

LA LUCHA POR LA SEGURIDAD JURÍDICA*

JESÚS REMÓN PEÑALVER
Abogado**

1 · ¿CRISIS DE LA LEGISLACIÓN O FRACASO DE LA JURISPRUDENCIA?

La creciente complejidad del ordenamiento jurídico, la escasa calidad de una legislación que sigue estando «motorizada», la aceleración de los cambios sociales en un contexto globalizado y en permanente transformación mantienen al problema de la indeterminación o incertidumbre del Derecho entre las preocupaciones más destacadas de los operadores jurídicos y económicos¹.

En esta línea de pensamiento, se ha hablado de crisis de la jurisdicción (ZAGREBELSKY²) o de crisis del Derecho y de la razón jurídica (FERRAJOLI)³. En un texto ya clásico, escribía HABERMAS,

«[...] puede hablarse de una crisis del Derecho si a) puede diagnosticarse una creciente indeterminación interna de la jurisprudencia que, a su vez b) pueda interpretarse como reflejo jurídico de desarrollos políticos y sociales que resulten irreversibles y c) exija del juez una interpretación constructiva que represente un desarrollo del Derecho sin que d) para tal ‘ponderación’ se disponga de criterios (o de procedimientos de formación de criterios) intersubjetivamente validables y democráticamente legítimos⁴».

Esta reflexión bien puede apuntar en la actualidad a problemas de mayor calado, que se vinculan a las transformaciones del Estado. Pero en un plano mucho más inmediato suscita un doble orden de cuestiones: el papel asignado a los jueces en las sociedades contemporáneas y la transformación del alcance de los procesos de interpretación. Vayamos por partes.

* A propósito del recurso de amparo y las reformas procesales.

** Abogado del Estado (en excedencia Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de Uría Méndez

¹ En las conclusiones del I Encuentro Justicia, Economía y Prensa, celebrado en Madrid en el mes de mayo de 1999, partía de la base, que estimo indiscutible, de que los operadores económicos reclaman seguridad del sistema jurídico. De manera que, sin entrar en el debate de la mayor o menor influencia del sistema judicial para el desarrollo económico y la competitividad, es evidente que la seguridad jurídica es un valor económico. Las resoluciones judiciales contradictorias profundizan el déficit de legitimidad que la Justicia sufre en la opinión pública y que está en buena medida provocada por factores totalmente ajenos al sistema judicial, como son los factores estructurales (la creciente opacidad del ordenamiento jurídico, debido a la inflación legislativa y a la escasa calidad de la legislación), los axiológicos (la diversidad de «culturas jurídicas» y

valores característica de las sociedades contemporáneas) y los organizativos (ámbito de la jurisdicción, régimen de recursos y planta judicial). Vid. en *I Encuentro Justicia, Economía y Prensa*, Granada, 2000. Son de gran interés las ponencias agrupadas en *Reflexiones sobre la Justicia en España*, Madrid, 1999. Por su parte, las XXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado se dedicaron, en septiembre de 2001, al tema de *La modernización de la Justicia en España*.

² Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, 3 ed., Valladolid, 1999.

³ Ferrajoli, L.: *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*, Madrid, 1999.

⁴ Habermas, J.: *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, 1991, pág. 81.

Es, sin duda, una evidencia que nuestros jueces no son meros proclamadores de las reglas jurídicas («*la bouche qui prononce les paroles de la loi*») y que el proceso de interpretación y aplicación de las normas no se resuelve en un silogismo simple⁵. Incluso si se quiere utilizar la figura lógica del silogismo, siendo la norma su premisa mayor y la subordinación de un hecho (el «caso») la menor, nadie podrá discutir el carácter esencialmente problemático del procedimiento de formación de las premisas. Es compleja la formación de la premisa menor (*premisa fáctica*) porque el hecho mismo tiene que ser previamente enjuiciado para tratar de subsumirlo en el supuesto de la norma o, dicho de otra forma, porque la formación de la premisa fáctica se constituye en el centro de la *controversia*. Pero lo que ahora se quiere destacar es la creciente dificultad del proceso de formación de la premisa mayor (*premisa normativa*), de la labor de interpretación y aplicación de las normas, que deriva de factores estructurales tanto del sistema jurídico como del sistema político y social en su conjunto.

Los datos que afectan al sistema jurídico, los *factores jurídicos*, se encuentran claramente identificados. El modelo de organización política nacido de la Revolución Francesa situó la garantía de la seguridad jurídica en el principio de legalidad. La Ley, como expresión de la voluntad general, no encontraba otros límites que el respeto a los derechos inviolables del ciudadano, concretados en la libertad y la propiedad. Sobre esa base, el juez era independiente para quedar exclusivamente sometido al imperio de la ley, a la voluntad del legislador. Como enseñó DE OTTO:

«el juez no puede hacer otra cosa que aplicar el derecho legislado, la Ley en la que se expresa la voluntad general, con exclusión de cualquier otro derecho. La propia relación entre el acto jurisdiccional y la ley se concibe como un automatismo en el que el juez opera un silogismo sin libertad alguna, sin 'interpretación'; esa sumisión conduce incluso a

mecanismos de control del legislador sobre el juez para asegurar que éste realiza la voluntad del legislador y no otra cosa»⁶.

La aparente simplicidad de este esquema se desmorona desde el momento en que el legislador deja de ser soberano y aparece vinculado a la Constitución⁷. El principio de sumisión del juez a la Ley ya no es tan simple porque exige el previo enjuiciamiento de la Ley para comprobar su adecuación a los principios y valores constitucionales. La supremacía de la Constitución y la enérgica pretensión de validez de sus normas materiales, sobre todo en lo que a los derechos fundamentales se refiere, fija un orden de valores al que se encuentran subordinados los tres poderes⁸. Todo juez es así juez de la constitucionalidad de las leyes, con independencia de que no pueda invalidar ni tampoco inaplicar las leyes postconstitucionales porque el *monopolio de rechazo de las leyes* se ha asignado, en nuestro sistema, al Tribunal Constitucional.

Es, pues, el *principio de constitucionalidad* el primer factor que explica la mayor complejidad de los procesos de aplicación del Derecho en las sociedades contemporáneas. El segundo es la *pluralidad* de los ordenamientos. Las normas no se encuentran ya sólo en los códigos o leyes generales. Junto al ordenamiento estatal hay que estar atentos a otros niveles ordinamentales, como el europeo, los autonómicos y las reglamentaciones locales. Los problemas de distribución de competencias y de vigencia de las normas complican la labor del jurista y al mismo tiempo influyen en los procesos de interpretación. Pero junto a estos elementos, de naturaleza jurídica, coexisten otros *factores sociales y políticos*. Veámoslos.

Para examinarlos puede partirse de una percepción fácilmente constatable: el juez llamado a resolver un

⁵ En su *Teoría de la argumentación jurídica* comienza Alexi recordando como Larenz constata que «ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente» (Alexi, R., op. cit., Madrid, 1989, pág. 23). Para Alexi esto es cierto, al menos, por cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico; (2) la posibilidad de conflictos de normas; (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente; y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

⁶ De Otto, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pág. 174.

⁷ En 1761, James Otis proclama que «a law repugnant the Constitution is void». El desarrollo de este idea por el juez Marshall (Marbury v. Madison, 1803) y su recepción en el Derecho europeo desencadenará la crisis definitiva del modelo revolucionario francés.

⁸ En su célebre discurso rectoral en la Universidad de Tubinga (1959), Bachof explicaba las claves de la Ley Fundamental de Bonn desde este prisma y recordaba «la fórmula un tanto tópicica y exagerada, pero acertada en lo esencial, de Herbert Krüger: antes "los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley", hoy "las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"» (Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, pág. 41).

asunto, a solucionar un «caso», aspira siempre a dictar una «resolución justa». La aspiración a la justicia se constituye, de hecho, en una meta deseable de la tarea judicial⁹. La legitimidad de ese objetivo no puede, sin embargo, transformarlo en un criterio para la interpretación y aplicación del ordenamiento. Lo que sucede es que, aunque no sea ni deba ser un criterio interpretativo, se constituye en una de las palancas esenciales del proceso de captación del sentido de las normas y de la significación de los hechos¹⁰, en una guía fuerte del proceso de aplicación del Derecho. Este es el primer dato que quiero destacar.

El segundo es que en un sistema jurídico que encuentra permanente fundamento en la referencia

a los principios constitucionales, que reflejan valores de igualdad, «la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido» (ZAGREBELSKY)¹¹. El ordenamiento jurídico no es ya sólo un marco para la acción, el conjunto de reglas que fijan los límites del terreno de juego, sino que se presenta a sí mismo como una referencia utópica, como una fuerza impulsora del cambio social. Esta función se reconoce en las múltiples fórmulas abiertas incorporadas al texto constitucional (como al ordenamiento europeo), que operan como turbinas dinamizadoras del sistema global.

El dinamismo del sistema es fácilmente constatable. El ordenamiento jurídico ha dejado de caracterizarse por las notas de estabilidad y permanencia que en algún momento sirvieron para dotar de «fijeza» al Derecho. La política se concentra en directrices legislativas y los cambios políticos producen periódicamente un vuelco del ordenamiento. Basta echar un vistazo a los programas de los partidos con ocasión de cada convocatoria electoral para descubrir que están plagados de «planes legislativos». De hecho, cuando cambian o se renuevan los políticos cambian las normas. Se ha consagrado una concepción legislativa del Derecho, que provoca una inflación de reglas¹² y, al mismo tiempo, da carta de naturaleza a la crisis de la ley¹³. Esta inflación se aso-

9 No pretendo examinar las diversas concepciones de la justicia. El debate contemporáneo, tras las aportaciones de Habermas, Rawls o Dworkin, se desenvuelve en un terreno ciertamente movido. Pero sin penetrar en la disputa entre concepciones procedimentales o materiales creo que el significado fundamental de la justicia se encuentra hoy en lo que Larenz ha denominado el «procedimiento de la igualdad normativizada» (Larenz, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, pág. 48). Como enseñó Tomás y Valiente, F., «en un Estado de Derecho se hace justicia al aplicar correctamente el Derecho positivo. Más allá de esta estricta delimitación positivista, la justicia es un concepto formado por nociones que rebasan la posibilidad de la experiencia: es una idea o concepto de razón, o, si se prefiere, un valor cuyo contenido se ha de concretar materialmente en cada momento y en cada situación social» (*Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional en Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pág. 151).

10 El paradigma literario de la lucha por la justicia es el debate que, entre Porcia y Shylock, construye Shakespeare en *El Mercader de Venecia*. El odio y la venganza impulsan a Shylock a defender su derecho como el mismo derecho de Venecia; pero para Von Ihering, que glosa el texto en *La lucha por el Derecho*, su actitud es el paradigma del sentimiento de la lucha por el Derecho. Recordemos el pasaje:

«Porcia. Te pertenece una libra de carne de ese mercader; la ley te la da y el tribunal te la adjudica.

Shylock. ¡Rectísimo juez!

Porcia. Y podéis cortar esa carne de su pecho. La ley lo permite y el tribunal os lo autoriza.

Shylock. ¡Doctísimo juez! ¡He ahí una sentencia! ¡Vamos, preparaos!

Porcia. Detente un instante: hay todavía alguna otra cosa que decir. Este pagará no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son estas: 'una libra de carne'. Toma, pues, lo que te concede el documento: toma tu libra de carne. Pero si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscados en beneficio del Estado de Venecia.

(...)

Shylock. ¿Es esa la ley?

Porcia. Verás tú mismo el texto; pues ya que pides justicia, ten por seguro que la obtendrás, más de lo que deseas» (Shakespeare, W., *El Mercader de Venecia* (1597), Acto IV, Escena primera, Traducción de Astrana, L., Madrid, 1932).

11 Zagrebelsky, G., op. cit. pág. 146. Perelman escribe: «Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley. Hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia» (Perelman, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979, pág. 97). Naturalmente, esta reacción frente a la soberanía del legislador no puede equivaler a un renacimiento del iusnaturalismo pero sí muestra el alejamiento de la discusión de los esquemas del positivismo filosófico, negador de cualquier filosofía de los valores.

12 El contraste con los postulados imperantes durante el siglo XIX, el siglo de la codificación, es evidente. Como instrumento para superar una justicia de *cadí*, caso a caso, la codificación buscó claridad y sencillez en la fijación de las normas para alcanzar la seguridad en los negocios. Como ha escrito Díez-Picazo, «los códigos se pensaron, redactaron y promulgaron con una pretensión de estabilidad e incluso, si se puede hablar así, de perennidad. Dicho de otro modo, hechos de una vez, estaban hechos para siempre» (Díez-Picazo, L.: *Un siglo de derecho privado en Pensando el derecho en el siglo XX*, Madrid, 2003, pág. 43).

13 La consecuencia es, para Grossi, «una legalidad fluida», que convierte en más activa y compleja la labor del jurista. Grossi

cia, además, a la escasa calidad técnica de las normas¹⁴. Los cambios permanentes de las normas, el flujo interminable de decisiones, provoca también una crisis de la información jurídica, que «precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico»¹⁵.

Pero volvamos, por un momento, al terreno de los valores. Los cambios normativos buscan la profundización de los valores constitucionales que sirven de base al consenso social o, al menos, su desarrollo o adaptación a unas circunstancias que cada vez cambian o se complican con mayor rapidez. Y es asimismo indiscutible que esta constante transformación del ordenamiento se produce en el seno de sociedades marcadas por una primera separación entre la unidad del mercado y la fragmentación cultural. Ni la existencia de un sólo modelo de capitalismo tardío ni el dominio de las agencias mundiales de información puede esconder que la sociedad contemporánea, globalizada y multicultural, se asienta sobre un relativismo radical, que nos aleja de esa «cultura política homogénea» que ALMOND¹⁶ situaba como clave del necesario consenso básico sobre fines que debe servir de base a un sistema democrático¹⁷. Vivimos en un «mundo desbocado»

por emplear la expresión acuñada por GIDDENS¹⁸, que se va desembarazando de las tradiciones que operaban como signos de identidad, se globaliza al tiempo que resiste la colonización cultural y tiende a precipitar en sociedades que buscan cerrarse sobre sí mismas para defenderse del terrorismo o la inmigración descontrolada.

Conviene recapitular lo hasta ahora dicho. La referencia a valores y el cada vez más rápido cambio de las circunstancias sociales, culturales o económicas impulsan y acentúan el dinamismo del sistema jurídico. Ese dinamismo se refleja en leyes desbocadas, de escasa calidad técnica, que difícilmente pueden abarcar los distintos supuestos conflictivos y tienen que ser aplicadas en un contexto marcado por la diversidad cultural¹⁹. Esta situación realza el papel del juez hasta el punto de que algunos han visto en la proliferación de cláusulas generales tan característica de nuestra época una forma de delegar en el juez el poder de decisión²⁰. Para GUARNIERNIERI y PEDERZOLI, «el sistema judicial tiende a actuar, en efecto, como una estructura multifuncional, que presenta

recuerda una sentencia de la Corte de Casación de 2 de agosto de 1994 que, tras diferenciar entre disposición y norma, concluía que las «operaciones interpretativas vienen a determinar la formación de un 'derecho vivo', en continua evolución, que resulta más o menos distinto del significado original de la disposición escrita introducida en un tiempo cierto por el legislador» (Grossi, P.: *La primera lección de Derecho*, Madrid, 2006 (traducción del texto italiano de 2005)).

14 Cruz Villalón descubre tres estratos de significados bajo la noción de «calidad» de la ley. En un primer y amplio significado, calidad equivale a bondad, acierto, adecuación y técnica. En un segundo nivel, la calidad se vincula a los caracteres propios de la ley y trae a colación los conceptos de generalidad y estabilidad con sus acólitos, la racionalidad y la coherencia del ordenamiento en su conjunto (Systemgerechtigkeit). Y en un tercer nivel, la calidad de la ley se reconduce a principios constitucionales tales como seguridad jurídica como protección de la confianza y certeza del Derecho, interdicción de la arbitrariedad o tolerabilidad (en el sentido de la Zumutbarkeit). Véase Cruz Villalón, P.: *Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley en La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Aurelio Menéndez (Director), Madrid, 2004, págs. 113-133.

15 Pérez Luño, A.E.: *La Seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, pág. 46.

16 Almond, G.: *Political Development*, Boston, 1970.

17 W. Kymlicka alude a la «ciudadanía multicultural» (Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995). Las dificultades de integración social en la sociedad multicultural pueden paliarse con la común aceptación del marco constitucional como mecanismo de legitimación material (desde la consagración de los derechos fundamentales) y formal (mediante el proceso democrático y la facilitación de la participación política). El paulatino proceso de separación entre la cultura política general y la cul-

tura de la mayoría determina, como escribe Habermas, que «la solidaridad entre los ciudadanos del Estado habrá de situarse en un nuevo y más abstracto plano, como el que representa el 'patriotismo de la Constitución'» (Habermas, J.: *La constelación posnacional*, Barcelona, 2000, pág. 101).

18 Giddens, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid, 1999.

19 En el campo de los estudios literarios se asentó hace tiempo la noción de «comunidades interpretativas» como respuesta a la pregunta acerca de si la fuente de la autoridad interpretativa radicaba en el texto o en el lector. La noción de «comunidad interpretativa» sirvió para dar la razón a los partidarios del texto pero también a los defensores de la autoridad del lector. Una «comunidad interpretativa» no hace referencia tanto a un grupo de individuos que comparte puntos de vista y valores sino a «un punto de vista o manera de organizar la vida que comparte individuos» (Fish, Stanley, *Práctica sin teoría: retórica y cambio en la vida institucional*, Barcelona, 1992, pág. 105). La idea no estuvo exenta de ataques. Desde la derecha, se denunciaba que esa comunidad, liberada de su sujeción al texto, podía establecer un cambio de sentido atendiendo a sus propios deseos; y desde la izquierda la queja se concretó en que el propósito de la comunidad y de la teoría que le sirve de base no era otro que la legitimación del statu quo. Se puede utilizar el símil para poner de manifiesto que, en cualquier caso, la diversidad cultural y formativa característica de nuestras sociedades dificulta incluso la existencia de esas «comunidades».

20 Como apunta Díez-Picazo, L.M., la descodificación del ordenamiento jurídico revaloriza la figura del juez: «un jurista italiano, con el ingenio característico de esta nación, suele explicar esta idea con un hermoso símil, cuando dice que los jueces son como los actores de teatro: su capacidad de iniciativa depende del texto que están llamados a interpretar. Si está cuidadosamente redactado, poca será la posibilidad de inventiva del intérprete; pero ocurre que el legislador contemporáneo no se comporta como los dramaturgos clásicos, sino que proporciona guío-

numerosas áreas de superposición con las actividades demandadas a otras instituciones públicas»²¹. Pero lo cierto es que no cabe asignar al juez funciones propias de los restantes poderes. Las decisiones normativas corresponden al legislador y el juez deberá seguir cumpliendo su papel de «servidor de la Constitución y de la Ley»²². Lo que sucede es que, de alguna manera, el juez se convierte en el complemento indispensable de la ley pero sometido a un intenso deber de motivar sus decisiones con sujeción a los estrictos cánones de la argumentación jurídica. La motivación se convierte así en un auténtico *ensayo de persuasión*, del que pende la valoración de la legitimidad última de las formas de ejercicio de la función jurisdiccional²³.

Sobre este marco, puede apuntarse un tercer dato: la encomiable aspiración del juez a la justicia en la aplicación del Derecho no encuentra líneas claras que fijen sus límites ni en las leyes (que son muchas, malas, casi siempre insuficientes y plagadas de fórmulas abiertas) ni en los valores socio-culturales (que no son homogéneos)²⁴. Una legislación

deficiente y en permanente cambio unida a la coexistencia de diversos contextos de sentido y valor, fruto de la diversidad cultural y formativa, convierten en tarea hercúlea la búsqueda de factores de previsibilidad o certidumbre en la aplicación del Derecho²⁵. Este es el problema.

2. LA LUCHA POR LA SEGURIDAD

Ya se ha visto que la complejidad creciente de los procesos de aplicación del Derecho determina que no se pueda prescindir de las valoraciones del intérprete. Pero, claro, esta constatación no abre el camino a las convicciones morales subjetivas de los aplicadores del Derecho. Situados en un marco tan plural y complejo como el que se acaba de describir, se comprende que los derechos fundamentales, como los principios generales del Derecho, operen como el principal sustrato de certidumbre del sistema jurídico²⁶. El sentido último de los derechos fundamentales no consiste, en definitiva, sino en no dejar en manos ni siquiera de la mayoría parlamentaria la decisión sobre las posiciones esenciales del individuo²⁷. Los derechos fundamentales presen-

nes fragmentarios próximos a los que se usaban en la 'commedia dell'arte'» (La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional, Madrid, 1994, pág. 27).

21 Guarnieri, C. y Pederzoli, P.: *Los jueces y la política*, Madrid, 1999, pág. 21. Como ha escrito López Guerra, L., «en muchos supuestos (quizás en la mayoría) el Derecho escrito no suministra una, sino varias soluciones justas». El juez debe llevar a cabo «una tarea de creación del Derecho en cada caso concreto, remediando las forzosas limitaciones de la norma escrita» (López Guerra, L.: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia,» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442 (junio 2000).

22 García de Enterría, E.: *La democracia y el lugar de la Ley en El Derecho, la Ley y el Juez*. Dos estudios con Menéndez, A., Madrid, 1997, pág. 55. El realzamiento del papel del juez no puede llevarle nunca a independizarse de la Ley sino a «un uso más apurado y refinado de los principios generales del Derecho, los cuales no son una fuente alternativa a la Ley, ni un modo de excusar la obediencia debida a ésta, ni, por supuesto, una técnica con la que operar una supuesta 'libre recherche du Droit'» (García de Enterría, E., op. cit., pág. 56).

23 En palabras de Rubio Llorente, F.: «Si el juez ha de seguir siendo tal y no un poder libre que libremente acepta o rechaza las decisiones del legislador, sus decisiones han de estar 'fundadas en Derecho', ser consecuencia necesaria de un razonamiento que parte de una norma, se desarrolla según pautas de algún modo preestablecidas y emplea categorías construidas sobre los datos que el ordenamiento ofrece. De otro modo, la primacía de la Constitución se transforma en 'tiranía' del juez, la seguridad jurídica desaparece y la democracia queda, cuando menos, en entredicho» (*Constitución y Derechos Fundamentales en La forma del Poder* (Estudios sobre la Constitución), Madrid, 1993, pág. 633).

24 Las precomprensiones o prejuicios del intérprete influyen sin duda en su labor hermenéutica. Toda interpretación empieza siempre con conceptos previos. Para Gadamer, H-G., «sólo este reconocimiento del carácter esencialmente prejuicioso de

toda comprensión confiere al problema hermenéutico toda la agudeza de su dimensión» (*Verdad y Método*, Salamanca, 1977, pág. 337). De ahí que toda interpretación correcta deba protegerse contra la «arbitrariedad de las ocurrencias» y contra la limitación de los «hábitos imperceptibles del pensar» y orientar su mirada a «la cosa misma». Sobre la relevancia de «lo puesto» para la labor hermenéutica, vid. Heidegger: M., *El Ser y el tiempo*, México, 1977, trad. J. Gaos. Larenz, K., destaca como la «precomprensión» del jurista no sólo se refiere a la «cosa Derecho» y al lenguaje, «sino también a los contextos sociales, a las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de la vida a que se refieren las normas jurídicas» (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, pág. 198); esto es, al conjunto del «sector normativo» del que hablara Müller.

25 En su discurso de apertura del año judicial 2000/2001, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo recordó que el juez Holmes llegó a afirmar que «las profecías de lo que los Tribunales harán de hecho, y no otra cosa con más pretensiones, tal es lo que entiendo por Derecho» (Oliver Wendell Holmes: «The path of the Law» en *Harvard Law Review*, 1897).

26 Los derechos fundamentales operan como factor de legitimación de las comunidades nacionales y de la comunidad internacional, si bien desde el mundo asiático se critica su carácter individualista para acentuar la importancia de los deberes frente al grupo social.

27 Sobre la función de los derechos fundamentales como principios que encierran un «mandato de optimización», Alexi, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1986 (hay traducción española en 1993). En su *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Oxford, 2002, respondió Alexi a las críticas que sobre su concepción de los derechos lanzaron Habermas (para quien el modelo de los principios resta fuerza a los derechos fundamentales) y Böckenförde (que ve en esa configuración un riesgo de tránsito desde el Estado legislativo al Estado jurisdiccional).

tan, de este modo, una doble dimensión. Confiere derechos subjetivos pero, al mismo tiempo, representan un cuadro de valores objetivo que sirve de directriz a la legislación, la administración y la justicia.

Pues bien, dentro del cuadro de derechos que conforman nuestra cultura jurídica ocupa un lugar principal la igualdad y, de hecho, nuestra jurisprudencia constitucional ha enfatizado la importancia de una de sus manifestaciones —la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho— para la seguridad jurídica. Lo cierto es, sin embargo, que nuestra concepción de la igualdad en la aplicación de la Ley no pone objeción alguna al cambio del criterio judicial. Frente al mandato de la igualdad opera la independencia judicial.

Desde este entendimiento de las cosas, la jurisprudencia constitucional sostiene que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impiden a los órganos judiciales apartarse arbitrariamente de los precedentes *proprios*²⁸. En consecuencia, sólo se vulnera el principio de igualdad, en su vertiente de derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, cuando *el mismo órgano judicial*, existiendo identidad sustancial del supuesto de hecho enjuiciado, se aparta del criterio mantenido en casos anteriores, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad. Nada más.

En otras palabras: no hay un derecho a la uniformidad en la aplicación de las normas. Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario del mismo juez. Pero el cambio es legítimo si 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*. Y será ilegítimo si constituye una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad (SSTC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4; 240/1998, de

15 de diciembre, FJ 6; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3; 164/2005, de 20 de junio; 268/2005, de 24 de octubre)²⁹.

El punto de partida es distinto en el mundo anglosajón. En los sistemas del *common law* rige, como es sabido, el principio de sujeción al precedente (*stare decisis et quia non movere*) mientras que el continental se construye sobre la *res iudicata*, que limita los efectos de la sentencia al caso resuelto. Lo característico del modelo anglosajón es que un solo precedente constituye derecho y crea obligación³⁰, generando un sistema jurídico que pivota sobre el caso (*case law*). La vinculación al precedente no es, sin embargo, inflexible y, por esto mismo, se alude a un cierto proceso de aproximación entre el sistema del *case law* y el continental. En la actualidad, el

²⁹ Entre las más recientes, la STC 246/2006, de 24 de julio, resume los requisitos que exige el Tribunal Constitucional para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley: «La recurrente debe aportar un *tertium comparationis* que permita realizar un juicio de igualdad entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. La Sentencia o Sentencias aportadas como elemento de contraste deben ser un término válido de comparación, es decir, los supuestos de hecho deben ser sustancialmente iguales; debe existir alteridad o referencia a otro, porque la comparación consigo mismo está excluida; el órgano judicial debe ser el mismo, entendiendo tal identidad no sólo referida a la Sala, sino también a la Sección, ya que su entidad diferenciada podría desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley; y, finalmente, debe carecer de motivación que justifique el cambio de criterio, 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. Esta exigencia tiene su razón de ser en que el principio de igualdad, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), obliga a que un órgano judicial no pueda apartarse de forma caprichosa del sentido de sus decisiones adoptadas previamente sin una argumentación razonada que lo justifique, que garantice que la decisión adoptada responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no de una solución *ad personam* (SSTC 106/2003, de 2 de junio, FJ 2; 13/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3)».

³⁰ Goodhart, que precedió a Hart y Dworkin en la cátedra de *jurisprudence* de Oxford, hablaba de la doctrina del precedente individual obligatorio. La importancia del principio se convirtió recientemente en uno de los puntos clave de los «confirmation hearings» del juez John Roberts, para quien «it is a jolt to the legal system when you overrule a precedent. Precedent plays an important role in promoting stability and evenhandedness» (*Day two of the Roberts confirmation hearings*, 13 de septiembre de 2005, Washingtonpost.com).

²⁸ La primera doctrina constitucional sobre el «autoprecedente», iniciada en 1981, fue pronto evolucionando hacia el entendimiento de que el artículo 14 de la Constitución no impide el cambio de criterio salvo que se razone que es una cobertura formal de decisiones materialmente discriminatorias.

apartamiento del precedente puede estar justificado por apreciarse defectos en la decisión previa y cabe incluso la derogación expresa del precedente y su sustitución por un nuevo criterio (*overruling*)³¹.

Mas lo cierto es que el afán por la seguridad y certidumbre de las reglas es una constante universal. De este modo, no puede extrañar que vayan surgiendo, cada vez con más fuerza, estructuras o sistemas globales en diversos sectores económicos, que actúan siguiendo sus propias pautas de racionalidad. XIOL RÍOS ha puesto recientemente de manifiesto la importancia de estos desarrollos. Tras destacar la idea de que la globalización es «un terreno en el que se tiende a institucionalizar el lenguaje de los intereses» como sustituto del «lenguaje del Derecho» y en el que «la lógica de los sistemas sustituye a la lógica del Derecho», advierte que

*«la seguridad jurídica no se logra ya mediante una instancia decisora jerárquicamente superior. De manera realista, es de esperar una disminución de la inseguridad jurídica mediante una conexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente, lo cual apunta, en la realidad de la práctica judicial, a la tradición del precedente jurídico»*³².

Desde una perspectiva general, la multiplicación de centros sectoriales de decisión y el creciente recurso a la mediación y el arbitraje podrían analizarse en el contexto de un proceso de «refeudalización» del

sistema político y social³³ o, si se prefiere, como una muestra del proceso de sustitución de las instituciones por la capacidad de composición de los grupos integrantes de la sociedad civil (PÉREZ DÍAZ³⁴). La lógica del imperio de la ley y el dogma de la racionalidad del legislador, que condujeron al monopolio de la jurisdicción en la tarea de solucionar los conflictos, está siendo paulatinamente sustituida por una «lógica de red» (XIOL RÍOS) articulada en torno a una trama de estructuras sectoriales autónomas dotadas de sus particulares regímenes jurídicos (*Derecho global sin Estado*) y de sus propios centros y pautas de decisión. Y para que un sistema asentado sobre esas claves pueda estar en condiciones de satisfacer unos mínimos estándares de seguridad será preciso que sea transparente pero, sobre todo, que asuma el principio de vinculación al precedente para que puedan conocerse las líneas de razón que sirven de fundamento a sus decisiones y todo el mundo pueda saber a qué atenerse.

¿Cuáles son las claves que explican esta evolución? Me atrevería a decir que, en el fondo, late una falta de confianza en el Estado y, en particular, en la legislación y en la jurisdicción. La sociedad global se estructura en una multitud de escenarios sectoriales que no confían en la capacidad de la ley, entendida como norma *general*, para resolver sus problemas; y que asimismo consideran que sus peculiaridades no pueden ser eficazmente abordadas por una jurisdicción *generalista* sino por un *sistema especializado*. Estas dos tendencias se han visto alimentadas por la progresiva pérdida de la calidad de las leyes, más atentas como se ha visto a las

31 En algunos países iberoamericanos se está debatiendo la oportunidad de incorporar la doctrina del precedente al «civil law» para otorgar márgenes razonables de previsibilidad a las decisiones judiciales.

32 Xiol Ríos, J.A.: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid, 2005, pág. 29. En su interesantísimo estudio introductorio destaca Xiol como «el Derecho del common law se apresta a servir de modelo al nuevo Derecho global. La argumentación, que es la base de la construcción jurídica en el sistema continental, la cual se encauza mediante procedimientos de elaboración de las normas y decisión de los conflictos, es sustituida por la negociación, el contrato y el arbitraje, que se asientan sobre la base de los intereses concretos de los individuos, y se ofrecen como alternativa a los procesos judiciales para la resolución de los conflictos. Los operadores jurídicos relevantes no son ya los jueces y la academia, es decir, los juristas, como era característico del sistema continental, sino el experto, el cual cuenta con información sobre el sistema jurídico y actúa dentro de sus límites, pero básicamente es un conocedor de las tradiciones del mercado y de los distintos sistemas sociales y opera como hábil conductor de conflictos aportando valor económico añadido en la solución de los problemas».

33 La tensión entre «universalismo» y «localismo» jurídicos es, como se sabe, característica de la Alta Edad Media (véase por todos, García-Pelayo, M.: *La idea medieval del Derecho*, en *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968). El nacimiento del Estado moderno, como forma histórica de organización política vinculada al concepto clave de soberanía, supone en esencia que la estructura estatal general prevalece y se impone sobre las diversas organizaciones sectoriales. Estas son las categorías generales a las que se alude con la expresión, que parece gráfica, de «refeudalización». Extraordinariamente sugerente es la aplicación que hace del mismo concepto Kymlicka para quien «en un mundo caracterizado por masivas desigualdades globales, la idea de que las libertades y oportunidades que se tienen estén circunscritas al Estado en que se nace significa que algunas personas nacen con un estatus legal que les garantiza seguridad personal, amplias oportunidades y un nivel de vida digno, mientras que otros (sin culpa alguna) nacen con un estatus jurídico que les condena a la pobreza e inseguridad. Como observa Joseph Carens, éste es el equivalente moderno del feudalismo [...]» (Kymlicka, W.: *Fronteras territoriales*, Madrid, 2006, pág. 37).

34 Pérez Díaz, V.: *El retorno de la sociedad civil*, Madrid, 1987.

urgencias coyunturales que a las exigencias de orden y sistema, y por una progresiva disminución del valor de la jurisprudencia, que cuando llega lo hace tarde y pocas veces es uniforme.

¿Qué puede hacerse para mejorar la situación? Esta es la pregunta que servirá de orientación a las siguientes líneas que, sin constituir un comentario de los textos proyectados, no perderán de vista las reformas procesales que, en este otoño de 2006, se encuentran en tramitación en las Cortes Generales y, en particular, la reforma del recurso de amparo³⁵ y la modificación del sistema de recursos que, para los distintos órdenes jurisdiccionales, recoge el «Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal»³⁶.

Tres cuestiones

Pero antes de entrar en materias más concretas conviene fijar la atención en algunas cuestiones de principio. Todo el sistema de recursos, ordinarios y extraordinarios, sirve al valor de la seguridad jurídica y a la garantía de los derechos. Basta, en efecto, leer la exposición de motivos del Proyecto de Ley últimamente citado para descubrir que su objetivo primordial es conseguir 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». Y este objetivo, ante un horizonte marcado por la paulatina generación de sistemas de autocomposición y por la pluralidad de ordenamientos característica de nuestro Estado compuesto, nos enfrenta, al menos, a un triple orden de cuestiones.

En primer lugar, habría que plantearse el *papel de la jurisdicción* en este nuevo escenario. Desde luego, el servicio público de la Justicia seguirá cumpliendo un papel relevante en la pacificación de una gran variedad de conflictos sociales que cabría calificar de comunes y como garante de los derechos y liber-

tades de los ciudadanos. Pero se presta a mayores elucubraciones el lugar que esté llamado a ocupar en el futuro para la solución de conflictos en el seno de grupos o sectores especializados y complejos, que son los que con mayor intensidad se dedican a construir sus propios modelos y centros de decisión. Es seguro, sin embargo, que el lugar elegido para la pacificación de controversias dentro del grupo y entre sus miembros («conflictos sectoriales») no siempre coincidirá con la sede que resulte más adecuada para resolver diferencias entre operadores pertenecientes a sectores diversos («conflictos generales»). En estos casos, la importancia de la jurisdicción no deriva sólo de ser una *exigencia democrática* sino también de su papel esencial como *foro neutral común*³⁷.

La segunda línea de reflexión conduce a plantearse cuál sea el *valor de la jurisprudencia*³⁸. La función que, desde una perspectiva normativista, asigna nuestro Código Civil a «la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» es la de complementar el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia va así decantando un Derecho judicial, que sirve como factor integrador del ordenamiento y uniformador de su aplicación. Pero lo cierto es que esa misión se ha visto *relativizada* por distintas circunstancias. Por un lado, la lentitud en la decisión de los recursos de casación (sobre todo, en el orden civil y en el contencioso-administrativo) hace que pierda eficacia la doctrina jurisprudencial, que recae cuando los problemas se han solucionado o sustituido por otros nuevos y distintos. Por otra parte, el exceso de trabajo dificulta la tarea de coordinación de las líneas de deci-

37 Xiol Ríos, J.A., op. cit., pág. 31, sostiene que «la masificación de la actividad judicial tiene, por ello, profundas raíces en los dos pilares que constituyen la razón de ser de su función: la independencia, entendida como neutralidad frente a las influencias del poder y de la racionalidad autónoma de los grupos de interés, y la defensa de los derechos de los ciudadanos como valor impuesto frente a los criterios particularistas de legitimación característicos de cada régimen o grupo aislado».

38 Véase, por todos, Díez-Picazo, L.: *La jurisprudencia en El Poder Judicial*, Madrid, 1983. Para Díez-Picazo, «hay una idea más profunda en la consideración de la jurisprudencia. En especial cuando se reclama su uniformidad, aflora la intuitiva idea de que la justicia exige la igualdad y que la igualdad exige que casos iguales sean tratados igualmente y que los precedentes judiciales sean respetados, salvo cuando hayan existido fundadas razones para desviarse de ellos. Este es para mí el pilar básico de una teoría de la jurisprudencia: el respeto del precedente judicial como respeto de la idea de justicia a través de la igualdad». (Díez-Picazo, L., op. cit., pág. 278).

35 El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, n.º 60-1 de 25 de noviembre de 2005 (en adelante, RLOTG).

36 El texto del Proyecto de Ley se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 69-1 de 27 de enero de 2006 (en adelante, PRC).

sión y provoca el fenómeno patológico de la llamada «jurisprudencia a la carta». Pero tampoco hay que despreciar el hecho de que la *informática jurídica*, esto es, la disponibilidad de bases de datos que recogen resoluciones permanentemente actualizadas de todos los niveles judiciales, ha provocado que la llamada práctica judicial de los órganos inferiores cumpla también una labor de fijar pautas de seguridad que son consideradas por los operadores a la hora de formular juicios de previsibilidad sobre las consecuencias de sus comportamientos.

El tercer orden de cuestiones gravita sobre los problemas que derivan de la *pluralidad de ordenamientos* que coexisten en un Estado compuesto como es el Estado de las Autonomías nacido de la Constitución de 1978. La proyectada reforma del sistema de recursos ciñe la misión unificadora del Tribunal Supremo al Derecho estatal y concentra en los Tribunales Superiores de Justicia la depuración de las infracciones cometidas en la aplicación de los ordenamientos autonómicos. La cuestión que puede suscitarse es que ante mandatos similares de los ordenamientos de las distintas Comunidades Autónomas las soluciones de los diversos Tribunales Superiores de Justicia no sean homogéneas. En estos casos, será preciso asignar al Tribunal Supremo una labor de unificación como instancia final común, que evite las disfunciones que de otro modo aquejarían al desenvolvimiento de nuestro Estado como un espacio único en el orden económico y en el de los derechos y libertades fundamentales.

Tras este conjunto de consideraciones se está ya en disposición de acometer el plan de trabajo anunciado y centrar la atención en el recurso de amparo y en la Jurisprudencia.

3. • EL RECURSO DE AMPARO

Comencemos por el principio. Y el principio está en la Constitución. Como se ha visto, los derechos fundamentales constitucionalizados cumplen una esencial función de legitimación del sistema político. Son, al propio tiempo, los pilares fundamentales del ordenamiento no ya sólo porque su contenido esencial, inmediata y directamente aplicable, vincula a todos los poderes públicos sino también por ser una referencia permanente para la labor de interpretación y aplicación de las normas. Desde esta perspectiva, constituyen factores de certidumbre del sistema jurídico, pivotes firmes que acotan el campo de las decisiones de los restantes operadores jurídicos.

En España, como se ha dicho, todos los jueces son jueces de la constitucionalidad. A los jueces les cumple, pues, la tarea primordial de proteger los derechos fundamentales. En esa labor se encuentran sujetos a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, a quien como intérprete supremo de la Constitución corresponde decantar el contenido esencial de los derechos de manera vinculante para los tribunales ordinarios. Ese papel es cumplido por el Tribunal Constitucional al resolver todo tipo de procesos. Pero el cauce específico de protección de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 53.2 de la Constitución es el recurso de amparo, que da muy especialmente pie al despliegue de esa relevante función.

El recurso de amparo es, por otra parte, un remedio subsidiario, una última garantía en el orden jurídico interno a la que sólo cabe acceder cuando se han agotado en la vía judicial todos los recursos disponibles. El Tribunal Constitucional ha enfatizado la trascendencia de esta nota de la subsidiariedad, conectada con el principio medular de la independencia judicial. La subsidiariedad del amparo determina que, en la mayor parte de los casos, la acción de amparo se concrete en un recurso contra los jueces, contra decisiones judiciales. En algunos casos, porque el recurrente estima que la jurisdicción ordinaria no protegió de manera adecuada sus derechos; en otros, porque la violación constitucional se imputa inmediata y directamente a una resolución judicial. Desde esta perspectiva, la funcionalidad del recurso de amparo no se agota en su faceta protectora del derecho del recurrente (*ius litigatoris*)³⁹ ni tampoco en su dimensión objetiva sino que, al mismo tiempo, representa «*la invisible espada de Damocles que pende sobre todos los órganos del poder público, incitándolos a una atenta y pronta actuación de*

39 El recurso de amparo tiene constitucionalmente asignada una dimensión subjetiva que fue remarcada desde la primera sentencia, al proclamar que «*la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias*» (STC 1/1981). Pero el amparo no se consume sólo en su dimensión objetiva, de defensa objetiva de la Constitución por su intérprete supremo, «*de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos*». Es, por otra parte, un mecanismo para proteger a los ciudadanos frente a las concretas violaciones de sus derechos fundamentales por los poderes públicos y «*no es el cauce idóneo para someter a enjuiciamiento, desde la perspectiva de las garantías constitucionales, una situación genérica y compleja que se considera disconforme con la efectiva realización de los derechos fundamentales*» (STC 45/1990, FJ 4).

los principios constitucionales»⁴⁰ ¿Cuál ha sido el resultado de este esquema superados ya los 25 años de vigencia de la Constitución? ¿Se ha agotado el modelo⁴¹? Para responder esta pregunta conviene hacer un poco de memoria.

Los primeros tiempos

La justicia de amparo, se ha dicho mil veces, cumplió una función muy relevante en los primeros años de vigencia de la Constitución. Es verdad que el recurso de amparo pronto se convirtió, como antes anunciaba, en un recurso «frente al juez» y quiso verse como una tan tentadora como indebida «tercera instancia». Esta situación se produjo porque la amplia configuración del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE) que fue decantando el Tribunal Constitucional abrió el cauce del amparo a las denuncias basadas en hipotéticas infracciones de normas procesales. Lo cierto es que, en esos primeros tiempos y a pesar de los posibles excesos, el amparo sirvió para ir dotando de efectividad a los mandatos constitucionales y para implantar una «cultura constitucional» en nuestro sistema jurídico⁴².

En otras palabras: el recurso de amparo no sirvió sólo a la efectiva protección de los recurrentes (dimensión subjetiva) sino que, en su dimensión objetiva, fue clave en la tarea de depuración del ordenamiento preconstitucional y se constituyó en el cauce principal para que el Tribunal Constitucional desplegara una impagable labor de «pedagogía constitucional». Esa labor tuvo como presupuesto, como se ha dicho, un generoso entendimiento del contenido y alcance de los derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución y sirvió, a mi juicio, para instaurar primero y fortalecer después una creciente «conciencia constitucional» en jueces y abogados. La doctrina constitucional recaída al resolver cientos de recursos provocó una auténtica revolu-

ción en el proceso y en los métodos de aplicación e interpretación del ordenamiento. En otras palabras:

«las resoluciones de los recursos de amparo cumplieron entonces una importante función ‘educadora’ y legitimadora. Educadora para nuestra cultura jurídica y para los jueces y tribunales, sin duda alguna, pero también legitimadora en cuanto que a través del amparo los ciudadanos adquirieron la convicción de que los derechos fundamentales eran tutelados, como directamente eficaces ‘ex Constitutione’ y, en definitiva, que se disfrutaban desde la entrada en vigor del texto constitucional»⁴³

La crisis del recurso de amparo

Con el paso de los años y el colapso sufrido por el Tribunal Constitucional como consecuencia de una constante avalancha de recursos de amparo que, en su mayoría, invocan lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva, la visión del recurso de amparo llegó a oscurecerse. Llevamos más de quince años instalados en la idea de la «crisis del recurso de amparo». Y, desde el punto de vista del abogado, esta «crisis» está marcada, al menos, por tres notas: (1) escepticismo, (2) imprevisibilidad y (3) paciencia.

(1) *Escepticismo*. La lectura de las últimas Memorias del Tribunal Constitucional pone de manifiesto (a) el continuado crecimiento del número de recursos de amparo, que de 6.762 en el año 2000 pasó a 7.814 en el 2004 y 9.476 en 2005; (b) la exagerada desproporción existente entre el número de los amparos y el resto de los asuntos que ingresan en el Tribunal pues de un total de 6.901 asuntos ingresados en el año 2000 ya se ha visto que 6.762 eran amparos mientras que sólo 139 correspondían a otro tipo de procesos; en 2004 fueron 7.951 los asuntos ingresados de los que 7.814 fueron amparos y 137 el resto de procesos; y en 2005 los recursos de amparo ingresados alcanzaron el número de 9.476 y fueron 232 los restantes procesos; (c) la frecuencia con que los recursos de amparo son *inadmitidos* por simple providencia⁴⁴ (el porcentaje de admisiones no alcanza siquiera el 3% de los recursos interpuestos);

⁴⁰ Rupp, H. G., *Objet et portée de la protection des Droit Fondamentaux*, citado por Cascajo, J.L. y Gimeno Sendra, V. en *El recurso de amparo*, Madrid, 1985, pág. 59.

⁴¹ Vid. Bustos Gisbert, R., «¿Está agotado el modelo del recurso de amparo diseñado en la Constitución Española?» en *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 4, 1999.

⁴² En el discurso pronunciado con motivo del xxv aniversario del Tribunal, la Presidenta del Tribunal Constitucional, Doña María Emilia Casas Baamonde, dijo que «el recurso de amparo se ha demostrado una herramienta muy valiosa para delimitar el contenido de los derechos fundamentales y, en los años iniciales de la jurisprudencia constitucional, para contribuir a adecuar la jurisprudencia de los Jueces y Tribunales ordinarios a los principios y valores constitucionales».

⁴³ Aragón Reyes, M., *Problemas del recurso de amparo en la reforma del recurso de amparo*, Pérez Tremps, P. (coordinador), Madrid, 2004, pág. 147.

⁴⁴ Como es sabido, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada por la L.O. 6/1988, de 9 de junio, facilitó el trámite de admisión y permitió que las secciones, por unanimidad, pudieran acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurriesen algunos de los supuestos establecidos en el artículo 50.

y (d) la enorme *bolsa de recursos de amparo pendientes de decidir sobre admisión*, que a 31 de diciembre de 2005 se situaba en 10.990 recursos. Se trata, sin duda, de un dibujo poco alentador, que aproxima nuestro amparo a la visión de un mecanismo «*sin coste, sin esfuerzo y sin esperanza*», como recuerda RUBIO LLORENTE que se dice humorísticamente de la *Verfassungsbeschwerde* alemana⁴⁵.

Si se toma en consideración que, en el año 2004, el 83,48% de los recursos ingresados invocaron lesiones del artículo 24 de la Constitución, y que ese porcentaje alcanzó el 87,41% en 2005, las conclusiones parecen evidentes. La primera es que el amparo tiende, en efecto, a utilizarse indebidamente como una tercera instancia o como una estrategia, a la desesperada, para retrasar la firmeza de resoluciones judiciales. La segunda es que este hecho está produciendo, desde hace años, un indeseable atasco del Tribunal Constitucional. Y la tercera es que, siendo esto cierto, la generalización de la inadmisión convierten al recurso de amparo en un auténtico *juego de azar*.

(2) *Imprevisibilidad*. Las providencias de inadmisión no se publican. Pero, de otra parte, tampoco el examen atento y cuidadoso de los autos de inadmisión permite descifrar, con el grado de seguridad deseable, cuáles sean los criterios del Tribunal Constitucional a la hora aplicar las causas de inadmisión y, sobre todo, la de carencia de contenido constitucional de la demanda. Esta circunstancia es sorprendente si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional se caracteriza, con carácter general, por un elevado grado de coherencia. El dato refleja que el Tribunal Constitucional viene adoptando decisiones en el trámite de admisión en *estado de necesidad*. Hay quienes sostienen que el Tribunal está aplicando un *certiorari*⁴⁶ encubierto, que selecciona discrecionalmente su *agenda de casos*. No es ésta la opinión de VIVER Y PI-SUNYER para quien,

«lo que hace es simplemente un juicio a limine, un pre-juicio, sobre la viabilidad de los recursos plante-

ados, es decir, sobre las posibilidades de ser estimado en sentencia, aplicando para ello únicamente las cánones que se aplican en fase de sentencia. (...) Por eso, desde esta perspectiva se ha podido afirmar que un recurso de amparo desestimado es un recurso de amparo mal admitido»⁴⁷

(3) *Paciencia*. Sólo el trámite de admisión tarda con frecuencia más de un año y ya se ha visto que la Memoria del Tribunal da cuenta de que, a 31 de diciembre de 2005, eran 10.990 los recursos pendientes de decidir sobre admisión. La misma Memoria refleja que durante al año 2005 se recibieron en las Salas, a las que corresponden los recursos de amparo, 3.505 asuntos más que los que fueron resueltos en trámite de admisión. En suma: ante esta avalancha, y a pesar del enorme esfuerzo desplegado por letrados y magistrados, la *bolsa de amparos* sigue creciendo. La *lentitud* en la tramitación de los asuntos se pone de manifiesto con sólo reparar en el hecho de que, durante el año 2004, el Tribunal pudo resolver 207 recursos de amparo, 7.580 estaban en fase de admisión y 498 se encontraban pendientes de sentencia; y en 2005, fueron 312 los amparos resueltos, 10.990 se encontraban pendientes de admisión y eran 402 los pendientes de sentencia.

Las propuestas de reforma: sus objetivos

Ante este desolador panorama causa cierto desánimo, visto desde fuera del Tribunal, que los objetivos que se presentan como más claramente discernibles en la mayor parte de las propuestas de reforma del recurso de amparo⁴⁸ hayan sido, por así decirlo, de «consumo interno». Se discute si el recurso de amparo es o no constitucionalmente necesario, si son o no disponibles los derechos protegibles en amparo o si se debe o no introducir el sistema de «*certiorari*» en el procedimiento de admisión. Pero

45 Rubio Llorente, F., *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional en La forma del poder* (Estudios sobre la Constitución), Madrid, 1993, pág. 486.

46 El *writ of certiorari* norteamericano permite a la Corte Suprema aceptar o rechazar discrecionalmente los asuntos que le llegan por esta vía. Véase por todos, Ahumada, M.A.: «El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41 (1994), págs. 89 y ss.

47 Viver i Pi-Sunyer, C., *Diagnóstico para una reforma en La reforma del recurso de amparo*, op. cit., pág. 39. Alberti Rovira, E., «se inclina a pensar que se produce, de hecho, una selección de casos. El recurso común ha sido transformado en un recurso excepcional, pues no puede sostenerse seriamente que tiene carácter común o general un recurso cuya admisión sólo prospera en menos de un 5 por ciento de los casos» (El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente en *La reforma del recurso de amparo*, op. cit., pág. 139).

48 Las ponencias y comunicaciones presentadas en el Seminario celebrado el 25 de abril de 2003 en el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid sobre *La reforma del recurso de amparo* fueron publicadas bajo ese mismo título en el año 2004. Es esta obra la que viene citando repetidamente.

da la impresión de que la preocupación se centra en resolver sólo dos problemas; a saber: (1) la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Tribunal; y (2) la evitación o, al menos, atenuación de los conflictos con la jurisdicción ordinaria y, singularmente, con el Tribunal Supremo.

(1) *La sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional*⁴⁹. Todas las propuestas de reforma parecen perseguir, primero, resolver el problema de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, esto es, conseguir que el Tribunal no pierda energías que le alejen de su papel decisivo, el control de la constitucionalidad de las leyes por la vía del control abstracto (recurso de inconstitucionalidad) o concreto (cuestiones de inconstitucionalidad). En este plano se lamenta, con razón, el tiempo que el Tribunal debe dedicar a inadmitir la tremenda avalancha de recursos de amparo⁵⁰, que se aprecia como una inútil pérdida de energía para su principal tarea de fijar la doctrina constitucional.

El Tribunal Constitucional, si bien no está obligado a hacerlo, motiva las providencias de inadmisión. Tengo dudas, sin embargo, de que este loable esfuerzo encuentre justificación suficiente. Por un lado, hay que tener en cuenta que las providencias de inadmisión no se publican. El razonamiento

incorporado a estas resoluciones busca, pues, simplemente suministrar una explicación al recurrente. A él se dirige; en él se agota. No está llamado a tener trascendencia general sino a persuadir al demandante de amparo. Se trata de un objetivo que es, sin duda, encomiable en el órgano constitucional encargado de frenar, en última instancia, cualquier reducto de arbitrariedad de los poderes públicos pero esa regla de motivar ahonda la sobrecarga de trabajo y, sobre todo, presenta el riesgo, largamente denunciado por RUBIO LLORENTE, «de que por esta vía se vaya reduciendo paulatinamente el contenido 'constitucionalmente declarado' de los derechos»⁵¹.

No puede olvidarse que, en su mayoría, la inadmisión se produce por apreciarse que la demanda carece de contenido constitucional y que esa valoración se produce sin debate ni alegaciones complementarias de los recurrentes. Todo se fia a la demanda. Esta restricción del debate, unida a la gran cantidad de providencias de inadmisión que se dictan cada año (5.293 en el año 2005), acrecienta el riesgo del error de apreciación a cambio de ninguna ventaja realmente relevante.

(2) *Evitar los conflictos con la jurisdicción ordinaria*. Es cierto que se han producido ya algunos, demasiados, ejemplos de «guerra entre Cortes» en los últimos años⁵². Los conflictos⁵³ alcanzaron su cota de

49 En la solemne sesión celebrada el 1 de octubre de 1986 en el Tribunal Constitucional, el Presidente Tomás y Valiente pronunció un discurso que conviene recordar. Dijo, entonces: «no es fácil decidir si conviene combatir tal avalancha de recursos. Esta sociedad ha carecido durante demasiado tiempo de los derechos y libertades que con ellos se ampara, y quizá sea prudente no obstaculizar su defensa y esperar a que se comprenda que los recursos de amparo no constituyen una panacea, sino un instrumento jurídico de delicado uso. Acaso debamos también confiar en que los ciudadanos y quienes los dirigen técnicamente renuncien a acudir al recurso de amparo como si fuese lo que no es, una tercera instancia. Si se produjeran de forma espontánea estas dos reacciones imaginadas, la riada remitiría y las aguas encontrarían un cauce de más bajo nivel, más sosegado curso y menor riesgo de inundación. En la hipótesis contraria, el legislador sabrá si debe intervenir o no, y, en caso afirmativo, cómo y cuándo» (incluido en el libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, págs. 217-218).

50 En el discurso pronunciado con ocasión del xxv aniversario del Tribunal, antes citado, la Presidenta del Tribunal Constitucional señaló que «no es razonable el esfuerzo y tiempo que el Tribunal dedica a la inadmisión de los recursos de amparo, aunque esa fase no sea irrelevante en términos constitucionales, pues también en ese trámite se dispensa tutela, confirmando la ya prestada por los Jueces y Tribunales, primeros llamados a hacerlo. Con todo, no es razonable el esfuerzo y tiempo dedicado a un trabajo en negativo, esfuerzo y tiempo que se resta a la resolución de los asuntos de que se va a ocupar y se ocupa el Tribunal».

51 Rubio Llorente, F.: *El recurso de amparo constitucional*, en La

jurisdicción constitucional en España (*La Ley orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*); Madrid, 1995, pág. 155.

52 La expresión «guerra de las dos Cortes» es de origen italiano, donde los primeros pasos de la «Corte Costituzionale» se toparon con cierta resistencia de la «Corte di Cassazione» a aceptar algunas de las claves del sistema instaurado por la Constitución italiana de 1947.

53 Uno de los primeros supuestos de roce fue el resuelto por la STC 7/1994, de 17 de enero, que revisó el criterio del Tribunal Supremo sobre el valor que había de darse a la negativa a realizar las pruebas biológicas de paternidad. Los problemas volvieron a reproducirse como consecuencia del caso Preysler. La STC 115/2000, de 10 de mayo, anuló la sts de 31 de diciembre de 1996, donde se sostuvo que la revelación en una revista de escenas de la vida familiar de un personaje público no podía considerarse como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona porque «simplemente constituyen una propagación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar». El Tribunal Constitucional anuló esta sentencia al entender que «a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar». Para el Tribunal Constitucional la revelación de esos datos fue una intromisión ilegítima en la intimidad constitucionalmente protegida y poco importaba la veracidad o no de los datos revelados porque el criterio para pronunciarse sobre la legitimidad de la injerencia en el derecho a la intimidad no era el de la veracidad sino el del interés público del hecho revelado. Tras la STC 115/2000, el Tribunal Supremo dictó una nueva sentencia ajusta-

máxima preocupación con la insólita Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que declaró incursos en responsabilidad civil a once magistrados del Tribunal Constitucional por haber inadmitido un recurso de amparo.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo provocó un Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de 3 de febrero de 2004, en el que se destacó que «la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que sólo al Tribunal Constitucional corresponden». El Acuerdo declara: (a) que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial; y (b) que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por la vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida al Tribunal Constitucional por la Constitución.

Como se ha visto, el campo natural de estas batallas son, claro está, los recursos de amparo y, muy especialmente, los que invocan lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva como motivo del recurso. VIVER I PI-SUNYER realizó un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional recaída durante tres años y alcanzó, sin embargo, la conclusión de que «no existe en nuestro ordenamiento un problema estructural de articulación de las dos jurisdicciones en el ámbito del amparo», de manera que no puede concluirse «que el recurso de amparo constitucional esté actuando en nuestro ordenamiento como un recurso de casación o de revisión universal, con duplicación de actividades judiciales»⁵⁴.

da al pronunciamiento constitucional pero que redujo drásticamente la indemnización fijada en la instancia por los daños derivados de la ilegítima intromisión. La STC 186/2001, de 17 de septiembre, anuló también este segundo pronunciamiento del Tribunal Supremo porque la protección de los derechos no puede reducirse a «un acto meramente ritual o simbólico» y por entender que el Tribunal Supremo se había apartado de los criterios de la STC 115/2000. La estimación de este segundo amparo se resolvió con un pronunciamiento que declaró ajustada a Derecho la indemnización que había sido fijada previamente por la Audiencia Provincial. La Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de mayo de 2003 declaró que «la manera en que el Tribunal Constitucional interpretó y aplicó la legislación interna aplicable no revela ninguna apariencia de iniquidad o de arbitrariedad flagrantes que puedan plantear un problema en el terreno del artículo 6.1 del Convenio».

⁵⁴ Viver i Pi-Sunyer, op. cit., pág. 31. En su análisis, distingue tres categorías distintas de controles desplegados por el

El problema radica al final en la dificultad existente para trazar la línea divisoria entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria⁵⁵. El Tribunal Constitucional tiene reconocida una supremacía hermenéutica en materia de derechos fundamentales, que se encuentra positivizada en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sus decisiones son vinculantes para la jurisdicción ordinaria en cuanto se refieren a los principios y preceptos constitucionales. Por su parte, el Tribunal Supremo es el supremo intérprete de la legalidad ordinaria. Pero, claro, la distinción entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad siempre deja zonas grises, que son los que suscitan los frecuentes «roces» que se vienen produciendo⁵⁶. Se trata de un problema que es, de algún modo, consustancial al modelo. Como explica AHUMADA RUIZ,

«probablemente una paradójica consecuencia del sistema de control concentrado es que fuerza la entrada en ordenamientos de ‘civil law’ de ‘judge-made (constitutional) law’, digamos doctrina constitucional vinculante, cuya eficacia resultaría mejor ordenada acudiendo a la técnica del ‘stare decisis’. (...) Entre tanto, lo que resulta es un sistema en el

Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria: a) un control externo mediante la aplicación del canon de congruencia y del test de la motivación; b) un control de corrección fáctica cuando aplica el test de error material patente; c) un control procesal para evitar indefensiones; d) un control sobre la corrección lógica del razonamiento mediante el test de motivación o razonabilidad lógica; e) un control de rechazo referido a la corrección jurídica al aplicar el test de la motivación suficiente, de la razonabilidad reforzada y de proporcionalidad; y f) un control de sustitución referido a la corrección jurídica de la interpretación y aplicación de los preceptos procesales y sustantivos al aplicar el test más incisivo de la legalidad ordinaria, que en los tres años estudiados llevó a estimar el amparo en 18 ocasiones.

⁵⁵ Como escribió Tomás y Valiente, F., «que la interpretación de la legalidad corresponde al poder judicial para aplicarla es evidente. Pero como esa interpretación ha de hacerse conforme a la Constitución, la función interpretativa de ésta llevada a cabo por el Tribunal Constitucional irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento e incide directamente sobre la jurisdicción ordinaria» (Los jueces y la Constitución, conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid el 12 de diciembre de 1991, en Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Madrid, 1993, pág. 99).

⁵⁶ Como ha escrito Pérez Tremps, «en materia de derechos resulta aún más difícil trazar una línea entre constitucionalidad y legalidad ya que Constitución y ley colaboran a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos, siempre bajo la supremacía de la primera. Y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (STC 50/1984, por ejemplo)» (Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional, Juez ordinario y una deuda pendiente del legislador en La reforma del recurso de amparo, op. cit., pág. 202).

que los tribunales constitucionales deben dedicar especiales esfuerzos a imponer su criterio a los jueces ordinarios y defender su espacio propio de actuación»⁵⁷.

¿Son necesarias reformas legislativas para resolver este problema? Si se concuerda en que se trata de una circunstancia que es, en cierto modo, inherente al sistema de justicia constitucional concentrada, habría que responder que, probablemente, no. Pero una mejora de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria y una ampliación del ámbito del incidente de nulidad de actuaciones hasta convertirlo en un camino para reparar cualesquiera lesiones de derechos fundamentales podrá servir para reducir las posibilidades de conflicto y evitar el desgaste que por esta vía ha venido sufriendo nuestro modelo de amparo constitucional.

¿Para qué nos sirve el recurso de amparo?

Sin despreciar, en modo alguno, la importancia que puedan presentar los objetivos hasta ahora apuntados, la clave de cualquier reflexión sobre la reforma del recurso de amparo se sitúa para mí en la siguiente pregunta: ¿para qué queremos hoy el recurso de amparo? ¿De qué nos sirve si es que nos sirve para algo?

Para estar en condiciones de dar respuesta a este interrogante hay que volver a recordar la paradoja que esconde un sistema dual de protección de los derechos: por un lado, se encomienda primariamente a los jueces la garantía de los derechos; por otro, se permite que el Tribunal Constitucional controle la actuación de los jueces. En estos momentos es ya irrelevante discutir si la clave de esta opción estuvo o no en una desconfianza hacia la magistratura procedente de la dictadura. Es verdad que no faltan quienes han visto en la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, con carácter general, un acto de desconfianza hacia los jueces opuesto al designio de consolidar la supremacía del poder judicial, incluso frente al legislativo, que alentaría en el constitucionalismo liberal-burgués norteamericano⁵⁸. No im-

porta. El único dato relevante es que el recurso de amparo está expresamente previsto en la Constitución y es una pieza necesaria del sistema de justicia constitucional⁵⁹. ¿Para qué nos sirve?

Es evidente que el recurso de amparo sirve, en primer lugar, para *delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales*. Esta es su más relevante función: concretar el contenido y alcance de los derechos y *unificar* el entendimiento de los mismos en todos los niveles de nuestro sistema de protección y aplicación del Derecho⁶⁰ y para todo el territorio español. Esta función puede también cumplirla el Tribunal por la vía de los procesos de declaración de inconstitucionalidad. Es cierto. Pero no podrá discutirse que el recurso de amparo amplía el abanico de supuestos que pueden ser llevados al Tribunal Constitucional, al independizar el debate de las dudas de constitucionalidad que suscite una norma de rango legal o su interpretación, y aunque sólo permita reaccionar frente a los defectos de protección en la vía judicial y no contrarrestar entendimientos acaso excesivos o desfiguradores de las garantías constitucionales.

La función unificadora se vincula a la supremacía del Tribunal Constitucional. Como ya se dijo, la

b) Funcional (u objetiva): ausencia de una doctrina, de una jurisprudencia sobre la norma constitucional, muy en particular de su parte dogmática (especialmente importante a la vista de las notas distintivas de la Constitución como norma)». (El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador en Los procesos constitucionales, Madrid, 1992, pág. 117).

⁵⁹ No han faltado defensores de la posibilidad de suprimir el amparo, para lo cual interpretan el inciso «en su caso» del artículo 53.2 de la Constitución («cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1 del capítulo II ante los Tribunales ordinarios [...] y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional») como una cláusula amplia a favor del legislador que podría optar por la supresión del recurso. Por todos, Martín-Retortillo Baquer, L., *Contra el recurso de amparo en Materiales para una Constitución*, Madrid, 2001. La mayor parte de la doctrina no lee esa expresión sino como una habilitación al legislador para concretar la 'configuración procesal' del recurso. Como dice Pérez Tremps, P., op. cit., pág. 45, «hay que entender que el recurso de amparo es una pieza necesaria del sistema español de justicia constitucional, dependiente sólo de la voluntad del poder constituyente. Otra interpretación, cuanto menos, suscitará serias dudas de constitucionalidad».

⁶⁰ Esta labor es hoy insustituible. Como ha escrito Pérez Tremps, P., «la actual configuración del Tribunal Supremo español en Salas, y sin competencias jurisdiccionales para el Pleno, hace que el Tribunal Supremo sea un órgano inhábil para producir un efecto de unificación doctrinal de la Constitución» (Tribunal Constitucional, Juez ordinario y una deuda pendiente del legislador, en La democracia constitucional. *Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, 2002, pág. 1660).

⁵⁷ Ahumada Ruiz, M.: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, 2005, pág. 302.

⁵⁸ Volpe, G., *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, 1977. Para Cruz Villalón, P., «el sentido o justificación del recurso de amparo constitucional es, sobre todo, histórico, inaugural de un determinado ordenamiento constitucional, con dos vertientes: a) Orgánica (institucional o subjetiva): desconfianza hacia la identificación constitucional de un Poder Judicial 'preconstitucional';

doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias de amparo es vinculante para la jurisdicción ordinaria (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El artículo 7.2 de esta misma Ley Orgánica precisa, además, que los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución «se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido». De manera que la jurisdicción ordinaria encuentra en la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales una guía firme para su propia labor jurisdiccional⁶¹.

Esta importante función es consecuencia del primer papel que el recurso de amparo está llamado a desempeñar: la protección de los derechos fundamentales frente a acciones u omisiones de cualquier poder público cuando esa garantía no se haya obtenido de la jurisdicción ordinaria. Es la llamada dimensión subjetiva del recurso, que tendrá menor importancia en la medida en que la protección judicial sea más eficaz. Las disfunciones del modelo se han producido por la ligereza con que a veces se acude al Tribunal Constitucional buscando una tercera instancia, una posibilidad última de encauzar un asunto que se tuere o de retrasar a la desesperada su terminación. Este propósito es, sin duda, el que ha provocado la riada de recursos que, en su mayoría, invocan como motivo de amparo la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, aprovechando que el Tribunal Constitucional reconoció relevancia constitucional a determinadas infracciones procesales.

Pero esta patología no debe, a mi juicio, hacer que paguen justos por pecadores. No puede servir de justificación ni para restringir el amparo ni para resucitar criterios de inadmisión ciegos a que el papel

central de los derechos fundamentales excluye la aplicación del *de minimis non curat praetor*⁶². Sí aconsejará, sin embargo, las mejoras técnicas del régimen de los recursos en la vía judicial ordinaria para reforzar su eficacia como mecanismo de protección de los derechos. Como se recordará, la vinculación entre el sistema judicial de recursos y el amparo fue puesta de relieve por la STC 185/1990. El Tribunal Constitucional destacó entonces que

«la cuestión que origina este recurso se sitúa, no obstante, en el ámbito de la preocupación ocasionada por la prohibición de que los Jueces ordinarios remedien sumariamente indefensiones patentes en el proceso si ya ha recaído Sentencia. Y cabe a ese respecto señalar que la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 CE al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales la corrección de esas vulneraciones, convierte como antes decimos al de amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme. De este modo, la falta de un amparo que sea realmente previo y sumario ante los tribunales ordinarios, que hace revertir a éste toda la masa de recursos fundados en aquellos motivos, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados al introducir en todo caso una instancia jurisdiccional más para la satisfacción de sus demandas».

Conclusión

Lo que ahora quiero señalar, volviendo al hilo inicial de estas páginas, es que esa misión unificadora del alcance y contenido de los derechos refuerza los valores de previsibilidad y certidumbre. En su labor de control de algunas decisiones judiciales, el Tribunal Constitucional sirve con ventaja al principio de seguridad jurídica. Esta labor trasciende del caso concreto porque algunos amparos dan ocasión al Tribunal a sentar doctrina constitucional relevante. Me limitaré a destacar dos ejemplos.

⁶¹ Como escribiera ya hace años García Torres, J., «frente al Tribunal Constitucional, los Jueces y Tribunales no tienen en principio más que someterse. Los derechos fundamentales les vinculan "de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado", lo que ya sabemos que significa: conforme a la interpretación que de tales derechos haga el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. No hay aquí tensión con la independencia judicial que la ce garantiza (arts. 24.2 y 117.1 ce). Esa independencia es perfectamente conciliable con la supremacía hermenéutica del Tribunal Constitucional. Los Jueces y Tribunales son —cierto— intérpretes de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales e intérpretes independientes cada uno de ellos; sólo que esa independencia han de ejercerla respetando los pronunciamientos del intérprete supremo (...)» (Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales, Poder Judicial, 2 época, n.º 10, junio 1988).

⁶² Me refiero al afortunadamente nunca más reproducido criterio seguido en el ATC 248/1994, de 19 de septiembre, que inadmitió el recurso porque la escasa trascendencia cuantitativa de la reclamación económica que se encontraba en su base no justificaba el que el Tribunal debiera conocer el fondo del asunto.

El primero es la línea de argumentación constitucional que, más allá de la cosa juzgada, proclama «que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica» (SSTC 24/1984, de 23 de febrero; y 231/2006, de 17 de julio). El Tribunal tiene dicho que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se concreta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento. Esa eficacia no sólo supone que las resoluciones se ejecuten en sus propios términos sino también el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas. La aplicación del test de la racionalidad conduce al Tribunal a dar un paso más y declarar que el contenido constitucional del derecho a la tutela puede verse lesionado no sólo por desatenderse la eficacia de la cosa juzgada, en los supuestos en que concurran las tres identidades del ya derogado artículo 1252 del Código Civil, sino también «cuando hay un desconocimiento de lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquella una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionado en el referido art. 1252 CC» (STC 231/2006, FJ 2).

Un segundo tipo de sentencias de amparo de indudable relieve desde el plano de la seguridad jurídica son las que acomodan la interpretación de las leyes a su significado constitucional, de acuerdo con el principio del mayor valor de los derechos fundamentales. Entre estas últimas merece destacarse, como más reciente, la línea abierta con la STC 14/2006, de 16 de enero, luego seguida por las SSTC 39/2006, de 13 de febrero y 186/2006, de 19 de junio, que proclaman que

«no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando ... caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio pro actione que supone admitir que las notificaciones defectuosas —que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente— puedan surtir efectos “a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda” (art. 58.3 LPC), esto es, sin consideración a plazo

alguno, y sin embargo, en los casos en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con la normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición —art. 46, apartados 1 y 4, LJCA».

Me parecen ejemplos bien elocuentes. Mi conclusión es, en fin, que el amparo nos sirve y que, además, nos sirve para mucho. En un sistema de solución de conflictos aquejado del mal común de la imprevisibilidad no podemos permitirnos el lujo de devaluar este instrumento. Otra cosa es que las cosas se coloquen en su sitio y que no deba verse en el amparo una instancia de unificación de las normas procesales ni de corrección de las interpretaciones de la legalidad ordinaria. La función y el alcance del recurso de amparo están claramente definidos.

Sobre estas bases, me parece un acierto potenciar las vías de tutela judicial ordinaria de los derechos en el proceso mediante la mejora del régimen del incidente de nulidad de actuaciones para abrirlo a la reparación de cualquier lesión de un derecho fundamental, más allá de ser un remedio sólo para los vicios de indefensión e incongruencia⁶³. La eficacia de esta mejora procesal para el objetivo de reducir la carga de trabajo del Tribunal Constitucional será, no obstante, muy limitada. La reforma esencial para alcanzar este fin es la del sistema de admisión de los recursos de amparo porque, al fin y al cabo, la única solución vendrá dada por la reducción del número de recursos. En este plano se han sucedido las propuestas. Pero puede entenderse que hay un consenso básico en operar sobre las delimitación de los casos que deben acceder al amparo, ya sea reservando el amparo para los asuntos que se hayan suscitado previamente ante el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia (con la excepción

⁶³ El RLOTC incluye una propuesta de reforma del artículo 240.1 de la LOPI con el siguiente tenor: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

de los asuntos que no puedan plantearse en ninguna vía judicial previa, como las impugnaciones de los actos parlamentarios prevista en el artículo 42 de la LOTC) o mediante la introducción de una especie de *certiorari*.

El Proyecto de Ley (RLOT) va en esta última dirección, al exigir para la admisión «*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 fórmula permitirá un amplísimo margen de discrecionalidad en la fase de admisión y creo que, en nuestra cultura jurídica, puede vaticinarse sin temor a equivocarse que esta opción situará a la jurisdicción constitucional en el punto de mira de críticas severas, que bien podrían evitarse adoptando un sistema de predeterminación normativa de los casos susceptibles de amparo constitucional. Además, esa preconfiguración normativa de los supuestos de acceso haría ganar dosis de previsibilidad al modelo.

Soy consciente de la dificultad del empeño —que, sin duda, me desborda— pero evitar el daño a la imagen del Tribunal, en un contexto marcado por el paulatino declinar de la *auctoritas* de nuestras instituciones, justificará de sobra el esfuerzo⁶⁴.

4 · LA JURISPRUDENCIA

En el discurso pronunciado en el solemne acto de apertura de Tribunales de 2005, el Presidente del Tribunal Supremo recordó el «*papel insustituible que el Tribunal Supremo juega para la certeza del derecho y la seguridad jurídica, y con ello para el desarrollo de*

nuestro país»⁶⁵. Esa función capital se desenvuelve en la vía casacional.

¿Jurisprudencia vinculante?

Con independencia de las diversas concepciones que ha conocido a lo largo de la historia⁶⁶, los fines de la casación, de carácter público y vinculados a los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, pueden resumirse en dos: la defensa del derecho objetivo mediante la depuración de la sentencia impugnada (el juicio jurídico sobre el enjuiciamiento o *función nomofiláctica*) y la unificación de la interpretación del ordenamiento (*función uniformadora*)⁶⁷. La resolución de los recursos de casación es la fundamental fuente creadora de Jurisprudencia, entendida como la doctrina reiterada emanada de los fallos y sentencias del Tribunal Supremo.

La Jurisprudencia no fue incluida entre las fuentes del Derecho en la reforma del título preliminar del Código Civil de 1974. Se le asignó la función de

⁶⁴ El camino que propugno consiste en definir una especie de «interés constitucional» como fielato de acceso y restringir el amparo constitucional contra resoluciones judiciales que lesionen inmediata y directamente los derechos y libertades susceptibles de amparo a las sentencias o autos dictados por las salas de las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo, una vez agotados todos los medios de impugnación en la vía judicial, siempre que se haya denunciado formalmente en el proceso la lesión que sirva de motivo al recurso tan pronto como, una vez conocida, pudiera hacerse, y cuando resuelvan puntos sobre los que no exista doctrina constitucional o lo hagan de forma contradictoria con las decisiones de otras Salas de Audiencias Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia o apartándose de la doctrina reiterada sentada por el Tribunal Supremo o de la establecida por el Tribunal Constitucional en cualquier tipo de procesos.

⁶⁵ El discurso de D. Francisco Hernando Santiago, Presidente del Tribunal Supremo, llevaba el elocuente título de *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho* y fue pronunciado el 13 de septiembre de 2005. El antecedente inmediato de esta reflexión se encuentra en el discurso que, bajo el título *Del modo de arreglar la Justicia*, pronunció el Presidente del Tribunal Supremo, D. Francisco Javier Delgado Barrio, el 15 de septiembre de 2000 (acto inaugural del año judicial 2000). En este discurso se apuntaba ya una buena parte del debate al reconocerse que la fuerza vinculante que se asigne a la Jurisprudencia (y la idea de la vinculación se encuentra ya, en cierta medida, en el art. 161.1.a) ce) deberá evitar la petrificación de la Jurisprudencia, reconociendo «*la posibilidad de su evolución, no sólo a impulso del Tribunal Supremo sino también de los órganos jurisdiccionales de instancia*».

⁶⁶ El estudio más clásico sobre la casación es el de Calamandrei, P., *La cassazione civile*, 1920 (trad. al español de Sentís Melendo, 1945). Más recientemente, Montero Aroca, J., *Sobre el origen francés de la casación (Una aproximación histórica que sirva de base para entender lo que es el recurso de casación en la actualidad)* en *Proceso (civil y penal) y garantía*, Valencia, 2006, págs. 612-640.

⁶⁷ Como es de sobra conocido, la casación no es una tercera instancia. Como dice la STS de 26 de enero de 2006, con cita de STS de 21 de septiembre de 2005, «*el presente recurso no es una tercera instancia, sino sólo una impugnación extraordinaria de Resoluciones judiciales firmes, por lo que se debe limitar la sentencia que se dicte a un conocimiento jurídico sobre la procedencia y la corrección del derecho aplicado, respetando en todo caso los hechos probados (...) y sólo y excepcionalmente pueden ser revisados por el Tribunal tales hechos*», añadiendo la mencionada sentencia que «*según la doctrina del Tribunal Constitucional, cabría la revisión en los supuestos en que dicha valoración, y en base a un 'error patente' denunciado de la misma, sea irracional, ilógica o arbitraria*», lo que no se produce en este caso concreto (asimismo, sentencia 976/2005 de 14-12-05)».

complementar el ordenamiento jurídico «*al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». Se ha dicho, de este modo, que la doctrina jurisprudencial cumple tres tipos de funciones: (a) una función de interpretación de las normas; (b) una función de interpretación integradora de las normas; y (c) una función de consagración de los principios jurídicos generales y de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por esos principios⁶⁸. El conjunto de estas funciones se condensa en la idea clave de suministrar pautas para la actividad judicial.

Las resoluciones judiciales fijan el sentido y alcance de las normas y valoran los hechos para formar criterios de decisión con los que resolver un caso concreto. Y es una evidencia que cualquier decisión judicial, en cualquiera de los niveles del sistema, busca *acertar* y poder servir como modelo o prototipo para la solución de casos similares. Esa aspiración a constituirse en tipo-ideal o *ejemplar* es la característica de la Jurisprudencia en su función de interpretación de las normas. Pero el entendimiento de la independencia judicial, de la independencia de cada uno de los jueces integrantes del Poder Judicial, impide que puedan quedar sujetos a las decisiones jurisprudenciales cuya limitada fuerza vinculante queda lejos del automatismo que, desde la perspectiva de la previsibilidad del Derecho, sería quizá deseable.

La práctica judicial constante puede convertirse en vinculante si se condensa en costumbre, es decir, si pasa a formar una convicción jurídica general de uso constante. Un cambio en la doctrina jurisprudencial podrá acaso tener trascendencia para considerar desaparecida la base del negocio que se concluyó tomándola como condición esencial; pero ni el Tribunal Supremo ni los restantes juzgados y tribunales estarán obligados a seguir ateniéndose a una práctica judicial por el hecho de que las partes del proceso hubiesen confiado en su mantenimiento al concluir el negocio. Dicho de otro modo: en nuestro sistema no puede hablarse de rigurosa vinculación al precedente.

La independencia judicial, clave de bóveda del Estado de Derecho, se convierte de este modo en un obstáculo para la conformación de un sistema de sujeción automática al precedente. La independen-

cia equivale a *ausencia de subordinación* (DE OTTO⁶⁹) y supone que, en el ejercicio de su función, los jueces no están sujetos a órdenes ni instrucciones de nadie.

Ahora bien, es lo cierto que, como vimos, la independencia se concreta en el sometimiento del juez a la totalidad del ordenamiento jurídico, del que la Jurisprudencia forma parte integrante como *complemento*. Lo que se ha apuntado recientemente es la posibilidad de dar un paso más allá y dotar efectivamente a la Jurisprudencia de fuerza vinculante para los jueces y tribunales no sólo a través del mecanismo que supone la espada de Damocles de los recursos que puedan interponerse contra las decisiones que se aparten de las pautas jurisprudenciales⁷⁰. Se trata de una pretensión vinculada a la efectividad de la igualdad en la aplicación de la ley y anclada en la aspiración a la certeza del Derecho. Deberá, no obstante, tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, aunque se ha referido en muchas ocasiones a la fuerza vinculante de la Jurisprudencia (SSTC 246/1993 ó 17/1995), ha rechazado que el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial pueda suponer una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (SSTC 41/1986 ó 160/1993).

El centro del debate dogmático se encuentra en definir si la *función jurisprudencial* debe monopolizarla el Tribunal Supremo o es una tarea colectiva, que se cumple en colaboración con los restantes jueces y tribunales⁷¹. No se trata, a mi juicio, de una

⁶⁹ De Otto, I., op. cit., pág. 58.

⁷⁰ López Guerra, L., destaca que «*idealmente podrían distinguirse tres tipos básicos de vinculación de los tribunales a la jurisprudencia. En un extremo, se situaría una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las decisiones del Tribunal Supremo; en el extremo contrario, una vinculación formal rigurosa, similar a la existente respecto de la ley. Y, en una posición intermedia, una vinculación "disuasoria", en el sentido de que el no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación de las sentencias contrarias a esa doctrina*» (López Guerra, L., op. cit. nota 21). El PRC incluye un segundo inciso en el artículo 5.1 de la LOPJ con el siguiente texto: «*Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo*».

⁷¹ Peces Morate, J.E. reivindica el «*carácter colectivo*» de la jurisprudencia, «*como un quehacer continuo y permanente a través de un diálogo intergeneracional*» (Valor de la jurisprudencia en La fuerza vinculante de la Jurisprudencia, Madrid, 2001, pág. 21). Bacigalupo, E. sostiene, por el contrario, que el valor de la seguridad jurídica requiere que los Tribunales se ajusten no sólo a sus precedentes, sino sobre todo a los de los Tribunales superiores y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su opinión, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, que propugna articular a través de un sistema de cuestio-

⁶⁸ Díez-Picazo, L. : *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, comentario al art. 1.º, pág. 12.

cuestión que deba abordarse sólo desde *los principios* sino con el *pragmatismo* que debe presidir la misión de dar respuesta a las necesidades sociales que se constituye en motor del Derecho. Desde este planteamiento los blancos y negros se vuelven grises. Pero pueden apuntarse algunos datos para la reflexión.

(1) *La insuficiencia de las «reglas del caso»*. Es un hecho que, en su mayoría, las sentencias del Tribunal Supremo se encuentran estrechamente conectadas al caso que resuelven. La configuración del recurso de casación —sobre todo, en los órdenes civil y contencioso-administrativo— y la avalancha de recursos⁷² explica que, en su mayor parte, la resolución de los recursos de casación fijen *reglas del caso*⁷³ más que una estricta *doctrina legal*. Esta es la causa del fenómeno que antes denominé «jurisprudencia a la carta» y de la experiencia, habitual para cualquier abogado con algunos años de ejercicio, de que puedan encontrarse pronunciamientos del Tribunal Supremo para apoyar posiciones contradictorias.

(2) *La lentitud del recurso de casación*. El segundo dato de la realidad es que, hoy por hoy, la tramitación de los recursos de casación sigue siendo muy lenta. En la vía civil, como en la contencioso-administrativa,

se está ya por encima de los cuatro o cinco años de duración en la tramitación de los recursos.

Sucede, además, que la sentencia de la primera instancia es decisiva. Bastará recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 facilitó enormemente la ejecución provisional de los pronunciamientos y ha tenido el efecto de agilizar, con carácter general, el proceso. La consecuencia es que los juzgados de instancia están más directamente en contacto con los cambios sociales o económicos que impulsan el desarrollo de la jurisprudencia y que esperar a que el Tribunal Supremo tuviera que aceptar un cambio de criterio provocaría retrasos difícilmente asumibles por los operadores⁷⁴.

(3) *El ejemplo de los juzgados de lo mercantil: ¿coordinación sobre precedentes?* La experiencia de los juzgados de lo mercantil está siendo, en general, aplaudida por el esfuerzo de conformar criterios unificados de decisión por la vía de la coordinación entre órganos judiciales⁷⁵. La decantación de criterios interpretativos se produce a través de un *filtrado sucesivo* de las normas y reglas en su proyección a los distintos conflictos, que desemboca en un *diálogo* entre los distintos órganos judiciales de la cadena. Ese diálogo se prolonga necesariamente en el tiempo. Por eso, la más inmediata coordinación sobre precedentes en órganos judiciales especializados (como pueden ser los juzgados de lo mercantil o los de familia) se muestra como un factor relevante para aportar dosis de seguridad al sistema.

nes prejudiciales, no choca con la independencia judicial ya que «no es un derecho de los jueces, sino una garantía para el ciudadano de que sus pretensiones serán juzgadas por un tribunal imparcial. Consecuentemente, sería contradictorio con el sistema institucional que la independencia de los jueces sea una razón para justificar la inseguridad jurídica de los ciudadanos» (Jurisprudencia y seguridad jurídica en *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, op. cit., pág. 142). Sobre la misma cuestión, López Guerra, L., op. cit. nota 21; y Blasco Gascó, F. de P., *La norma jurisprudencial*, Valencia, 2000.

72 Según reflejan las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato*, 2005, en el último año fueron 4.251 los asuntos ingresados en la Sala I y eran 12.496 los que se encontraban en trámite. El volumen era aún superior en la Sala III: 12.384 asuntos ingresados en el año y 21.391 en tramitación.

73 Este hecho fue destacado por Díez-Picazo, L. en el prólogo a la primera edición de sus ejemplares *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil* (Madrid, 1966) para añadir: «¿Cuál es, sin embargo, el modo normal de proceder entre nosotros? Lo normal es, no nos engañemos, recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola, por una parte, del caso dentro del cual había nacido y al cual, por tanto, continúa estando estrechamente vinculada, y separándola, por otra parte, del resto de la sentencia, generalizarla, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación así abstraída y generalizada a la que usualmente denominamos 'jurisprudencia'». La vinculación al caso exige una labor de depuración de la jurisprudencia, una tarea de filtrado y búsqueda de las líneas de decisión que pueden ser proyectadas más allá y con independencia del caso en cuyo seno se originan.

74 Como escribe Peces Morate, E., «si, mientras el Tribunal Supremo no se pronuncie sobre la conveniencia de abandonar criterios preestablecidos de decisión, no pudiesen los jueces y tribunales apartarse de la jurisprudencia consolidada, la evolución de ésta experimentaría un retraso incompatible con el propio principio de seguridad jurídica que se pretende preservar con el carácter vinculante de aquélla. El constante devenir, impulsado por la precipitación incesante de los acontecimientos, desaconseja los mecanismos de control previo, entre otras razones porque priva a quien lo ejerce de la perspectiva que ofrece el conocimiento completo y en conjunto del conflicto» (Peces Morate, E., op. cit., pág. 26).

75 Desde hace algunos años se viene dando publicidad a las conclusiones de los encuentros «de la especialidad mercantil», que fijan criterios sobre problemas prácticos relevantes. Del mismo modo son, a mi juicio, dignas de aplauso las iniciativas tendentes a institucionalizar plataformas de intercambio de experiencias entre los jueces y los restantes operadores jurídicos y económicos, ante los nuevos problemas que constantemente se plantean por la acelerada precipitación de los cambios en la realidad económica, societaria, mercantil o financiera. En esta línea se celebraron en octubre de 2006, en el marco de Foro Justicia-Empresa, unas jornadas sobre «Justicia y competitividad».

(4) *La informática jurídica: un paliativo*. La mayor proximidad a los hechos de las resoluciones de los juzgados de instancia y de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia, unida a los avances de la informática jurídica que facilita bases de datos de resoluciones de todos los niveles de la escala judicial, está fortaleciendo de hecho su función a la hora de fijar pautas de comportamiento y decisión. El problema es que estas decisiones están, lógicamente, aún más pegadas al caso concreto que las sentencias de casación. No es, pues, fácil encontrar siempre líneas de decisión y no es tampoco extraño que se produzcan contradicciones. Pero lo cierto es que son con frecuencia esas decisiones de órganos inferiores las que abordan los problemas que cotidianamente preocupan a los operadores mientras que una buena parte de las sentencias del Tribunal Supremo se refieren a la *historia del Derecho*⁷⁶.

Reforma de la casación

El reforzamiento de los efectos vinculantes de la Jurisprudencia presta justificación suficiente, desde mi perspectiva, a la reforma del recurso de casación en los distintos órdenes jurisdiccionales. Para que pueda ser efectiva deberá ir acompañada de medidas orgánicas, funcionales y de régimen que posibiliten que el Tribunal Supremo, actualmente inundado de cientos de recursos, pueda cumplir con eficacia su papel esencial de convertirse en el centro de unificación de la interpretación de las normas jurídicas. Se trata, sin duda, de un difícil equilibrio. Hay que recortar el plazo de duración de los recursos y posibilitar la coordinación de la doctrina pero, al mismo tiempo, no deberá limitarse en exceso el acceso a la vía casacional porque, entonces, no llegarían al Tribunal Supremo los casos que le permitan desplegar su función. El acortamiento exagerado del ámbito casacional vaciaría de contenido al recurso; mientras que una definición demasiado generosa lo precipitaría hacia la ineficacia.

Las reformas proyectadas persiguen otro objetivo complementario, vinculado a los debates que vienen caracterizando en los últimos años la evolución de nuestro Estado compuesto⁷⁷. Esta segunda orienta-

ción consiste en ceñir la misión del Tribunal Supremo a ser garante de la igualdad y seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal y reservar a los Tribunales Superiores de Justicia esa misma función respecto de los ordenamientos autonómicos⁷⁸. La medida puede servir al objetivo de aligerar la carga de trabajo que soportan las Salas del Tribunal Supremo, en consonancia con nuestro modelo territorial, facilitando de esta forma el esencial papel que les cumple desempeñar. Pero, como más arriba señalé, para evitar disfunciones deberá atribuirse al Tribunal Supremo la posibilidad de revisar en casación o unificación de doctrina sentencias contradictorias de diversos Tribunales Superiores de Justicia sobre mandatos similares. De otra forma se correría el riesgo de pronunciamientos contradictorios sobre normas que, en esencia, establecen lo mismo, por el simple dato de estar insertas en ordenamientos autonómicos diferentes.

Nuestro modelo de Estado compuesto, basado en una distribución del poder político entre entes territoriales dotados de potestad legislativa, desemboca en la pluralidad de ordenamientos. Existen distintos niveles ordinamentales: el estatal —de aplicación en toda España— y los autonómicos —cuya vigencia está territorialmente limitada— por no hacer referencia a los ordenamientos locales o al comunitario. La pluralidad de ordenamientos produce con frecuencia colisiones, problemas de relación o de identificación de la normativa aplicable. Algunos complejos principios constitucionales, como los supletividad y prevalencia, pueden jugar algún papel para la búsqueda de soluciones a los conflictos internormativos⁷⁹.

La Constitución no impide la diversidad de derechos y obligaciones de los ciudadanos en las distintas Comunidades Autónomas, no exige la igualación de contenidos en los distintos ordenamientos autonómicos, pero sí establece un mandato de igualdad de todos los españoles *ante* cada ordenamiento

puesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

⁷⁸ El objetivo se concretó en el «Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia», suscrito entre el PSOE y el PP el 28 de mayo de 2001: «Los Tribunales Superiores de Justicia desarrollarán una función casacional en todas las ramas del Derecho autonómico».

⁷⁹ Vid., *Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2000; Lasagabaster, I., *Los principios de supletividad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991; De Otto, I., *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986.

⁷⁶ Con independencia de sus diversas configuraciones a lo largo de la historia, es lo cierto que la casación nació anclada a un modelo caracterizado por pocas normas y codificadas, esto es, vinculada a un escenario de estabilidad normativa y no a una realidad marcada por la pluralidad de ordenamientos en constante y acelerado cambio.

⁷⁷ Sobre la casación foral se pronuncia la STC 47/2004, de 25 de marzo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad inter-

autonómico⁸⁰. Y es que, al margen de las preferencias políticas por unos u otros desarrollos de nuestro modelo de distribución territorial del poder, no puede olvidarse que el sistema constitucional se basa en la proclamación de la igualdad de derechos y deberes de los españoles en cualquier parte del territorio; que se atribuye al Estado competencia exclusiva para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»⁸¹; y que consagra la unidad económica y de mercado⁸².

El artículo 139.1 de la Constitución, al ordenar que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», no impone así un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y se refiere la igualdad de posiciones jurídicas fundamentales⁸³ (SSTC 37/1987, de 16 de marzo; y 150/

1990, de 4 de octubre). Dicho de otro modo: la Constitución define al Estado como un espacio común en materia económica, como un espacio igualitario en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles ante cualesquiera de los ordenamientos que coexisten en el territorio estatal y como un espacio único para la garantía de los derechos de los españoles.

Siendo esto así, fácilmente podrá concluirse que la igualdad en la interpretación y aplicación de mandatos idénticos insertos en ordenamientos de distintas Comunidades Autónomas es una exigencia implícita para asegurar las bases esenciales del modelo constitucional. La importancia de esa uniformidad aplicativa y de interpretación de los contenidos normativos en cualquier parte del territorio del Estado fue advertida por TOMÁS Y VALIENTE, quien sostuvo que las condiciones de posibilidad para que el Estado de las Autonomías se afiance y deje de vivir en permanente fase de crisis incluyen

«que se busquen, encuentren o implanten mecanismos que, desarrollando el constitucional principio de solidaridad, y, sobre todo, la exigencia constitucional (artículo 9.2) de una igualdad real y efectiva del individuo, logren la igualdad entre los españoles con independencia de la desigualdad competencial entre las Comunidades Autónomas. La vivencia individual de una igualdad (que no uniformidad) real de derechos y beneficios, debe compensar la conciencia de la diversidad entre Comunidades. Si esto no se logra, el sistema puede romperse»⁸⁴.

80 La formulación se debe a De Otto, op. cit. nota 79, pág. 153, que admitiendo que la pluralidad de ordenamientos conduce a la diversificación de posiciones jurídicas de los ciudadanos según el ordenamiento al que estén sujetos, ya explicó que el artículo 139.1 de la Constitución «exige tan sólo la igualdad de los españoles ante cada ordenamiento y no permite establecer comparación entre individuos sujetos a ordenamientos distintos» (pág. 176) si bien los derechos fundamentales limitan esa diversificación de posiciones jurídicas.

81 La STC 188/2001, de 20 de septiembre, recuerda que «el art. 149.1.1.º CE 'no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad», de manera que «su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencia sobre la materia, podrán aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho» (STC 61/1997, de 20 de marzo). En cuanto a su delimitación positiva, hemos dicho en la misma Sentencia que «las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por condiciones básicas hubiera de entenderse cualquier condición material, obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas». En la misma dirección se pronuncian las SSTC 134 y 135/2006, de 27 de abril; y 228/2003, de 28 de diciembre, entre otras. Por otra parte, el artículo 138.2 CE prohíbe que las diferencias en los Estatutos puedan implicar «privilegios económicos y sociales».

82 El Estado de las Autonomías exige un equilibrio entre unidad y diversidad, entre la unidad económica en el Estado y la diversidad jurídica. Las intervenciones de los poderes autonómicos en el ámbito económico deberán reunir diversas características, que vie-

nen siendo repetidas por la jurisprudencia constitucional: que se lleve a cabo dentro de sus competencias materiales; que en cuanto establezca diferencias resulten proporcionadas al objetivo perseguido y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6). La STC 208/1999, de 11 de noviembre, asunto Ley de defensa de la Competencia, insiste en «la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 ce) (SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3.º; 64/1990, fundamento jurídico 10 y 118/1996, fundamento jurídico 7.º): sin «la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE)... no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STC 64/1990, fundamento jurídico 3.º)».

83 El alcance de la expresión empleada por la jurisprudencia constitucional es más intuitivo que explícito. Al carácter equívoco de la noción se refiere el Informe del Consejo de Estudio sobre modificaciones de la Constitución Española de 16 de febrero de 2006, pág. 196 (www.consejo-estado.es).

84 Tomás y Valiente, F.: «El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional» (1992) en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 187-188.