

Antonio DEL MORAL GARCÍA Andrés OLLERO TASSARA Luis María CAZORLA PRIETO Perfecto ANDRÉS IBÁN
Felipe ZAZURCA GONZÁLEZ José Luis MANZANARES SAMANIEGO Juan Luis IBARRA ROBLES José M^o FERNÁNDEZ
José Ramón CHAVES Javier HERNÁNDEZ GARCÍA Javier BORREGO BORREGO LUIS RODRIGUEZ VEGA
Francisco Manuel GUTIÉRREZ ROMERO Cristina LLOP VELASCO María PERAL PARRADO



EL ARTE DE SENTENCIAR



Abogacía
Española
CONSEJO GENERAL



Esta recopilación de artículos pertenece a la serie "El Arte de Sentenciar" aparecida en la revista del Consejo General de la Abogacía Española

Edita

Consejo General de la Abogacía Española
Pº de Recoletos 13, 28004 Madrid
Tel: 915321769
Fax: 917010590
Mail: prensa@abogacia.es
www.abogacia.es

Diseño

Cuerpo 8
Itala Spinetti

Portada

Itala Spinetti

Ilustraciones

Arturo Asensio

Humoristas

Forges, Puebla, Dodot, Arranz, Ubaldo,
Xaquín Marín, Ortuño, JL Cabañas, Madrigal,
Ramón, Ortífus, Sansón, Sir Cámara,
Guillermo

Imprime

Asetec

ISBN: 978-84-617-6569-0

Depósito Legal: M-40444-2016

© Está prohibida la reproducción mediante cualquier sistema de este libro. Tanto en su totalidad como partes de él, así como de todo el material que contiene, especialmente textos, imágenes, fotografías y dibujos. Se excluyen de esta prohibición las citas de texto o material gráfico utilizado en reseñas o informaciones sobre el libro publicadas en los medios de comunicación o trabajos académicos. Cualquier otro tipo de reproducción deberá contar con la autorización expresa y por escrito del editor y del autor o autores correspondientes.

CASOS IGUALES, SENTENCIAS DIFERENTES: PRINCIPIO DE IGUALDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

APROBADA LA CONSTITUCIÓN y activado el Tribunal Constitucional, puse en marcha un Seminario sobre sus resoluciones en colaboración con colegas procesalistas, en la Universidad de Granada donde en aquellos años era catedrático de filosofía del derecho. Seleccionando sentencias de interés, me llamaron pronto la atención las relacionadas con la entrada en juego del principio igualdad en la aplicación de la ley.

La *igualdad ante la ley* era una clásica exigencia condicionadora de la existencia de un auténtico Estado de Derecho. El legislador no podría establecer una desigualdad de trato entre los ciudadanos sin alegar un fundamento objetivo y razonable. Las sentencias analizadas obligaban a distinguir una doble vertiente de dicha exigencia, hasta el punto de replantear la fórmula clásica bajo un nuevo rótulo: *igualdad en la ley*. En efecto, de qué serviría que el legislador se esmerase al equiparar el trato a unos y otros ciudadanos si luego, en la aplicación judicial de la ley, casos idénticos recibieran solución dispar¹. Se



**ANDRÉS
OLLERO TASSARA**

Magistrado
del Tribunal
Constitucional

abría así paso el principio *igualdad en la aplicación de la ley*, junto a las variantes *ante la ley* y *en la ley*²; sus requisitos irían aflorando en las sucesivas sentencias del Tribunal.

El asunto no dejó de interesarme, dada la emergencia en la doctrina alemana de una particular atención a la dimensión hermenéutica del derecho, con obligada crítica al positivismo legalista. Pronto constaté que el intento de garantizar una estricta igualdad entre los sucesivos pronunciamientos judiciales en la aplicación de una norma se convertía en una utopía irrealizable. De entrada, el Tribunal Constitucional optó por limitar su análisis a las posibles desigualdades derivadas de resoluciones emitidas por *un mismo órgano judicial*³. Es más, la multiplicación de recursos que reclamaban amparo ante dichas desigualdades le llevó a restringir aún más su objetivo, entendiendo que habría que considerar como órganos judiciales diversos a las múltiples *secciones*⁴ en que los más significativos se veían desplegados.

Solo respetando anteriores pronunciamientos cabría considerar la aplicación de la ley verdaderamente igual⁵; el apartamiento de la doctrina mantenida de modo ininterrumpido lesionaría la igualdad⁶. Esta constatación emparentaba a la igualdad en la aplicación de la ley con el juego del *precedente judicial*⁷,

¹ Al respecto Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 125/1986.

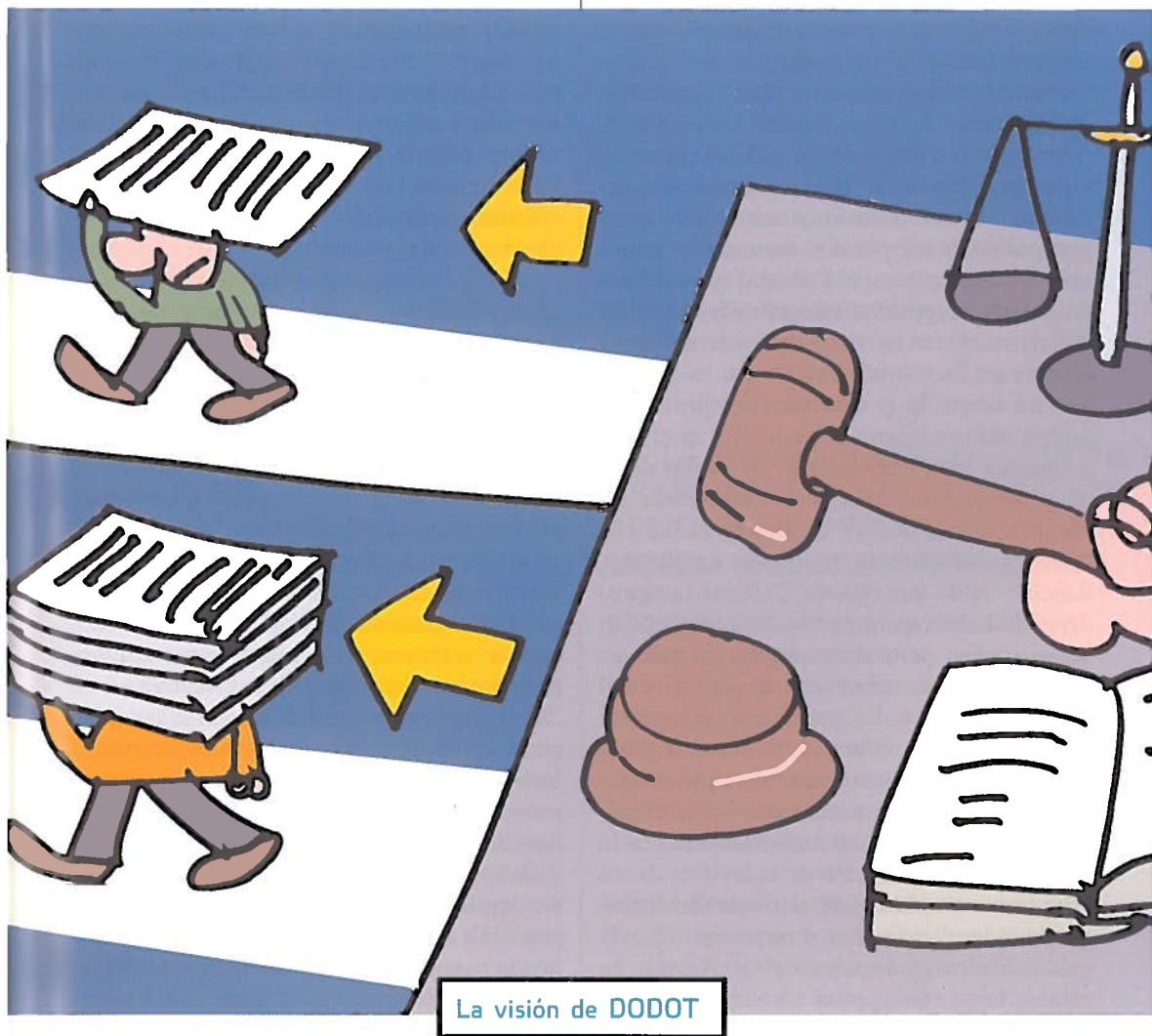
² STC 27/1991.

³ Así ocurre en la STC 64/1984.

⁴ Se descarta el juego del principio de igualdad entre resoluciones emanadas de diversa sección: STC 104/1996.

⁵ STC 125/1986.

⁶ STC 52/1987.



La visión de DODOT

por más que el Tribunal evitara adentrarse por tales pagos⁸. Resultaba pues lógico que se descartara la entrada en juego de un término de comparación posterior⁹; o que, por el contrario, se apreciara con flexibilidad una *coetaneidad* entre resoluciones, cuando se constatare la iniciación y desarrollo simultáneo en el tiempo de procesos que versaban sobre idéntica pretensión¹⁰.

El alcance del novedoso principio afectaba a todo *cambio de criterio* producido a la hora de aplicar una misma norma a casos idénticos, con dispar resultado, sin la obligada

⁷ De ahí que titulara al resultado de mi análisis Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial; publicado en 2005, como número 163 de los Cuadernos y debates del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ampliando el contenido del anterior Cuaderno 19, que había visto la luz dieciséis años antes.

⁸ La vinculación al precedente modificaría el sistema fuentes: STC 55/1985.

⁹ STC 123/1987.

¹⁰ STC 3/1983.



*fundamentación objetiva y razonable*¹¹ que ya había vinculado al legislador.

No dejó de sorprenderme que algunas voces discrepantes entendieran con ello comprometida la *independencia judicial*. Tomada en serio, tal crítica implicaría que se consideraba al juez como dueño y señor de la siempre igualitaria ley. No sé si fueron tales reproches los que llevaron al Tribunal a considerar vulnerada la igualdad solo cuando el *cambio* de criterio fuera *inconsciente*¹², o fruto de un cambio súbito e irreflexivo¹³.

Visto desde la perspectiva del justiciable podría malentenderse tal solución: si el juez incurriera inadvertidamente en desigualdad de trato su resolución será considerada inconstitucional, pero si lo hiciera con plena consciencia no habría -en aras de su independencia¹⁴- nada que objetar. La línea jurisprudencial aludida no superaba esta perplejidad gnoseológica, pero sí descartaba tal resultado: consideraba netamente inconstitucional toda desigualdad de trato que apareciera como fruto de un *voluntarismo selectivo*. Toda resolución discriminatoria sería declarada inconstitucional, aunque no se dieran los requisitos exigidos para apreciar vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley¹⁵.

En todo caso, la constatación de dicha desigualdad implicaba para el recurrente asumir una doble carga argumentativa. Habría, en primer lugar, de aportar un *tertium compa-*

rationis que resaltara la injustificada asimetría entre la resolución de su caso y las de otros precedentes¹⁶. No faltarían excepciones, como la que lleva a descartar una pretensión de beneficiarse de una *igualdad fuera de la ley*; cuando el recurrente, comparándose con quienes actuaron como él sin verse sancionados, reclama trato similar¹⁷.

LA ALTERIDAD

La aludida comparación llevaba implícita una segunda exigencia: la *alteridad*. Quedaba descartado también el juego del principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando un mismo órgano judicial tratara desigualmente casos idénticos pero relativos a un mismo titular. Ante tan paradójica situación, el Tribunal -como veremos- no negará el amparo, sino que se esforzará por encontrarle apoyo, no en el artículo 14 CE sino en el 24; por considerar arbitraria la resolución y negadora por ello de toda tutela judicial efectiva.

Se malentendería sin embargo la igualdad en la aplicación de la ley si, al obstaculizar una evolución razonable del juzgador en el proceso interpretativo¹⁸, llevara a una petrificación del ordenamiento jurídico. La fundamentación del cambio de criterio podría ser implícita, si se interpretara como regla general a aplicar en el futuro¹⁹. Esta circunstancia puede también verse apreciada *ex post facto*, cuando posteriores pronunciamientos del mismo órgano judicial resalten la efectividad del cambio de criterio y descarten toda inadvertencia o voluntarismo selectivo *ad personam*²⁰. Desde una perspectiva estática la situación no deja de resultar paradójica: un

¹¹ STC 25/1987.

¹² Oscila entre dejar sentado que el órgano judicial debe ser consciente de que cambia y porque -STC 57/1985- o sugerir que basta con que el cambio sea consciente. STC 52/1986.

¹³ STC 133/1995.

¹⁴ Significativa al respecto la STC 52/1982.

¹⁵ STC 159/1989.

¹⁶ Se negará en caso contrario el amparo. STC 14/1985.

¹⁷ STC 62/1987.

¹⁸ STC 170/1987.

¹⁹ STC 66/1987.

²⁰ STC 25/1999.

cambio de criterio del mismo órgano judicial sin la obligada fundamentación sería inconstitucional, pero la reincidencia hasta el punto de configurar una nueva línea interpretativa le serviría de indulto.

El viejo esquema subsuntivo cede pues, al evidenciarse una evolución en el entendimiento de la norma²¹. Su carácter razonable se aprecia generosamente, hasta el punto de que -aun exigiendo que se haya dado paso a una línea consolidada²²- no se descarta la existencia simultánea de líneas interpretativas alternantes²³.

MÁS ALLÁ DEL INTERÉS SUBJETIVO EN LA SUBSANACIÓN DE UN DERECHO VULNERADO, TODO RECURSO DE AMPARO SERÁ INADMITIDO SALVO QUE EL TRIBUNAL, EN EJERCICIO DE LOS AMPLIOS MÁRGENES DE APRECIACIÓN QUE TIEN AHORA ATRIBUIDOS, APRECIE SU ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Un decenio después, sin renunciar a los requisitos sucesivamente establecidos, se buscará solución a casos concretos que -aun no cumpliéndolos- reclaman justicia material. Así ocurre cuando dos sentencias de una misma sección de la Sala Primera del Tribunal Supremo -deliberadas en la misma fecha, pero publicadas en dos días sucesivos, resuelven de modo dispar casos idénticos. El Tribunal Constitucional no otorgará amparo por la vía del artículo 14 CE al recurrente de la publicada en segundo lugar, al apreciar que el fallo recibido no se había separado de un previo criterio aplicativo ya consolidado aunque quebrado en ese caso concreto. Lo otorgará invocando el artículo 24 CE²⁴, al considerar que -no existiendo otro remedio jurisdiccio-

nal- el resultado arbitrario producido debía ser eliminado a través de la vía de amparo, evitando así una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque fuera fruto de inadvertencia.

Similar será, no mucho después²⁵, la solución en otro caso aún más aparatoso. El recurrente denuncia la vulneración del derecho a la igualdad, porque una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo -la novena de una serie de once con objeto similar- había resuelto el asunto debatido en el proceso de manera distinta a como lo había hecho ella

misma en otros ocho procedimientos anteriores y en dos posteriores; en todos ellos se discutió un asunto idéntico planteado por el mismo recurrente, que había recibido respuestas judiciales coincidentes en primera instancia y en apelación. En la sentencia impugnada no se menciona la existencia de las anteriores en las que se resolvían otros recursos de casación con idéntico objeto, sin justificar la divergencia de los pronunciamientos. Es obvio que no se satisfacía el requisito de la *alteridad*, exigido la doctrina de la igualdad en la aplicación de la ley, al ser un solo el recurrente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, partiendo de que los errores patentes o inexactitudes cometidos por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos para un ciudadano, aun admitiendo que la sentencia contra la que se dirige el recurso de amparo es -aisladamente considerada- una resolución razonada, motivada y debidamente fundada, entiende que ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE.

²¹ STC 120/1987.

²² STC 280/1994.

²³ STC 201/1991.

²⁴ STC 150/2001.

²⁵ STC 162/2001.

FRONTERA ENTRE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

No cabe olvidar, sin embargo, cuál es la frontera que delimita las responsabilidades emanadas del control de *legalidad* y las derivadas del de *constitucionalidad*²⁶. Es la jurisdicción ordinaria la llamada a asumir en primer lugar la aplicación de Constitución, mientras que el recurso de amparo activa una tarea subsidiaria del Tribunal, que en modo alguno debe llevarle a asumir las exigencias de unificación de doctrina surgidas en el plano de la legalidad²⁷. Dicha tarea ha de encontrar acogida en el ámbito de recurso de casación²⁸; lo que no dudará el Tribunal en señalar repetidamente, renunciando a todo intento de adjudicarle una tarea de “casación universal”²⁹.

La línea doctrinal que avala el juego del principio de igualdad en la aplicación de la ley puede, sin embargo, verse condenada a morir de éxito como consecuencia del giro que la ley orgánica 6/2007 imprime al recurso de amparo, modificando la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Tras hacer decir al artículo 49.1 que “en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”, añadirá -en el artículo 50- que su admisión se verá condicionada a que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

La exposición de los motivos de la reforma arranca señalando que las tareas del Tribunal, centradas en la protección de la supremacía constitucional y la consiguiente depuración del ordenamiento de las normas contrarias a los mandatos constitucionales, se *complementan* con la protección de derechos fundamentales, así como la resolución de conflictos territoriales, lo que habría generado dificultades de funcionamiento. Como causa principal alude al el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Esto lleva al legislador a establecer una nueva regulación de la admisión de dichos recursos, destinada a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

La novedad consiste en que, más allá del interés subjetivo en la subsanación de un derecho vulnerado, todo recurso de amparo será inadmitido salvo que el Tribunal, en ejercicio de los amplios márgenes de apreciación que tiene ahora atribuidos, aprecie su *especial trascendencia constitucional*. Se invierte pues

ES LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LA LLAMADA A ASUMIR EN PRIMER LUGAR LA APLICACIÓN DE CONSTITUCIÓN, MIENTRAS QUE EL RECURSO DE AMPARO ACTIVA UNA TAREA SUBSIDIARIA DEL TRIBUNAL, QUE EN MODO ALGUNO DEBE LLEVARLE A ASUMIR LAS EXIGENCIAS DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA SURGIDAS EN EL PLANO DE LA LEGALIDAD

²⁶ Al respecto STC 114/1995.

²⁷ STC 58/1986.

²⁸ En consecuencia se denegará el amparo cuando frente a la sentencia recurrida no se interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina, del que se había advertido expresamente a la recurrente: STC3/1995.

²⁹ STC 134/1991.

trámite de admisión, que pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso formulado. Se recuerda que la protección y garantía de los derechos fundamentales no es tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella, que se aspira a reforzar mediante una del incidente de nulidad de actuaciones.

El protagonismo, en el trámite de admisión, pasará de la existencia de una vulneración de un derecho fundamental -que obligaría a entrar prematuramente en el fondo de la cuestión- a la decisión del Tribunal sobre qué asuntos requieren su amparo. Para ello examinará si el recurrente ha cumplido su obligación de colaborar desplegando un “esfuerzo argumentativo” tendente a justificar la relevancia objetiva de la vulneración denunciada, evitando que tal argumentación se vea eclipsada por la relativa al quebranto subjetivo sufrido³⁰.

El obligado cambio de mentalidad que la reforma llevaba consigo llevó al Tribunal a brindar en algunas resoluciones pistas sobre argumentaciones por previsible éxito en el más estricto marco de la admisión. Así ocurre con el Auto 289/2008, cuyas orientaciones serán reiteradas en la sentencia 155/2009. Esta recordará que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso; por otra parte, insistirá en que el carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren al Tribunal un amplio

margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo.

Los dos primeros criterios que la citada sentencia señala como aptos para la justificar la especial trascendencia constitucional son que no haya doctrina del Tribunal Constitucional sobre el problema a resolver, o que este dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclararla o cambiarla. No será fácil argumentar dentro de ese marco que una concreta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley cumple tales requisitos. Tal doctrina ha visto reiteradamente consolidada y nada hace pensar que el Tribunal pueda considerarse obligado a aclararla o modificarla. Esto no hace sino resaltar la responsabilidad del legislador a la hora de facilitar instrumentos para hacer posible en plano de la legalidad la unificación de doctrina, así como recordar a los miembros del Poder Judicial el relevante papel que la Constitución les confiere a la hora de garantizar a los ciudadanos una tutela judicial efectiva. ●

