolidada, sin que baste la mera discrepancia entre la sentencia y otra anterior. Parece darse por bueno que la tarea de interpretación de una norma arranca de una imprecisa fase de tanteo, que justificaría que el Tribunal se autoexima de la necesidad de despejar esas perplejidades iniciales.

Al final de todo este proceso nos encontramos con un conjunto de requisitos que se dan por definitivamente asentados para que pueda apreciarse vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley:¹⁸

igualmente respecto al que, integrado en órgano de referencia, suscribe sin embargo el fallo estando en comisión de servicio en órgano diverso.

¹⁷ Así lo recuerda la STC 156/2006 del 22 de mayo, F.4, que apunta que “el alegato de discriminación excluye la comparación consigo mismo”.

¹⁸ Un ejemplo práctico de estos requisitos hoy consolidados, de frecuente formulación casi literal en diversas sentencias, lo encontramos en la STC 29/2005 del 14 de febrero, en la que el recurrente en amparo considera vulnerado también el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley al haberse separado la sala de lo civil del Tribunal Supremo, sin motivar ni justificar tan radical cambio de criterio, de su consolidada doctrina y de la del Tribunal Constitucional sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad. Planteamiento similar de tales requisitos en la STC 132/2005 del 23 de mayo, F.3, y en la 164/2005 del 20 junio, F.8.

- “La acreditación de un *tertium comparationis*”,¹⁹ que ponga de relieve la identidad de los hechos²⁰ y el cambio de criterio interpretativo.
- “La existencia de alteridad en los supuestos contrastados”.²¹
- “La identidad de órgano judicial”.²²
- “La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio”.²³

Cabría completarlos con la constatación de que la aludida justificación “no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona”, sino que podría “deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio”.²⁴

¹⁹ “...ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria”, STC 29/2005, F.6, a). La STC 8/2004 del 9 de febrero, F.3, entiende que “no concurre la identidad de supuestos en los casos comparados”, recordando que “corresponde al recurrente la carga de aportar, como término de comparación válido, los precedentes de los que la resolución impugnada se habría apartado, poniendo así a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios”, razón por la cual descarta la vulneración de la igualdad, si bien amparará por otro concepto.

²⁰ En la STC 115/2006 del 24 de abril, F.3, “el demandante de amparo se limita a citar las sentencias de contraste, por lo que, al omitir toda referencia a los supuestos de hecho a los que se ha aplicado la doctrina que refiere, no puede constatar la necesaria identidad”. En la STC 117/2006 del 24 de abril, F.2, se descarta la posibilidad de apreciar una “discriminación por indiferenciación” cuando se hubiera “tratado de «forma igual un supuesto que es desigual»”.

²¹ “...es decir, de la ‘referencia a otro’ exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo”, STC 29/2005, F.6,b).

²² “...entendiendo por tal, no sólo la identidad de la sala, sino también de la sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisprudenciales con entidad diferenciada suficiente”, STC 29/2005, F.6,c).

²³ “...bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició”. Sólo así cabría entender que “la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada”, STC 29/2005, F.6,d).

²⁴ “...como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso”. Como vimos, “lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta *continuidad* con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad”.

Este intento de ir estableciendo criterios predominantemente procedimentales, tropieza, sin embargo, con obvias exigencias materiales de igualdad de trato, que imponen su revisión o complemento. Así, la exigencia de que la que se altere sea una línea doctrinal consolidada quebrará cuando se detecte la existencia de un antecedente inmediato en el tiempo, que pasará a considerarse relevante, para evitar sin duda la flagrante desigualdad que tal circunstancia expresa.²⁵

En otros casos, ante situaciones que rayan en lo surrealista, se prefiere mantener los criterios establecidos para el artículo 14 y buscar como vía de emergencia la vulneración de la tutela judicial efectiva del artículo 24, apreciando arbitrariedad, irrazonabilidad o error. Tal ocurre cuando el Tribunal Constitucional ha de analizar dos sentencias dictadas por la sala de lo civil del Supremo publicadas con sólo un día de diferencia, pero deliberadas y votadas el mismo día, que “expresan dos calificaciones jurídicas distintas respecto de hechos sustancialmente coincidentes” (en ambos recursos de casación “los escritos de formalización son iguales”). Fuera de discusión el carácter dispar de la soluciones, al entenderse que en un caso se habría transmitido la propiedad de la vivienda comprada y en otro no, surge la perplejidad al no ser ninguna de ellas propiamente “posterior”.²⁶

²⁵ Así se recordará en la desestimatoria STC 117/2004 del 12 de julio, F.2,d), al repasar los requisitos para constatar vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley: “La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada... bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició”.

²⁶ Como consecuencia el Tribunal entiende que “no podemos hablar en el presente asunto de un cambio de criterio injustificado y *ad casum* por parte del órgano judicial”. Recuerda que “los precedentes judiciales deben ser entendidos como línea jurisprudencial que constituye una doctrina ya consolidada y de la que puedan ser predicables las notas de generalidad y de continuidad”, STC 150/2001 del 2 de julio, F.2. Reconociendo que no encuentra otra salida, plantea “al no existir otro remedio jurisdiccional” que cabe por vía de amparo “la corrección de cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional”. No pretende “revisar la interpretación y aplicación que de la legalidad ha hecho el Tribunal Supremo” ni de la que “se aporta como término de comparación, puesto que es posible que ambas resoluciones en sí mismas consideradas sean correctas”. Apela pues al “derecho a la tutela judicial”, para, ante el “resultado finalmente producido” evitar que los afectados “tengan que soportar una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque ello sea fruto de la inadvertencia”, *ibidem*, F.4. A punto estuvo de plantearse situación parecida en la STC 128/2006 de 24 de abril, F.1, cuando el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima un recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma contra una ciudadana, mientras “en el caso de su hermana, idéntico al suyo, enjuiciado el mismo día y derivado de idéntico acto liquidatorio, el mismo órgano judicial desestimó, sin embargo, un recurso interpuesto en los mismos térmi-

No muy distinta es la situación del recurrente que, tras arrendar once fincas rústicas, ve cómo a los arrendatarios se les reconoce en sucesivas instancias su derecho a acceder a la propiedad, mientras que la sala de lo civil del Tribunal Supremo falla diez de los casos de modo similar y en el restante y antepenúltimo fija el precio con criterio diferente. Se tropieza, sin embargo, con la falta del requisito de “alteridad”, al ser el recurrente objeto de un trato desigual respecto a sí mismo en circunstancias semejantes. También en este caso, “al no existir otro remedio”, el propio Tribunal plantea la posible concurrencia de indefensión “por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva” y acaba otorgando amparo por dicha vía.²⁷

Por otra parte, al convertirse casi en cláusula de estilo la alegación simultánea por los recurrentes de la posible vulneración de los artículos 14 y 24, el Tribunal opta por dar prioridad al tratamiento de la segunda porque,

nos”. El Ministerio Fiscal se muestra partidario de estimación del amparo, pero considera que “no puede apreciarse una lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley consagrado en el artículo 14 de la CE, por ser la sentencia de su hermana posterior en la numeración a la suya pese a haberse dictado el mismo día, aunque sí del artículo 24”. Al final no fue necesaria esta vía, por haberse estimado previamente una nulidad de actuaciones que deja al recurso de amparo sin objeto.

²⁷ STC 162/2001 del 5 de julio, A.3, A.11 y F.4. Aparece citada en la STC 24/2005 del 14 de febrero, F.2 y 6, que, tras recordar que “una reiterada jurisprudencia de este Tribunal incluye entre los requisitos para la producción de una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley el denominado de alteridad subjetiva”, hace suya la constatación de que, “al no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado a través de la vía de amparo”, abordando así el “tratamiento desigual que produce la resolución judicial de denegación del permiso de salida en relación con la previa decisión del mismo órgano judicial de otorgarlo” al mismo recluso; al estimar el hecho de que “haya sido tratado de un modo desigual a como lo fue en otra ocasión” como “posible causa de arbitrariedad” susceptible de amparo por la vía del artículo 24. La misma situación había abordado la STC 7/2005 del 17 de enero, F.3, 4,c) y 5, que constata cómo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid “ha resuelto el recurso contencioso-administrativo de manera distinta a como lo ha hecho en tres sentencias anteriores y también en tres posteriores, en las que resolvió otros tantos recursos contencioso-administrativos por ella interpuestos, en los que se discutía la misma cuestión litigiosa”, lo que, aunque “la aplicación del principio de igualdad exige un elemento de alteridad”, permite detectar que “la sentencia recurrida en amparo se aparta de la línea doctrinal que con carácter de generalidad y continuidad explícitamente estableció sobre la cuestión”, llevando a cabo “un cambio respecto al criterio mantenido por el mismo órgano judicial sobre la cuestión litigiosa a partir de... 1997” con una “vuelta al primigenio criterio que se había mantenido hasta... 1996”, dando paso a un “resultado arbitrario en la medida en que la demandante de amparo ha obtenido distintas respuestas respecto a una misma cuestión litigiosa sin que medie un razonamiento que justifique el cambio de criterio”.

al permitir —caso de ser estimada— la retroacción de actuaciones, da de nuevo entrada al Poder Judicial eliminando motivos de fricción.²⁸

Igualmente, a diferencia de lo que expeditivamente tendió a hacer en aras de una pronta satisfacción de la igualdad vulnerada, evitará, a la hora de emitir fallo otorgando amparo, declarar firmes resoluciones emanadas de instancias previas a la sentencia que se anula, optando por retrotraer “las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la mencionada sentencia para que se dicte otra que sea respetuosa con los mencionados derechos fundamentales”.²⁹

III. CASACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA COMO CONDICIÓN DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Ya hemos visto cómo, en sus intentos inhibitorios, el Tribunal Constitucional intenta trasladar al ámbito de la legalidad la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley. Sin duda la vía del recurso para unificación de doctrina permite relajar el crispado campo de fricciones con el Tribunal Supremo.³⁰ Tan loable propósito podría resultar frustrado, si al abordarlos se

²⁸ Así ocurre en la STC 53/2005 de 14 de marzo, F.2, que al abordar las quejas opta por dar “prioridad a aquellas de las que puede derivarse una retroacción de actuaciones”, ya que “la retroacción permitirá salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo”. Similar actitud en la STC 28/2004 de 4 de marzo, F.2, en la que, “en consideración al carácter mixto” de la cuestión, “un ‘orden lógico de examen de las infracciones sometidas a nuestro conocimiento’... conduce, en este caso, al examen prioritario de las alegadas vulneraciones de las garantías procesales del artículo 24.2 de la CE”, antes de desestimar, por falta de “alteridad” y de identidad de supuestos, la vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley. En la STC 28/2005 del 14 de febrero, F.2, se concede prioridad al acceso a la jurisdicción, “no sólo por ser un prius [*sic*] respecto de los demás, sino porque, en puridad, es el motivo nuclear del presente recurso”.

²⁹ STC 29/2005, en la que las pretensiones del actor se habían visto satisfechas tanto por el juzgado de primera instancia como por la audiencia provincial, antes de que la sala de lo civil del Tribunal Supremo casara esta última sentencia con alteración de su criterio interpretativo habitual. En las otras cuatro sentencias en las que, desde enero de 2004 a mayo de 2006, se otorga amparo por vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley se acaba también optando por la retroacción, pero en estos casos no cabía otro modo de reparar las consecuencias de la vulneración de la igualdad.

³⁰ Es sintomático que cuando la STC 49/2005 del 14 de marzo, F.4, anula la emanada de la sala de lo social del Supremo “en su labor de unificación de doctrina” puntualice: “sin que en sí misma implique vulneración alguna del derecho a la igualdad”, ya que estaba vinculada a una norma declarada inconstitucional por la STC 253/2004 del 22 de diciembre, tras plantearse por un órgano judicial la correspondiente cuestión, al apreciar discrimi-

da paso a un planteamiento meramente formalista, más atento a los agobiados requerimientos de la economía procesal que a la garantía de las exigencias de igualdad.

Es bien conocida la azarosa *evolución de la casación*, como intento de garantizar la sumisión del juez al imperio de la ley. Radicada inicialmente en sede parlamentaria, se ve acompañada por una obligada autoinhibición que evite la práctica consolidación de una nueva instancia jurisdiccional. Dentro de un concepto ortodoxo de “división de poderes” será más tarde asumida por el propio Poder Judicial, intentándose no sin dificultad que mantenga similar actitud autoinhibitoria.

Aunque ello nos llevaría a debates teóricos que no son del caso, la tenue frontera entre casación y nueva instancia se pretende establecer apoyándose en planteamientos propios del llamado positivismo legalista hoy ampliamente criticados. Baste aludir a la presunta posibilidad de distinguir de modo neto entre la apreciación de los hechos y su calificación jurídica,³¹ como si fuera posible seleccionar los hechos relevantes sin una implícita referencia normativa, o como si los textos legales atribuyeran por sí solos a las normas un sentido autónomo independiente de los hechos (o “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”).

La, difícilmente evitable, deriva hacia la configuración de una inconfesada nueva instancia judicial llevó consigo un considerable aumento de la carga de trabajo del Tribunal Supremo, acompañado de una notable proliferación de sus salas y secciones. Ello afectará decisivamente a la unificación de doctrina, capaz de vincular (como acabará reconociéndose de modo expreso) a la tarea jurisdiccional de las previas instancias judiciales.

De modo especial en lo relativo a infracciones procesales, la entrada en juego del control de constitucionalidad, en su versión “concentrada” de cuño kelseniano, no hace sino reproducir problemas similares, suscitados ahora por la problemática frontera entre este plano y el de la legalidad. En la medida en que el propio Tribunal Constitucional no puede evitar, por más que

nación indirecta por razón de sexo en el artículo 12.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³¹ Tal ocurre cuando la STC 146/2005 del 6 de junio, F.6, señala que “la desigualdad en la aplicación judicial de la ley que este Tribunal puede controlar es únicamente la que resulta de la diferencia en la interpretación de las normas, no la que se origina en la valoración de unos hechos idénticos”, ya que su control versa sobre “sobre el entendimiento de los preceptos aplicables a un determinado supuesto y, por consiguiente, no se extiende tal juicio sobre la apreciación de los hechos”.

se autoinhiba,³² acabar oficiando en la práctica como nueva instancia, el Tribunal Supremo experimentará una incómoda sensación de bicefalia. Se ha llegado a expresar de modo suficientemente provocativo: en España Tribunal Supremo sólo hay uno, y no se llama así...

No han dejado pues de reproducirse en el Tribunal Constitucional problemas como los detectados en la deriva de la actividad casacional del Tribunal Supremo: acumulación de recursos de amparo, convertidos en vía rutinaria de apertura de una nueva instancia. La invocación del artículo 24 de la CE se ha convertido para los abogados en cláusula de estilo, lo que origina situaciones de especial complejidad, al resultar particularmente obligada la revisión por el TC de las previas resoluciones judiciales. Por uno y otro motivo han menudeado episódicas propuestas de un tratamiento específico de estos recursos, llegando a sugerirse (de modo arriesgado) la posibilidad de residenciarlos en el propio Tribunal Supremo. Por otra parte, en la proyectada reforma de su Ley Orgánica llega ahora a plantearse un trámite previo que permitiría que sus masivas resoluciones de inadmisión se realizaran sin exigencia de motivación alguna.

A nadie puede extrañar, en este contexto, que las reivindicativas propuestas de un peculiar “estatuto” para sus magistrados se tradujera (no sólo en efectos económicos...) en el logro de una paridad de tratamiento con los del Tribunal Constitucional, obstaculizada siempre por su desfase numérico. En dicho marco se consolida la insistente propuesta de que la apreciación del “interés casacional” del caso se convirtiera en criterio decisivo de sus intervenciones, imitando al *certiorari* del Tribunal Supremo norteamericano en su función de “difuso” control de constitucionalidad.

Si analizamos la proyectada reforma de la casación³³ es fácil advertir cómo el intento de poner coto al volumen de carga de trabajo del Tribunal Supremo, que más bien parece una constelación de órganos judiciales incapaces de llegar a coordinarse, se refleja en una regulación del trámite de admisión en el acceso a la casación notablemente restrictiva, aunque no llegue en este caso a emular la prevista para el amparo constitucional.

Se constata la desaparición del recurso extraordinario por *infracción procesal*, suturando la escisión intentada por la nueva LEC, al reconvertir-

³² De la dificultad de dicho empeño he tenido ocasión de ocuparme en artículos como “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, *La Ley*, 11 de diciembre de 1998, XIX-4691, pp. 1-4.

³³ Soy en este análisis particularmente deudor de las sugerencias del profesor Jaime Vegas, catedrático de Derecho procesal en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

lo en un motivo más de casación ante el Tribunal Supremo. Cuando se trate de autos o sentencias que no decidan sobre el fondo, sólo cabrá esta vía de acceso a la casación. Como es obligado, desaparece en consecuencia el recurso en interés de ley previsto contra las sentencias de los TSJ con ocasión del fenecido recurso extraordinario. Se convierte en un recurso para “formar jurisprudencia” que sólo puede interponer el Ministerio Fiscal.³⁴

Parece discutible que sólo se reconozca relevancia para la casación a las infracciones procesales producidas durante la segunda instancia;³⁵ como consecuencia, numerosas normas procesales reguladoras de la primera instancia quedarían en el ámbito civil sustraídas a la deseable unificación de criterios de interpretación y aplicación que da sentido a la casación. Es fácil prever que ello generaría una proliferación aún mayor de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, al no haber abordado el Supremo tales defectos que pueden repercutir sobre la efectividad de la tutela judicial.

Lo más llamativo es, sin embargo, que ya el ya aludido *interés casacional* deja de ser motivo alternativo para interponer el recurso, junto a la cuantía (fijada ahora en 150,000 euros), para convertirse en exigencia concurrente.³⁶ El artículo 24 de la CE centra de modo especial la atención de los autores del proyecto. Así, se aprecia “interés casacional” cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos sobre tutela civil de derechos fundamentales, excepto los contemplados en dicho artículo;³⁷ para éstos, el interés casacional derivará de aplicar norma sobre la que no exista jurisprudencia o de la oposición de la sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, extremo éste sintomático y que no deja de suscitar perplejidad. Añádanse las sentencias que se opongan a otra firme dictada por la misma u otra audiencia provincial en asunto semejante, así como las que apliquen “norma con vigencia inferior a cinco años, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual o similar contenido”.³⁸

No es fácil entender por qué en supuestos como los últimos aludidos el “interés casacional” puede convertirse en irrelevante si están en juego me-

³⁴ Artículo 490.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en su nueva redacción recogida en el artículo decimonoveno, epígrafe 212 del proyecto.

³⁵ Artículo 478.3,2, en su nueva redacción recogida en el artículo decimonoveno, epígrafe 210 del proyecto.

³⁶ Artículo 477.1 *in fine*, en la aludida nueva redacción.

³⁷ Artículo 478.2,4, LEC, en la aludida nueva redacción.

³⁸ Artículo 478.2,3).

nos de 150,000 euros. Se trata de un planteamiento acumulativo que el propio Tribunal Supremo había consolidado en una muy discutida interpretación de la normativa actual. En efecto, la sala uno del Tribunal Supremo resuelve el 12 de diciembre de 2000 que el artículo 477.2.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se interprete distinguiendo entre asuntos tramitados “por razón de la cuantía” y “por razón de la materia”, limitando a éstos la vía del “interés casacional”, sin que el Tribunal pueda reconducir al otro ninguno de estos dos ordinales “distintos y excluyentes”. Ello impide apreciar tal interés casacional cuando el litigio se haya tramitado por razón de la cuantía que no supere los 25 millones de las antiguas pesetas.

El Tribunal Constitucional ya había encontrado ocasión de demostrar su querencia inhibitoria al abordar la cuestión. Consideró que, “por discutible que pueda considerarse la argumentación”, “la densidad del control” que podía ejercer sobre ella no le habilitaba a “revisar resoluciones como la aquí impugnada”.³⁹ Posteriormente, insistirá en que es “criterio que debe mantenerse”; aparte de descartar vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley, “no concurriendo en este caso ninguno de los requisitos” fijados en su doctrina para poder apreciarla, “alteridad” incluida.⁴⁰

Pero, mientras que el Tribunal Constitucional optaba por dar por buena la unificación de doctrina realizada por vía casacional, el Supremo no transfería o respetaba nada sino que renunciaba simple y llanamente a llevar al cabo tal función en determinados casos. Cuando el Tribunal Consti-

³⁹ En sus autos 191/ y 201/2004 del 26 y 27 de mayo.

⁴⁰ STC 150/2004 del 20 de septiembre, F.3 y 4; entiende que debe “aplicar al presente caso la doctrina que ya hemos establecido en relación con el referido acuerdo de la Junta General de los magistrados de la sala primera del Tribunal Supremo del 12 de diciembre de 2000”, ya que superaría los “criterios de control” pertinentes: “irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente”, descartando por lo demás la posible entrada en juego de la igualdad en la aplicación de la ley. Ampará, sin embargo, la desestimación del recurso de casación basada en una tardía interpretación restrictiva, al considerar que el Tribunal Supremo “pudo entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión, en consideración también al tiempo transcurrido desde que el recurso había sido inicialmente admitido a trámite”, recordando a la vez “la indudable semejanza del presente caso con el resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 (caso *Sáez Maeso c. España*) en la que se apreció que el artículo 6.1 de la CEDH había sido vulnerado”, ya que “pese a haber declarado admisible inicialmente un recurso de casación, más tarde lo declaró inadmisibile a causa de que en el escrito de su interposición no se había expresado el apartado del artículo 95.1 de la LJCA de 1956, correspondiente a los motivos casacionales formulados”, STC 248/2005 del 10 de octubre, F.3. No lo hará, sin embargo, en la STC 265/2005 del 24 de octubre, F.4, pese a la similitud de supuestos, puesta de relieve en el voto particular del magistrado García Calvo.

tucional, en su esfuerzo de autoinhibición con motivo de la frecuente invocación de posibles vulneraciones del principio de igualdad en la aplicación de la ley, insiste repetidamente en que la tarea de unificación de la doctrina jurisprudencial debe ser asumida por el Poder Judicial,⁴¹ para evitar que el recurso de amparo dé paso a una “casación universal”, no parece muy lógico que, a la vez que se critica un posible expansionismo de sus tareas, se pretenda diseñar una casación tan restrictiva como para dejar sin garantía exigencias de igualdad cuando los afectados lo sean en menos de 150,000 euros. Dificilmente se logrará así el objetivo que —quizá como expresión de la mala conciencia habitual en ese género literario— refleja en su epígrafe I la exposición de motivos del proyecto: “que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora”.⁴²

⁴¹ Así ocurre en la STC 51/2005 del 14 de marzo, F.2, en la que el TC recuerda que “no es misión de este Tribunal, ni constituye uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizar que los órganos jurisdiccionales de rango inferior apliquen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo... actuando como una tercera instancia unificadora de doctrina”.

⁴² Toda una antología de las vicisitudes de esta tarea cabe encontrar en la STC 27/2006 del 30 de enero, F.1 y 4. Arranca cuando “la Audiencia Nacional desestimó el recurso formulado por el recurrente, propietario del restaurante ‘Casa Domingo’ contra la resolución del 28 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Medio Ambiente, que ordenó el rescate de la concesión de la que el recurrente era titular. La misma sección... con el mismo magistrado ponente, había estimado... el recurso formulado por el propietario del restaurante ‘Casa Julio’, situado a escasos diez metros del anterior y sobre el que también pesaba la orden de rescate de la concesión con el fin de regenerar las playas de San Juan y Muchavista en Alicante”. No se justifica el cambio de criterio. El Tribunal Supremo, que inadmite el recurso de casación “por razón de la cuantía”, “se pronunció ‘a mayor abundamiento’ sobre el fondo del asunto, señalando que también habría procedido su desestimación desde tal perspectiva, aunque sin hacer referencia alguna al cambio de criterio introducido, y no justificado”. Todo ello lleva al TC a entender que la sentencia “carece de una justificación razonable que permita excluir la posible apreciación de arbitrariedad en el cambio de criterio efectuado, por lo que no sólo resulta lesiva del artículo 14 de la CE, por desigual aplicación de la ley, sino que vulnera también el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1)”. No faltará un voto particular, del magistrado Vicente Conde, que señala cómo, “respetando la sentencia del Tribunal Supremo, que es una sentencia desestimatoria de la casación, descendemos *per saltum* a la sentencia recurrida en casación, anulándola, con lo que la situación procesal resultante será la simultánea vigencia de una sentencia de casación válida, desestimatoria del recurso contra la de la Audiencia Nacional recurrida, y de la inexistencia (pues la anulamos) de la sentencia recurrida en casación”. Sobran comentarios...

IV. IRRUPCIÓN DE LA “CASACIÓN AUTONÓMICA”

Un tercer elemento, que cobra con la reforma proyectada un desmesurado protagonismo, es el papel que corresponde al Poder Judicial en el Estado de las Autonomías.

Ya con motivo de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con un gobierno popular necesitado de apoyos parlamentarios, quedó claro el interés de los grupos nacionalistas por incluir un recurso ante los tribunales superiores de justicia de sus comunidades autónomas que se identificara como “casación”. Conscientes de en qué medida en política la apariencia no pocas veces se equipara en efectos prácticos a la realidad,⁴³ se daban por satisfechos con lograr que tales órganos judiciales parecieran officiar de tribunales supremos en su ámbito territorial.

Por otra parte, la peculiar configuración de las salas de lo civil y lo penal en auténticos “paraísos judiciales”, dada su exigua carga de trabajo, invitaba a desviar hacia ellas algunas competencias, lo que puede explicar el forzado intento de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil por provocar una gemación de la práctica casacional, derivando hacia los tribunales superiores las generadas por infracción procesal. Este interés de reabastecimiento procesal confluía con el de los grupos nacionalistas, al tratarse de salas con la peculiar presencia de magistrado elegido a propuesta del Parlamento autonómico.

El salto cualitativo se produce al mostrarse el actual gobierno socialista dispuesto a consolidar en la práctica *poderes judiciales autonómicos*, de problemática constitucionalidad, en determinadas comunidades. De tribunales superiores de justicia que se parezcan lo más posible al Supremo se pasa a configurar tribunales supremos autonómicos, aun cuando se continúen llamando superiores.

A ello contribuiría de modo decisivo la cesión ante la posibilidad de que nuestro país se convierta en un conjunto de ciudadanos *fûndamentalmente desiguales*. El generoso reconocimiento por los nuevos estatutos autonómicos de peculiares (al menos en su formulación textual) derechos fundamentales a sus vecinos generará inevitablemente una duplicidad jurisprudencial. Tras reconocer que la cuestión “suscita” algunos problemas, se ha

⁴³ Valga al efecto lo que tuve ocasión de apuntar en “Difusión del derecho y medios de comunicación”, en Menéndez Menéndez, Aurelio (dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, Madrid, Colegio Libre Eméritos-Thomson-Civitas, 2004, pp. 611-624.

sugerido que —en el ámbito catalán— cabría resolverlos entendiendo tales artículos como “norma dirigida primordialmente a los poderes públicos de Cataluña”; sobre todo, si “se trata en su mayoría de derechos distintos de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución”.⁴⁴ Basta sin embargo una somera lectura del proyecto estatutario para constatar que no hay otra diferencia entre unos y otros derechos que la que preocupantemente surgirá de modo inevitable de la plasmación en textos diversos de derechos fundamentales que habrían de ser, por definición, idénticos para todos los ciudadanos. Nos encontraremos ante la inevitable generación de una jurisprudencia paralela y la fáctica consolidación de un poder judicial autonómico.

Por si fuera poco, el diseño de una *casación autonómica* —esta vez con bastante más que el nombre...— hará el resto. Las otrora placenteras salas de lo civil y penal de determinados Tribunal Superior de Justicia pasarán a conocer de los recursos de casación civil “siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de derecho civil, foral o especial, o *derecho propio* de la comunidad autónoma en la que tiene su sede el Tribunal Superior de Justicia, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”; todo ello aunque las audiencias provinciales “tengan sede fuera del territorio de la comunidad autónoma”.⁴⁵

Dado que, de acuerdo con este mismo artículo, cuando se hayan interpuesto varios recursos de casación contra una misma sentencia, bastará que el conocimiento de uno de ellos corresponda a un tribunal superior de justicia para que se le atribuya competencia para conocer del resto, no parece fácil excluir que una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, a la que pueda atribuirse aplicación de “derecho propio” de Cataluña, acabará sucionada por una curiosa *vis atractiva* que la lleve a ser resuelta en Barcelona.

El restrictivo y etéreo recurso para “formar jurisprudencia” se ve ligado a una inevitable fragmentación casacional. Se desvinculan las competencias casacionales de los tribunales superiores de justicia de los límites territoriales ordinarios derivados de sus circunscripciones judiciales, convirtiéndose en tri-

44 C.Viver IPi Sunyer, *La reforma de los estatutos de autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 31 y 32.

45 Artículo 488.1 de la LEC en su nueva redacción, recogida en el artículo decimonoveno, epígrafe 211 del proyecto, y artículo 73.1.a) de la LOPJ, en su nueva redacción recogida en el artículo octavo, epígrafe 13 del proyecto.

bunales con jurisdicción en todo el territorio nacional (mientras quepa seguir identificándolo así...). Abona esta posibilidad la apuntada referencia en los artículos citados no ya a la “infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad” (artículo 5.4, LOPJ) sino de “normas del derecho civil, foral o especial, o *derecho propio* de la Comunidad”.

Para nadie es un secreto la querencia expansiva de la legislación de los parlamentos autonómicos, particularmente marcada en aquellos con presencia hegemónica nacionalista. Dan fe de esta realidad los numerosos conflictos de competencia planteados por los sucesivos gobiernos de la nación, de uno u otro signo político, con ocasión de esta proliferación legislativa. También es fácil constatar la periódica retirada de buena parte de ellos, en sintomática sintonía con coyunturas parlamentarias particularmente delicadas. Nada invita a descartar que se haya ido consolidando así un peculiar “derecho propio” de determinadas comunidades; baste recordar la pasajera asimetría entre legislación nacional y autonómica relativa a la recurrida regulación de las llamadas parejas de hecho...

Al cabo de este ir y venir conflictual, resulta todo un enigma calibrar cuál puede ser a estas alturas el efectivo alcance del artículo 149.8 de la CE, en su voluntarioso reconocimiento de la “conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los *derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”, sin prever tan inconcebida y progresiva ampliación. Cuando, como hace la exposición de motivos en su epígrafe I, se acepta sin más que, al ser el nuestro un Estado “en el que coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos, debe asentarse sobre el principio de diversidad en relación con las normas emanadas de las comunidades autónomas y en el de unidad e igualdad en la aplicación de las normas emanadas del Estado”, puede estar ocurriendo que la configuración competencial determinada por la Constitución acabe viéndose sustituida por la que resulta *de facto* de las normas emanadas, respetándola o no, de las comunidades autónomas.

El diseño de esta casación autonómica suscita una grave llamada a la responsabilidad. El Tribunal Constitucional, movido por su obligado respeto a los poderes del Estado, ha de actuar remitiéndose al *principio de conservación de la norma*, lo que le impide abordar meros riesgos —por evidentes que puedan resultar— de vulneración de la Constitución. Si el legislador, desatendiendo su propia responsabilidad en el desarrollo (que no desmantelamiento...) de la Constitución, pretendiera asumir una actitud si-

milar se convertiría en su más desleal colaborador. Cuando, como es el caso, es fácil prever en clave política la deriva que marcará el tratamiento legal de una institución, resulta obligado cerrar el paso a todo riesgo verosímil de desfiguración o vaciamiento de un marco constitucional, sin duda mínimo pero —precisamente por eso— rígido. No me parece que el proyecto satisfaga mínimamente esta exigencia de responsabilidad legislativa.

Si al final acabamos contando con una docena larga de tribunales supremos, aunque uno sólo se llame así, los loables intentos de inhibitoria del Tribunal Constitucional acabarán cayendo en saco roto. Las novedosas exigencias de igualdad en la aplicación de la ley estarían condenadas a la frustración. A la vez, gracias a una casación diseñada *pro domo sua*, el Tribunal Supremo puede llegarse a sentirse tan autónomo que acabe muriendo de éxito.

Jurisprudencia constitucional

En el cuadro siguiente recogemos las sentencias constitucionales posteriores a la 221/2003 del 15 de diciembre.⁴⁶

<i>STC</i>	<i>Fecha</i>	<i>Sala</i>	<i>Ponente</i>	<i>Observaciones</i>
8/2004	9 de febrero	1a.	Rodríguez-Zapata	Ampara por otro
13/2004	9 de febrero	2a.	Conde	Ampara 14
26/2004	26 de febrero	2a.	Pérez Vera	Ampara otro concepto
28/2004	4 de marzo	2a.	Cachón	Ampara otro concepto
91/2004	19 de mayo	2a.	Vives	Prioridad motivo procesal
117/2004	12 de julio	2a.	Conde	Desestima
150/2004	20 de septiembre	1a.	García-Calvo	Interés casacional
7/2005	17 de enero	2a.	Conde	No alteridad: Ampara 24

⁴⁶ Las anteriores se recogen en nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, cit., nota 3.

24/2005	14 de febrero	1a.	Casas	No alteridad: Ampara 24
28/2005	14 de febrero	2a.	Sala	Ampara otro concepto
29/2005	14 de febrero	2a.	Conde	Ampara 14
51/2005	14 de marzo	1a.	Aragón	TC no unifica doctrina
53/2005	14 de marzo	1a.	Rodríguez-Zapata	Ampara por otro
132/2005	23 de mayo	1a.	Aragón	No identidad supuestos
146/2005	6 de junio	2a.	Pérez Vera	No identidad hechos
164/2005	20 de junio	2a.	Gay	Ampara 14
172/2005	20 de junio	2a.	Conde	No mismo órgano judicial
268/2005	24 de octubre	2a.	Conde	Ampara 14
5/2006	16 de enero	1a.	Casas	No mismo órgano
27/2006	30 de enero	2a.	Pérez Vera	Ampara 14
115/2006	24 de abril	2a.	Rodríguez Arribas	No identidad
117/2006	24 de abril	1a.	Rodríguez-Zapata	Desestima
128/2006	24 de abril	2a.	Gay	Supuesto idéntico posterior
156/2006	22 de mayo	1a.	Aragón	No identidad supuestos

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio
en sus cincuenta años como investigador del derecho*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA
Coordinadores

TOMO IV DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA CONSTITUCIONAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
MARCIAL PONS

MÉXICO, 2008

Primera edición: 2008

DR © 2008. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5375-3 (obra completa)

ISBN 978-970-32-5379-1 (tomo IV)