

JORDI NIEVA FENOLL

EL RECURSO DE CASACIÓN



en Chile, y quisiera nombrarlas a todas ellas ahora, pero a buen seguro que olvidaría algún nombre y acabaría siendo injusto. Además, muchos de ellos conocen de sobras, desde hace tiempo, mi amistad sincera. Y esa es, la amistad sincera, el mejor testimonio de un pensamiento.

JORDI NIEVA FENOLL
*Profesor Titular de
 Derecho Procesal en la
 Universidad de Barcelona (España)*

LA REFORMA DE LA LABOR DEL TRIBUNAL SUPREMO
 Y "LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA". PERSPECTIVAS DE LA
 INTRODUCCIÓN DEL MODELO ANGLOSAJÓN
 EN NUESTRO DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

La función a desempeñar por el Tribunal Supremo ha sido objeto de constante controversia, legislativa sobre todo. Partíamos de un modelo en el que el Tribunal Supremo se configuraba como el protector del ordenamiento jurídico en la cúspide, casando las resoluciones contrarias a Derecho, elaborando con ello una jurisprudencia uniforme¹. Pero con el tiempo, y ante la acumulación insoportable de asuntos, se fue creyendo que la labor del Tribunal Supremo era simplemente crear una jurisprudencia uniforme, dejando de lado la protección del ordenamiento jurídico², lo que

¹ Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (e.a., coord. Cortés Domínguez), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1985, p. 784.

² Vid. el discurso de apertura del año judicial pronunciado el 15-9-1993 por el entonces Presidente del Tribunal Supremo, PASCUAL SALA SANCHEZ, en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Madrid 1993, pp. 11 y ss, absolutamente revelador: (op. cit. p. 13) "Hace ahora dos años, en el primer discurso que tuve ocasión de leer con motivo de la solemne apertura del año judicial, señalaba como desviación del principio de seguridad jurídica—básico, como es sabido, en la organización del Estado por vías de Derecho— las contradicciones procedentes del propio ámbito judicial, es decir: lo que legal y doctrinalmente ha venido en llamarse "contradicción de doctrina" o, si se quiere y para ser más expresivo, aquella situación que se produce, en términos generales, cuando los Tribunales de Justicia, cualesquiera que sean su grado y el orden jurisdiccional a que pertenezcan, llegan a

supone un vuelco total en la historia de la institución³, incluso en España⁴, donde desde el principio —a diferencia del modelo francés— la conservación de la jurisprudencia estuvo entre las prioridades de la casación, pero sin olvidar la importancia de la “ley”⁵. Dicho en otras palabras, se han invertido los términos, se ha confundido el medio (la uniformización de la jurisprudencia) con el fin (la protección del ordenamiento jurídico), y a la postre buena parte de los juristas, alarmados legítimamente ante

Continuación nota ²

soluciones distintas, e incluso enfrentadas, en presencia de presupuestos jurídicos y de hecho sustancialmente iguales”. Vid. también Xiol Ríos, Juan Antonio, *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, en: “El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional”, Madrid 2004, pp. 105 a 108. Aunque en las palabras del Magistrado del Tribunal Supremo, hoy Presidente de la Sala I^a, se dibuje un hábil e inteligente equilibrio entre las dos tendencias citadas, lo cierto es que del texto se desprende la evolución del pensamiento en modo similar a como la acabo de explicar. Por lo demás, también cabe consultar el Libro blanco de la Justicia. Anexos. Madrid 1997, p. 15.

³ No puedo entrar ahora en esta materia, pero piénsese que cuando se creó la casación a raíz de la Revolución Francesa, el *Tribunal de cassation* ni siquiera creaba jurisprudencia (CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*. Vol. I. Milano 1920, en: “Piero CALAMANDREI, Opere Giuridiche”, Vol. VI. Morano Editore, 1976, pp. 430 y ss.), sino que si limitaba a casar las resoluciones que contuvieran una “*contravention expresse au texte de la loi*”. La tendencia actual es que se prescinda de la “*contravention expresse*”, y se centre la labor del órgano en la creación de jurisprudencia. Vid. sobre esta cuestión, además de la inmortal obra de CALAMANDREI, op. cit. pp. 420 y ss. (p. 425), el estudio de HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1987. Me ocupo de esta cuestión en NIEVA FENOLL, Jordi, *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003, pp. 24 y ss. NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, pp. 24 y ss., últimamente en NIEVA FENOLL, Jordi, *La casación en materia social (“ordinaria” y por unificación de doctrina): la decadencia de la casación*, Relaciones Laborales, 2004, N°s. 15-16, pp. 32 y ss., donde se puede hallar un resumen de la doctrina más relevante, a cuya consulta directa por supuesto me remito.

⁴ Para examinar la historia, pero sobre todo los caracteres de la casación española, es imprescindible la lectura de VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *El modelo español de casación (configuración histórica y evolución legislativa)*, en “Scritti in onore di Elio Fazzalari”, Milano 1993, pp. 369 y ss.

⁵ VÁZQUEZ SOTELO, *El modelo español de casación*, cit. p. 396. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La casación (revisión crítica)*, Barcelona 1981, pp. 21 y ss.

la inusitada frecuencia de resoluciones contradictorias⁶, postularon que el Tribunal Supremo, de garante del ordenamiento jurídico se convirtiera, no ya en un tribunal que creara su propia jurisprudencia (lo que ya hacía y hace), sino en un simple órgano que uniformizara líneas jurisprudenciales.

Personalmente, siempre me he manifestado en contra de esa manera de ver las cosas, que exacerba el papel de la jurisprudencia en detrimento del cumplimiento de los mandatos del Poder legislativo⁷. Centrar la labor del Tribunal Supremo en la jurisprudencia contradictoria es algo así como curar los síntomas de la enfermedad sin eliminar al antígeno que los provoca, que es la vulneración del ordenamiento jurídico. Y creer que un concreto recurso de casación únicamente es interesante cuando el recurrente presente jurisprudencia contradictoria, es más o menos lo mismo que el hecho de que un médico le diga a un paciente que su enfermedad es grave. Gravisima. Pero que, sin embargo, se niega a curársela hasta que no se convierta en una epidemia⁸.

⁶ Fruto de la desorientación de los jueces de instancia, ante una serie de reformas legales muy desafortunadas que les hizo perder de vista a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como de las deficiencias del Tribunal Supremo en la prestación de su función derivadas de la acumulación de asuntos. Lo explico en NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit. pp. 36-38.

⁷ Y ello aunque, como línea de principio, defienda un monismo moderado en las relaciones entre derecho y jurisdicción. Porque no trato de tener en menos a la labor del Poder legislativo, sino que constato el fenómeno de que la última palabra la tienen los jueces, y buena prueba de ello es la tendencia que estoy comentando. Y además, no afirmo que las leyes tengan un papel meramente testimonial, sino que son la materia prima que debe integrar los juicios de los jueces.

⁸ El símil no es mío, sino que está sacado de unas notas que muy amablemente tuvo a bien entregarme el Prof. José Luis VÁZQUEZ SOTELO, Catedrático de Derecho Procesal, el 12 de septiembre de 2005, resumiendo algunas de las múltiples ideas que cabe hallar en sus investigaciones sobre la casación (*Rasgos definidores de la casación civil española*, RDPriv. 1974, N° IV, pp. 864 y ss.; *La Casación Civil (Revisión crítica)*, Barcelona 1981; *El modelo español de casación civil (Configuración histórica y evolución legislativa)*, en: “Scritti in onore di Elio Fazzalari”, Milano 1993, pp. 355 y ss.). Pues bien, en dichas notas, además de dicho resumen, el citado Profesor hace referencia al pensamiento expresado en el texto principal, que parte, como es sabido, de CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*, Vol. II, Milano 1920, en: “Piero CALAMANDREI, Opere

He planteado propuestas alternativas para que el Tribunal Supremo pudiera solucionar su lamentable situación actual de acumulación de asuntos⁹. Pero por lo que se está oyendo y leyendo últimamente¹⁰, parece ser que la única solución que a los poderes públicos les parece viable para descongestionar al Tribunal Supremo, es que dicho Tribunal pueda sacarse asuntos de encima en la manera que estime más conveniente. Sin más.

Produce estupor ver cómo el Legislador lleva decenios, alternativamente, sin leer o sin hacer caso a la Doctrina, a toda la Doctrina. En el mejor de los casos solamente ha oído (decir "escuchado" sería demasiado) al experto individual que el Ministro de turno elige antes de emprender una reforma legal. Pero ya estamos acostumbrados a esos desgraciados usos legislativos... ¡a cargo de un órgano del Poder Ejecutivo!

Por esa razón, lo cierto es que quería esperar a que los anteproyectos de julio de 2005 llegaran a ser leyes, confiando en que alguien, ejerciendo un poder o una *auctoritas* que yo no tengo, impidiera que se convirtiera al Tribunal Supremo en un simple "unificador de doctrina". Y todo ello sin desmerecer a los anteproyectos, que poseen, con todo, innegables

Continuación nota ⁸

Giuridiche, Vol. VII", Napoli 1976, p. 135: "*In sede di casazione, dunque, l'interesse privato è riconosciuto e tutelato in quanto esso coincide con quello speciale interesse collettivo che sta a base dell'istituto: non oltre.*" El Prof. VAZQUEZ SOTELO afirma: "*El famoso argumento parece incluso carente de base ética y política. Igual que lo sería que el Estado, para cuidar de la salud pública permaneciese "de brazos cruzados" a la espera de que un ciudadano enfermo presentase su queja por el mal funcionamiento del servicio. A ese ciudadano esforzado que ha podido poner en marcha un mecanismo procesal tan complicado y costoso como es siempre la casación, el Tribunal, en el mejor de los casos, sólo le atiende "hasta donde su padecimiento sea útil para reaccionar contra la epidemia, pero no más allá..."*"

⁹ Analicé hasta 16 sistemas para controlar el volumen de asuntos en NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. pp. 258 y ss., y 2 sistemas alternativos de solución. En NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. pp. 61 y ss., planteé un tercer sistema.

¹⁰ Los recientes anteproyectos del Gobierno que se proponen reformar la casación civil, penal y administrativa, dejando al margen la laboral y su tristemente célebre "unificación de doctrina" dan buena muestra de ello.

aciertos¹¹. Sin embargo, hace algún tiempo que se está abriendo un debate en esta materia¹² iniciado ya años atrás, iniciativa que comparo y aplaudo porque también pensé yo en ella al añadir al título de un trabajo mío anterior¹³ la frase "*la decadencia de la casación*", sin duda provocadora pero que en absoluto, lo digo sinceramente¹⁴, pretendía ofender a nadie, sino simplemente llamar la atención sobre una situación de rigorismo jurisprudencial de la Sala 4^ª del Tribunal Supremo que ha provocado muchísima insatisfacción. Nunca escondí mi pensamiento¹⁵, que sabía compartido por muchos otros juristas de los que anhelaba que dejaran oír su voz. Ojalá en el futuro se unan al debate muchos más

¹¹ De manera muy superficial, debo indicar, como aspecto positivo de las reformas, la supresión del recurso extraordinario por infracción procesal. Como aspecto negativo, la dispersión procedimental de las diferentes casaciones. El prelegislador hubiera podido elegir un único procedimiento, pero sin embargo, más allá de las diferencias esenciales a cada orden jurisdiccional (que en este caso particular son bien pocas), plantea diferentes regulaciones de la casación en cada orden. Debería haberse seguido una única orientación y, por tanto, una regulación lo más unificada posible. Debe destacarse también el confusioismo reinante en los anteproyectos respecto al valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que comentaré después.

¹² Vid. MOLINS GARCIA-ATANCE, Juan, *La problemática del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, N.º 13, julio 2005. MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Las travesías por la incertidumbre del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, N.º 18, 2005. En el artículo de MOLINS se le confiere un cierto protagonismo a un trabajo que publiqué hace un año en la revista Relaciones Laborales: NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. pp. 31 y ss. Protagonismo que no merezco en absoluto, pero que agradezco sinceramente, especialmente porque es crítico e intenta ser constructivo. Vid. también la obra del mismo MOLINS GARCIA-ATANCE, *Los recursos de casación y en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal, de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la ley de enjuiciamiento civil*. La Ley, N.º 6345 de 24-10-2005, comentando los Anteproyectos a que antes me referí.

¹³ El citado en la nota anterior.

¹⁴ Y lo dije en el propio trabajo, vid. op. cit. p. 32: "*no existe el más mínimo ánimo de incomodar a los Magistrados de la Sala 4.ª del TS*".

¹⁵ La primera vez que expuse en público las ideas de mi trabajo fue en un Congreso en el que se hallaba presente un Magistrado de la propia Sala Cuarta.

juristas rebeldes al habitual “trágala” de los Gobiernos. Aunque, como decía, “con la tranquilidad de saber que el legislador no suele hacernos ningún caso”¹⁶.

Voy a realizar unas breves reflexiones muy generales sobre la ambiciosa reforma que se avecina en materia de casación. Y es que con independencia de los detalles de esa reforma, lo que la hace más criticable es el concepto de partida, que encumbra a la desafortunada expresión “unificación de doctrina”.

2. CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA VS. CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

El pasado 15 de julio, el Consejo de Ministros aprobó dos informes¹⁷ en los que, a grandes rasgos, se pretendió hacer realidad la proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso, modificada posteriormente por el Grupo Socialista, y que, finalmente, el 28 de septiembre de 2004, se acabó aprobando por 184 votos a favor, 4 en contra y 134 abstenciones. El texto de la proposición era el siguiente:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a acometer las reformas legales que permitan que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se convierta en un recurso extraordinario dedicado a la unificación de doctrina”.¹⁸

¹⁶ La frase es de MOLINS GARCÍA-AYANPE. *La problemática del recurso de casación*, cit.

¹⁷ INFORME sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de organización territorial de la Administración de Justicia, a los efectos previstos en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. INFORME sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de Justicia de proximidad, a los efectos previstos en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

¹⁸ BOG. Congreso de los Diputados Núm. D-79 de 05/10/2004, pp. 10-11.

Si se sigue el debate del pleno¹⁹ que precedió al voto de la enmienda, se comprueba que la propuesta venía avalada, fundamentalmente, por tres razones: primero, por adaptar la estructura judicial al Estado de las Autonomías. Segundo, por ahorrar desplazamientos y gastos a los recurrentes, resolviendo la casación en sus Comunidades Autónomas. Y tercero, por la voluntad de solucionar el colapso de asuntos en el Tribunal Supremo.

En mi opinión, las tres intenciones anunciadas son perfectamente defendibles, con alguna matización, pero en su espíritu no creo que tengan nada que objetar. Podría discutirse la intención política, como lo hizo en el debate el Grupo Parlamentario Popular, pero debe decirse que, finalmente, optaron sus Diputados por no votar en contra de la propuesta, incluso habiendo precedido el debate que precedió, en el que quedó clara cuál era la voluntad política de la mayoría de la Cámara. Por lo demás, la propuesta venía avalada, aunque sólo en parte (y en ocasiones muy en parte), por un “documento” del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000, así como por el Libro blanco de la Justicia, confeccionado por el CGPJ en 1997²⁰.

El problema es la puesta en práctica de la propuesta. La verdad es que no sobró rigor técnico-procesal en los discursos, por decirlo de algún modo. Se refirieron modelos de derecho comparado como el de EE.UU., cuando en dicho país, en cuanto al Derecho Federal, existe un sistema de *Federal Courts* en el que no hay una *Court of appeals* por Estado federado, sino 12 en todo el país, que agrupan a diferentes territorios²¹. Desde luego, en cuanto al Derecho de cada uno de los 50 Estados existen unos tribunales propios (*state courts*) que culminan en el propio Estado, sin perjuicio de la superior jurisdicción de la *U.S. Supreme Court*. Pero ello no puede servir para silenciar deliberadamente el sistema de las *Federal Courts*. Además, se habló en varias ocasiones de “casación

¹⁹ Diario de Sesiones del Congreso, año 2004, VIII Legislatura Núm. 34, Sesión plenaria núm. 30, 28 de septiembre de 2004, pp. 1463 y ss.

²⁰ Vid. p. 16 de los anexos de ese Libro blanco.

²¹ Además, la información es fácilmente accesible. <http://www.uscourts.gov/courts/appeals.html>. Y para el mapa de tribunales, <http://www.uscourts.gov/images/CircuitMap.pdf>.

ordinaria" como aquella que habría que atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual resulta inapropiado desde el momento en que el recurso de casación es reconocido casi unánimemente como un recurso "extraordinario". Se sugirió, asimismo, que el recurso del que conociera el Tribunal Supremo se circunscribiera al *ius constitutionis*, dejando el *ius litigatoris* a los Tribunales Superiores de Justicia²², creo que sin excesiva consciencia de qué podría significar que algo así se materializara²³, además de entrar en oposición frontal a cuanto decía el Libro blanco de la Justicia de 1997. Por suerte, el texto que realizaba esa propuesta fue retirado. Y, finalmente, quedó en una nebulosa qué recurso iba a ser el que se encomendaría al Tribunal Supremo, si una casación para la unificación de doctrina, o un simple "recurso extraordinario dedicado a la unificación de doctrina", que es la denominación que recibió en la proposición finalmente votada, y que no se sabe si va a ser un recurso de nuevo cuño, una casación reconvertida²⁴, o un recurso de casación para "reunificación" de doctrina, expresión que también se utilizó durante el debate.

Por otra parte, se habló también por varios ponentes del cumplimiento del art. 152 C.E. que, como es sabido, dispone que "las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia." Se citó hasta en cinco ocasiones al recurso de casación como una "instancia", cuando es compartido unánimemente por la Doctrina especializada que la casación no abre ninguna "instancia", sino que al tener el Tribunal Supremo su ámbito de cognición limitado cuando resuelve una casación, y tratarse de un recurso de carácter extraordinario, lo que se abre ante el Tribunal

²² Op. cit. p. 174: "Hay que mantener las funciones tradicionales de la casación española, de modo que se satisfaga tanto el '*ius constitutionis*' como el '*ius litigatoris*', y haciendo que el interés casacional sea el criterio esencial para el acceso a la casación".

²³ Si se prescinde del litigante, bien podríamos concebir ese recurso ante el Tribunal Supremo como una especie de consulta que solamente realice, por ejemplo, el Ministerio Fiscal, o bien asuma el propio Tribunal de oficio.

²⁴ Que es lo que dejan entrever los anteproyectos citados.

Supremo es un último grado de jurisdicción, pero nunca una instancia. Dicho en palabras que probablemente sonarán más a cualquier jurista: la casación no es una tercera instancia²⁵.

Y no se crea que es una cuestión de matiz o de simple terminología. Media un largo trecho entre conceptuar a la casación como una instancia o como un recurso extraordinario, porque si se sigue el primer camino, resultaría que lo que se quiere llamar "casación" sería en realidad una apelación. Y, por otra parte, si se insiste en denominar instancia a lo que no lo es, alguien acabará diciendo, y con razón desde el punto de vista literal, que el art. 152 C.E. ya se cumple en el momento presente, puesto que las "instancias" propiamente dichas ya concluyen actualmente en los órganos jurisdiccionales radicados en las Comunidades Autónomas.

Entiendo que el punto en que habría que cargar todas las tintas es en el párrafo anterior al inciso citado, que establece que "*un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo* (jurisdicción que la Constitución no concreta más que de manera muy abierta en el art. 123 C.E.), *culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma*". Porque este párrafo permite que los Tribunales Superiores de Justicia, realmente, asuman la función que estaba en las intenciones del Grupo Parlamentario Vasco, secundadas por diversos grupos de la cámara.

Lo anterior tiene una relevancia extraordinaria. Si queda claro que son los Tribunales Superiores de Justicia los órganos que constitucionalmente deben ocupar la cúspide jurisdiccional de la Comunidad Autónoma, se solucionará el disparate competencial que ha venido sucediendo hasta la fecha²⁶; que en el orden civil dicha posición suprema la ocupaban alternativamente el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia, o incluso las Audiencias Provinciales, lo cual ha provocado una desorientación jurídica similar incluso a la existente antes del Decreto de Unificación de fueros de 1868²⁷.

²⁵ Vid. el informe del CGPJ de 5-10-2005 a los anteproyectos, pp. 14 y 85.

²⁶ NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit. pp. 91 y ss.

²⁷ En este sentido, en materia de Derecho civil autonómico, los Anteproyectos, de una manera absolutamente ingenua, disponen la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Autónoma cuyo derecho propio se alegue como infringi-

Pero una vez hecho lo anterior, y cumplida la Constitución en este punto, hay que decidir lo más complejo: qué recurso se atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia, y qué recurso al Tribunal Supremo, de manera que se cumpla en sus propios términos el mandato del art. 123 C.E.

En este sentido, como se deriva del debate parlamentario y de los informes del Gobierno, me temo que existe una gran desorientación. De hecho, los Anteproyectos de 2005, tras anunciar solemnemente la conversión de la casación en "*un recurso para la unificación de doctrina*", dejan las cosas más o menos como estaban en lo civil (no así en lo penal), aunque añadiendo un nuevo elemento de incertidumbre con respecto a una frase que pretende introducirse en el art. 5.1 L.O.P.J.: "*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*". Deberá analizarse el alcance de dicha frase²⁸ puesto que según lo que se acabe entendiendo, estaremos a las puertas de un nuevo sistema que probablemente no sea el mejor de los posibles, como veremos después.

Antes de estos anteproyectos, existía ya un inusitado número de propuestas de reforma en esta materia²⁹. Una primera hipótesis absolutamente descartable desde el punto de vista científico -aunque se haya

Continuación nota 27

do, aunque el órgano del que provenga la sentencia recurrida no esté en la Comunidad Autónoma. Y digo que es ingenua, puesto que deja sin reformar el art. 5.4 LOPJ, que dispone que la casación será competencia del Tribunal Supremo, siempre que se alegue infracción de precepto constitucional, lo que hace muy sencillo continuar con la actual situación en la que el recurrente, según le interese, acude al Tribunal Superior de Justicia alegando una norma de Derecho propio de la Comunidad Autónoma, o al Tribunal Supremo, alegando la infracción de precepto constitucional. Espero que en el *iter* legislativo se subsane este grave defecto, así como que se matice y concrete en qué medida existirá la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma diferente de aquella en que se sustanció el litigio.

²⁸ Reflexiona sobre ello el informe del CGPJ antes citado, pp. 15 y ss.

²⁹ Vid. GERPE LANDÍN, Manuel/CABELLOS ESPÍRREZ, Miguel. Ángel FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta. *El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Una propuesta de reforma de sus competencias*, RJCat, 2005, Nº 3, pp. 680 y ss.

dejado oír bastante-, es que tanto Tribunales Superiores de Justicia como Tribunal Supremo asuman el recurso de casación, siendo además una casación superior a la otra. No existe precedente jurídico de que haya existido jamás un tribunal que conozca de la casación de la casación, es decir, del recurso de casación interpuesto contra una resolución de otro recurso de casación. Estaríamos ante una barbaridad jurídica que nos convertiría en el hazmerreir de cuantos juristas extranjeros analizaran nuestro sistema, porque es absurdo que una casación controle a la otra. La casación es un recurso último, supremo, y resulta fuera de lugar que se le empiecen a poner matizaciones a esta superioridad identificable perfectamente en cualquier sistema jurídico, y que posee toda su razón de ser desde el punto de vista de protección al ordenamiento jurídico, como iremos viendo a lo largo de este trabajo.

Por ello, se presentan dos alternativas. O bien se confiere la casación a los Tribunales Superiores de Justicia, y se deja al Tribunal Supremo otro recurso cuya configuración no sería nada fácil en absoluto (por no hablar de su denominación), o bien se opta por no realizar improvisaciones legislativas y se respeta la casación como recurso propio del Tribunal Supremo (que además es lo lógico), y se establece otro recurso para que sea atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia, del cual sí existen precedentes en nuestro Derecho y en Derecho extranjero. Me estoy refiriendo al recurso de segunda apelación.

Sin embargo, por más que la segunda propuesta sea la más razonable, y probablemente la que más Letrados aplaudirían -puesto que les alejaría por fin de las complejidades de la casación-, hay que ser realistas y debemos percatarnos de que existiendo 9 Comunidades Autónomas cuyo Tribunal Superior de Justicia tiene competencias casacionales³⁰, aunque éstas fueran en un principio referidas solamente al Derecho propio de la

³⁰ Cataluña, Extremadura, Euskadi, Galicia, Islas Baleares, Murcia, Navarra, Valencia. Debería añadirse Aragón, que originariamente contaba con el recurso de casación, reconocido por el art. 29 a de su Estatuto. Sin embargo, dicho artículo fue reformado por la LO 5/1996 de 30 de diciembre, suprimiendo la referencia a la casación. Sin embargo, actualmente con la Ley 4/2005, de 14 de junio, del Parlamento aragonés se crea una regulación especial de dicha casación ante la Sala civil-penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, siguiendo los pasos de la casación gallega.

Comunidad Autónoma³¹ –cosa que, de hecho, nunca llegó a ser así³²–, no van a renunciar a esa competencia³³, sobre todo teniendo en cuenta que dicha competencia no plantea problemas de constitucionalidad desde el punto de vista del art. 123 C.E.³⁴, aunque debe decirse muy claramente que la ampliación de las casaciones autonómicas menguaría muy sustancialmente la posición de superioridad que actualmente ostenta el Tribunal Supremo, y que le atribuye el citado precepto.

Además, la existencia de la casación autonómica, y de los propios Tribunales Superiores de Justicia, se debe a que en el debate constituyente³⁵ se intentó recuperar el “*Tribunal de cassació*” catalán de la Segunda República³⁶. Hasta la denominación “Tribunales Superiores de Justicia” proviene del “Estatut de Núria”, antecedente directo del Estatuto catalán de 1932³⁷. Con todo ese trasfondo, no es factible que los Poderes autonómicos renuncien a la casación, aunque fuera lo más práctico, puesto que lo único necesario para proteger al ordenamiento jurídico es la existencia de un solo órgano en la cúspide judicial, ante el

³¹ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Justicia y Estado Autonómico*, Madrid 1994, pp. 167, 259 y 271, insistía en este punto.

³² Vid. REVERÓN PALENZUELA, Benito, *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y estado autonómico*, Granada 1996, pp. 199 y ss.

³³ Aunque nunca se sabe. Aragón lo hizo, siendo reformado en este sentido el art. 29 de su Estatuto (L.O. 5/1996 de 30 de diciembre).

³⁴ Vid. GERPE LANDINI/CABELLOS ESPÍERREZ/FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, cit. pp. 676 y 679.

³⁵ Explico la historia completa en NIEVA FENOLL, *El recurso de casación ante el TSJ de Galicia, tras la L.E.C. 1/2000*, 1ª parte, cit. pp. 22 y ss. Vid. también, por todos, PEREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona 1982, pp. 13 y ss y REVERÓN PALENZUELA, *Poder judicial*, cit. pp. 179 y ss.

³⁶ Que a su vez constituyó un intento de recuperar el “principio de no extracción de causas” fuera de Cataluña (CYADC. 1. 3. 1 (1283, p. 185). CYADC. 1. 1. 13. 1 (1547, pp. 36-37)), y que estuvo vigente hasta la *Real Cédula* de 12-1-1740, que puede consultarse en Nueva Recopilación, Auto acordado X del tit. XX. Libro IV.

³⁷ Arts. 14 y 18 del *Estatut de Núria*. Vid. MAS I SOLENCHE, Josep Maria, *Tribunal de cassació de Catalunya*, Barcelona 1987, pp. 24-28.

que se puedan recurrir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales inferiores. Y no necesariamente la presencia de la casación.

No obstante, demos por sentado que la casación, algún día, si se cumplen las intenciones de la proposición no de ley antes citada, así como de los anteproyectos de julio de 2005, formará parte definitivamente de la competencia funcional de los Tribunales Superiores de Justicia, y además no solamente en materia de Derecho autonómico. Y si se desea que no haya interferencias entre la labor de ambos Tribunales, el recurso del que conozca el Tribunal Supremo no puede ser ya el recurso de casación, sino otro distinto.

Por ello, antes de anunciar reformas de hondo calado, creo que habría que reflexionar sobre la creación de un modelo nuevo, y me temo que inédito en el Derecho comparado. Pero permítaseme reiterar que lo más adecuado, y lo que menos perplejidades causaría en un observador ajeno a nuestra realidad política, sería que la casación permaneciera en manos del Tribunal Supremo³⁸. Y es que ni siquiera desde el punto de vista político es necesaria la pervivencia de la casación autonómica. Fijémonos en que podría ser que en un futuro el Tribunal Supremo perdiera esa competencia (en beneficio de los Tribunales Superiores de Justicia), y no por ello España dejaría de ser un Estado soberano. Por consiguiente, renunciar las Comunidades Autónomas a la casación no supondría menoscabo de reivindicación nacionalista alguna³⁹, sino que probablemente haría nues-

³⁸ Es la línea del *Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, que para nada modifica el art. 56 LOPJ., aunque hay que esperar hasta el final del iter legislativo, y podría haber sorpresas en este punto.

³⁹ Y lo dice alguien que creo que no es sospechoso precisamente de tener un espíritu centralista. Me he preocupado del estudio del Derecho Procesal catalán en NIEVA FENOLL, Jordi, *La recuperació del Dret Processal Català. Possibilitats constitucionals de desenvolupament*, Revista Catalana de Dret Privat, 2004, Nº 4, pp. 193 y ss. NIEVA FENOLL, Jordi, *El procés jurisdiccional català de 1714 a 1835. Breu revisió històrica*, Revista de Dret Històric Català, 2004, vol. 4, pp. 29 y ss. NIEVA FENOLL, Jordi, *L'“auto” i el “fallo”*, RJCat, 2000, Nº 4, pp. 1219 y ss. Incluso me he ocupado de la original casación gallega y he defendido su constitucionalidad, que declaró en parte el Tribunal Constitucional (STC 47/2004 de 25 de marzo, F.J. 11). NIEVA FENOLL, Jordi, *El recurso de casación ante el TSJ de*

tro sistema más acorde con la lógica jurídica. Pero por si acaso no acaba siendo así, debemos intentar perfeccionar un modelo que sea jurídicamente defendible en la mayor medida posible.

3. LA "UNIFICACIÓN DE DOCTRINA"

Leyendo la proposición no de ley antes citada, así como los Anteproyectos, bien parece que la llamada "unificación de doctrina" hubiera de ser la solución a todos los males del Tribunal Supremo. Pero no va a ser así. Se pone como ejemplo, en general, el funcionamiento con muy pocos retrasos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que es la Sala que más utiliza este recurso. Pero se ignora deliberadamente que lo que ha provocado que dicha Sala no tarde ni un año en resolver, no es la existencia del recurso para la unificación de doctrina, sino el exageradamente restrictivo régimen de admisión de los recursos, basado en el art. 217 LPL⁴⁰, que exige estrictamente una serie de identidades⁴¹ en las sentencias de

Continuación nota ³⁹

Galicia, tras la LEC 1/2000. Revista Xurídica Galega, n. 33 (2001) y 34 (2002), pp. 13 a 49 y 13 a 53 respectivamente.

⁴⁰ "... mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

⁴¹ Sobre dichas identidades, Vid. DESDENTADO BONETE, Aurelio, *De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina*, Revista de Derecho Social, 2001, (13), pp. 46 y ss. JIMÉNEZ FORTÉ, Francisco Javier, *El recurso de casación para la unificación de doctrina laboral: problemas fundamentales*, Valencia 1999, pp. 176 y ss. IVORRA MIRA, María Jesús, *El Recurso de casación para la unificación de doctrina*, Valencia 1997, pp. 40 y ss. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, Miguel C., *El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*, Madrid 1999, pp. 160 y ss. SEMPERE NAVARRO, *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, Pamplona 1999, pp. 47 y ss. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, *Una valoración crítica de la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, 2002, (13), pp. 229 y ss. CASTELL VALLDOSERA, Ildia, *La infracción de normas procesales como motivo para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina*, Revista de Derecho Social 1999, (7), pp. 67 y ss. MONTERO AROCA, Juan (e.a.), *Comentarios a la Ley del Procedimiento Laboral*, Madrid 1993, pp. 1208 y ss. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (con Montoya Melgar e.a.), *Comentarios a la Ley del Procedimiento Laboral*, Cizur Menor 2003, pp. 686 y ss., NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. pp. 44 y ss.

contraste aportadas, y que ha provocado que la mayoría de las sentencias dictadas sean inútiles para la realización de la función nomofiláctica⁴², puesto que dichas sentencias se dedican pura y simplemente a indicar por qué en aquel caso concreto no se dan las identidades. Esa jurisprudencia, además, ha sido muy perjudicial para el ordenamiento laboral, puesto que existen actualmente enormes parcelas del ordenamiento jurídico en las que no es posible encontrar dos situaciones con las identidades exigidas, y que quedan completamente al margen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ello, como digo, sucede actualmente en la casación laboral⁴³, y sucedería en el resto de órdenes si el Legislador introdujera un recurso con un régimen de admisión similar.

No obstante, lo que enseña la experiencia de la Sala 4ª es que, como decía, el recurso para la unificación de doctrina no sirve para descongestionar al Tribunal Supremo, sino que lo que acaba resultando eficaz es simplemente la inadmisión masiva de asuntos.

Y esa conclusión es bastante antigua. Los Tribunales de casación siempre han hecho uso de algún subterfugio similar al de la Sala 4ª para restringir el número de asuntos. Por citar los más conocidos, primero fue la restricción del tribunal a la cognición de las cuestiones de derecho, basada en la distinción entre hecho y derecho, imposible conceptualmente, pero que sirvió durante decenios para descartar muchos recursos, hasta que quedó en gran medida desacreditada⁴⁴. Más adelante vino el formalismo en la fase de admisión, rechazando los recursos por detalles tan nimios como la supuesta equivocación del recurrente en la cita del

⁴² NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. p. 49. MOLINS GARCÍA-ATANCE, *La problemática*, cit. "Ello obliga al Tribunal Supremo a asumir una carga de trabajo que no tiene proyección fuera del propio recurso de casación para la unificación de doctrina".

⁴³ IVORRA MIRA, *El recurso*, cit. p. 98. DE MIGUEL LÓPEZ, Ana, *El recurso de casación para la unificación de doctrina: ¿un recurso excepcional?*, Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, 1994, (16), p. 223. GOERLICH PRSETT, José María, *Recurso de casación para la unificación de doctrina y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*, Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica, 1992, (21), p. 378. MOLINS GARCÍA-ATANCE, *La problemática*, cit.

⁴⁴ A pesar de que en los anteproyectos se insistía en la misma en el ámbito penal.

motivo concreto alegado, del submotivo, o incluso de la frase concreta referida⁴⁵.

Actualmente, la tendencia continúa. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, a raíz de la Junta general de 12-12-2000, ha recaído en dicho formalismo y ha improvisado unas restricciones que ni directa ni indirectamente están en la ley⁴⁶, por más que uno se ponga a buscarlas. Y están basadas, principalmente, en conceptuar que sólo cabe la admisión de un recurso si su cuantía es superior a 150.000 euros, siempre que el proceso se siguiera por razón de la cuantía. Pero si, en cambio, se sustanciase por razón de la materia, debe argumentarse la existencia de interés casacional, sin poder acudir a la vía de la cuantía, siendo ambos supuestos excluyentes. El Tribunal Constitucional, de manera inaceptable, declaró no poder entrar en la apreciación de tales interpretaciones *praeter legem*⁴⁷. De hecho, en

⁴⁵ SURRA DOMÍNGUEZ, *Violación de ley y doctrina legal*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969, pp. 438 y ss. TABOADA ROCA, *La casación civil española en alguna de sus complejidades*, Madrid 1977, pp. 11 y ss.

⁴⁶ La doctrina ha sido unánime: AGUILERA MORALES, Marien, *Los recursos extraordinarios: casación, extraordinario por infracción procesal, en interés de ley y queja*, Tribunales de Justicia, 2001, N° 11, p. 17. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Un torpedeo a la casación*, Tribunales de Justicia, 2001, N° 2, pp. 4 y ss. BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Cizur Menor 2002, pp. 26-27. Sólo PÉREZ LÓPEZ, Eduardo, *Los criterios de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en torno a la recurribilidad en casación, y su control constitucional*, La Ley, N° 6169, 17-1-2005, que es Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, y mucho me temo que responsable de los criterios en cuestión, a la luz de su artículo, defiende la vigencia de los mismos.

⁴⁷ STC 150/2004, de 20 de septiembre de 2004, STC 164/2004, de 4 de octubre de 2004, "Si se somete esta fundamentación de la resolución impugnada a los criterios de control que más arriba se han destacado (irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente) se llega inevitablemente al resultado de que procede aquí acordar la inadmisión del recurso de amparo. El canon del error patente queda descartado de antemano, pues no se está discutiendo sobre una cuestión fáctica. Pero tampoco puede aceptarse que las resoluciones judiciales contra las que se dirige la demanda incurran en arbitrariedad ni que sean irrazonables, pues es evidente que no nos encontramos ante 'una simple expresión de la voluntad', sin motivación o fundamento alguno (STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4), ni ante 'quebradas lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas' (SSTC 151/2001, de

su día ya había declarado algo parecido con respecto a la jurisprudencia de la Sala 4ª sobre el régimen de admisión de la casación social⁴⁸, con la diferencia de que las interpretaciones de esta Sala eran forzadísimas, pero al menos no directamente *praeter legem*. Qué lejos estamos de la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de aquella recordada STC 57/1984 de 8-5-1984.⁴⁹

Con lo anterior quiero decir que lo que menos parece preocupar es, justamente, la unificación de la doctrina, y lo que más que el Tribunal Supremo no pase de un determinado número de recursos al año, para que no se lleguen a retrasos de hasta 6 años, como los que actualmente sufre la Sala 1ª, o en algún caso de más de 10, como le ha sucedido en ocasiones al Tribunal Constitucional. Parece claro, por tanto, que deberá establecerse algún mecanismo razonable de selección de asuntos, si realmente se quiere descargar eficazmente al Tribunal Supremo, de forma que resuelva en el término de un año aproximadamente.

Concluido lo anterior, debo insistir en que la misión del Tribunal Supremo NO es la unificación de doctrina. Esa denominación, que después

Continuación nota 47

2 de julio, FJ 5; 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4), ni ante un razonamiento jurídico objetivamente insusceptible de resultar comprensible a 'cualquier observador' (STC 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 5). Por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como la aquí impugnada". Y es que no es que sea discutible la argumentación de la Sala 1ª. Es que, reitero, no se halla en la ley ningún inciso que permita justificarla.

⁴⁸ Vid. por ejemplo, STC 256/1994 de 26-9-1994, FJ 2.

⁴⁹ STC 57/1984 de 8-5-1984, FJ 3: "El derecho, constitucionalmente garantizado, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, no puede ser comprometido u obstruido mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las sucesivas procesales, en sentidos que aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del art. 24.1 de la C.E."

ha hecho fortuna en otros órdenes jurisdiccionales⁵⁰ y actualmente en los Anteproyectos, no es en realidad tan oportuna como puede parecer. Y simplemente porque la misión de un Tribunal Supremo no es unificar doctrina legal o jurisprudencia, dígame como se quiera. La misión del Tribunal Supremo es anular resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico. Y mientras realiza dichas anulaciones, al tener que ser motivadas por imperativo constitucional, crea jurisprudencia. Y esa jurisprudencia es la que orienta (aunque no obliga) a los tribunales inferiores para que se adapten a la visión de las cosas del Tribunal Supremo, previniendo nuevas infracciones del ordenamiento jurídico. Además, al no ser obligatoria, queda abierta la posibilidad de que los tribunales inferiores planteen nuevas interpretaciones, contribuyendo de ese modo eficazmente a la actualización de la jurisprudencia.

Si se invierten los términos, se rompe todo el esquema. La unificación de doctrina precisa simplemente dos sentencias contradictorias, y se parte de la base de que una de ellas será contraria al ordenamiento jurídico.

Y justamente en este punto estriba el primer error. Es perfectamente posible que ambas interpretaciones sean jurídicamente válidas. O que una responda a una época, y la otra a un diferente estado de circunstancias, incluso produciéndose las identidades que exige la Sala 4^a. ¿O es que acaso no es posible más que una sola interpretación de una norma?⁵¹ Bien al contrario, la riqueza del ordenamiento se basa, entre otros puntos, en que el derecho no fosilice sus interpretaciones y, por tanto, en que la jurisprudencia no permanezca estática.

Y eso es justamente lo que ocurre cuando el supremo tribunal se dedica únicamente a conservar la jurisprudencia. Que algo que debería ser mucho más ágil, dinámico y adaptable que una ley, se torna estático,

⁵⁰ Art. 42 LO 5/2000 de 12-I, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Arts. 96 y ss. LICA de 1998, con el precedente del art. 102 a) de la anterior LICA.

⁵¹ Decia LACRUZ BÉRDEO, José Luis, e.a., *Elementos de Derecho Civil*, I Parte General, vol. I, Madrid 2002, p. 247: “El propio destino y naturaleza de la norma imponen una cierta variabilidad de su contenido, a fin de que, funcionalmente, siga siendo el mismo; de que la incidencia práctica del precepto en la economía e la sociedad no varíe. De hecho muchas leyes, sin necesidad de modificación legislativa, cambian de significado con el paso del tiempo y por su virtualidad intrínseca...”

lento, inamovible y anquilosado. Porque si el valor principal es conservar la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico positivo no acaba siendo más que un pretexto para construir esa jurisprudencia. Y mientras no es reformado, la jurisprudencia continúa siendo la misma, porque, evidentemente, humanamente es mucho más cómodo y sencillo mantenerla que modificarla, teniendo que justificar por qué. Finalmente, el Tribunal Supremo se acaba convirtiendo en un órgano de inadmisión de recursos, así como de conservación de la jurisprudencia como si de una reliquia se tratase. Y el ordenamiento jurídico se queda sin su principal acicate: el Tribunal Supremo.

Por tanto, dejemos ya de aludir a la “unificación de doctrina” como la herramienta para obtener la protección del “*ius constitutionis*” –como vimos que se hizo en sede parlamentaria–, porque esa unificación de doctrina es la muerte de ese *ius*. Digamos las cosas claras: Lo que se quiere es simplemente restarle asuntos al Tribunal Supremo. Pues bien, sea. Pero no se pongan excusas dogmáticas para esconder esa finalidad. Bien al contrario, no debe falsearse la realidad de la labor que cumplen los Tribunales supremos, sino que es preciso reconocer la integridad de esa labor: protección del ordenamiento jurídico a través del mantenimiento de una jurisprudencia, no única, sino uniforme, que se construye casando las sentencias contrarias al ordenamiento jurídico, aunque no vengan precedidas de una contradicción jurisprudencial, sea del género que sea.

Y una vez reconocida esa finalidad, veamos los mecanismos de selección de asuntos. Ya indiqué que me he ocupado de esta materia anteriormente, y a lo tratado en ese lugar me remito⁵². Solamente voy a referirme al medio que más suena en los ambientes jurídicos como posible objeto de futura reforma, es decir, el *writ of certiorari* e instrumentos similares de selección discrecional de recursos. No es el camino elegido por los Anteproyectos, pero esa reforma del art. 5.1 LOPJ que trata de reforzar el valor de la jurisprudencia, apunta para un futuro en ese sentido. Finalmente, efectuaré mi propia propuesta de reforma.

⁵² NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. pp. 258 y ss.

4. LA SELECCIÓN DISCRECIONAL DE RECURSOS: EL "LEAVE TO APPEAL" BRITÁNICO Y EL "WRIT OF CERTIORARI" ESTADOUNIDENSE

Como suele ocurrir con el Derecho extranjero, especialmente si proviene de países pujantes, con frecuencia se le hacen loas que están basadas en un profundo desconocimiento de la realidad de los sistemas alabados. Uno de esos sistemas es el de la selección discrecional de recursos de la que gozan los *Lords of appeal* de la *House of Lords* británica. Y por influencia histórica de la anterior, los magistrados de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de América. El sistema es sencillo de explicar en la teoría, aunque en la práctica tiene muchos más recovecos y oscuridades de las que uno puede esperar en un principio. Voy a entrar en un cierto detalle para evitar que el conocimiento sesgado de este sistema pueda seguir acumulando alabanzas o críticas injustas.

a) *Leave to appeal*

En el Reino Unido, aunque la *House of Lords* sea un órgano legislativo, existen 12 *Lords* que están encargados en exclusiva de las funciones judiciales —aunque pueden participar en las funciones legislativas de la Cámara— previniéndose que para octubre del 2008 entrará en funcionamiento una *Supreme Court* del Reino Unido, física y constitucionalmente separada de la *House of Lords*.

Pues bien, esos 12 *Lords* disponen del sistema de admisión llamado "*leave to appeal*", en virtud del cual admiten alrededor de 80-100 recursos al año⁵³, de algo más de 300 que se interponen anualmente. El sistema de admisión es algo complejo, en cuanto a que se da intervención en este trámite al tribunal del que proviene la resolución recurrida⁵⁴, aunque la última palabra la acaba teniendo la *House of Lords*⁵⁵.

⁵³ La cifra, suministrada por la propia *House of Lords*, coincide con la que ofrece ANDREWS, Neil, *English civil procedure*, Oxford 2003, p. 916.

⁵⁴ Vid. SPRACK, John, *Emmins on Criminal Procedure*, London 1995, pp. 344-345 y 372; UGLOW, Steve, *Criminal Justice*, London 1995, p. 159.

⁵⁵ Sprack, *Emmins*, cit. pp. 344-345; Uglow, Steve, *Criminal Justice*, London 1995, p. 159.

Sea como fuere, lo cierto es que la *House of Lords* concede la admisión de manera discrecional. De su jurisprudencia⁵⁶ se deriva que los criterios para proceder a la misma son los siguientes:

- Relevancia pública general del caso concreto.
- Posibilidades de éxito del recurso.
- Grado de polémica jurídica que haya causado la resolución recurrida.

Como puede comprobarse, se confirma que, con estos criterios, la *House of Lords* tiene un absoluto poder de decisión sobre la ocasión en que conoce de un caso. Dicho de otro modo, no le ocupan principalmente las infracciones del ordenamiento jurídico, sino que sólo acepta el conocimiento de un caso cuando entiende que la resolución de dicho caso habría de ser interesante para la generalidad.

No obstante, debe decirse que ello, probablemente, sea lógico en un sistema jurídico en el que, en beneficio de la jurisprudencia, el Derecho positivo —aunque haya ganado mucho terreno— no posee la misma relevancia que tiene en nuestro país, en el que seguimos el sistema derivado de la impronta jurídica de las ideas ilustradas francesas.

b) *Writ of certiorari*

El sistema de *writ of certiorari* vigente en EE.UU. es muy similar. Las *rules of the Supreme Court of the United States* de 14 de marzo de 2005 (en vigor desde el 2-5-2005) disponen muy claramente (regla 10) que la revisión que puede operar el Tribunal Supremo no es un derecho del recurrente, sino que deriva de la discrecionalidad judicial⁵⁷. Y tras

⁵⁶ Vid. O'HARE, John/BROWNE, Kevin/HILL, Robert N., *Civil litigation*, London 2000, p. 791. JACOBS, Francis G., *Proposals for Reform in the Organisation and Procedure of the Court of Justice of the European Communities: with Special Reference to the Proposed Court of First Instance*, en: CAPOTORI y otros, "Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore", Nomos, Baden-Baden 1987, pp. 295-296.

⁵⁷ Ya era así antes de dichas reglas. Vid. SILVESTRI, Elisabetta, *L'accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici*, Il Foro Italiano, Parte V, Roma 1987, p. 285.

ello, de manera meramente orientativa, se enumeran a modo de ejemplo las situaciones en las que el Tribunal Supremo podría revisar el caso en cuestión. Se trata de las siguientes⁵⁸:

- Falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una cuestión relevante de Derecho Federal.
- Jurisprudencia contradictoria entre dos de los doce Tribunales de apelación (*Courts of Appeals*) en una cuestión relevante.
- Jurisprudencia contradictoria entre un tribunal de apelación, y el tribunal de última instancia de un estado (*state court of last resort*), también en una cuestión de relevancia.
- Jurisprudencia contradictoria entre un tribunal de última instancia del Estado, y otro tribunal de última instancia o un tribunal de apelación, que verse sobre una cuestión federal de relevancia.
- Contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre una cuestión federal de relevancia, propiciada por un tribunal de apelación o por el tribunal de última instancia de un estado.

⁵⁸ **Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari.**

Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:

- (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;
- (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals;
- (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.

A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

- Alejamiento, por parte de un tribunal de apelación, de la jurisprudencia habitual, *de motu proprio*, o bien confirmando una sentencia de un tribunal inferior, de manera que sea imprescindible la intervención del Tribunal Supremo.

- Cuestión prejudicial de un Tribunal de apelación, si se trata de un caso de tal importancia pública que justifique el planteamiento de dicha cuestión (regla 11)⁵⁹.

Finalmente, concluye la regla 10 afirmando que en raras ocasiones entrará el Tribunal Supremo en cuestiones de hecho o en erróneas aplicaciones del Derecho positivo.

Como se ve, todas las orientaciones anteriores -en especial las referencias a que se trate de una cuestión importante⁶⁰- están realizadas con una vocación muy restrictiva que, como es evidente, prácticamente prescinde de las infracciones de derecho positivo. Pero nuevamente, igual que sucede en Gran Bretaña, debe recordarse que EE.UU. también es un país con tradición jurídica básicamente jurisprudencial. Podría pensarse que en el futuro, si el Derecho positivo estadounidense se sigue desarrollando, el papel de la *Supreme Court* quizás deberá cambiar en parte, pero esa es otra cuestión⁶¹.

⁵⁹ **Rule 11. Certiorari to a United States Court of Appeals Before Judgment**

A petition for a writ of certiorari to review a case pending in a United States court of appeals, before judgment is entered in that court, will be granted only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court.

⁶⁰ Cf. BIANCARIELLO, Jacques, *Les mesures envisageables pour faire face à l'engorgement croissant du prétoire de la Cour de Justice, en dehors de l'institution d'une juridiction de première instance*, (analyse comparée de la situation à la Cour de Justice et au Conseil d'Etat), en: "Schwarze, Jürgen (coord.), Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft. Perspectives for the Development of the Judicial Protection in the European Community. Perspectives de développement de la protection juridictionnelle dans la Communauté européenne. Nomos, Baden-Baden 1987 (Beiträge zu einem internationalen Kolloquium der Europäischen Hochschulinstituts am 30./31. Oktober 1986 in Florenz)", p. 79.

⁶¹ Vid. sobre esta cuestión, Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1961, pp. 130 y ss.

c) *Crítica de ambos sistemas*

Quisiera reseñar, en primer lugar, que resulta obvio que estos sistemas de admisión están pensados directamente para evitar el colapso de asuntos ante los supremos tribunales⁶². De todos modos, también es preciso señalar a renglón seguido que, en línea de principio, en un sistema jurisprudencial esa mínima intervención es lógica, al estar sustentada sobre dos pilares. El primer pilar consiste en la vinculación al precedente que deben seguir los Tribunales inferiores, que garantiza el respeto por los principios de igualdad⁶³ y seguridad jurídica, sustentada esta última en la previsibilidad de las decisiones judiciales⁶⁴; todo ello hace que disminuya el número de casos en que es precisa la labor correctora de un supremo tribunal, al menos en teoría. El segundo pilar se concreta en la confianza y respeto por la labor de dichos tribunales inferiores, lo que acerca su visión de las cosas a nuestra noción de independencia judicial.

No obstante, buena parte de lo anterior es pura teoría. Tanto en Gran Bretaña como en EE.UU., el Derecho positivo es cada vez más cuantioso. Además, la intensidad de la vinculación al precedente es un tema bastante oscuro en la práctica. Si bien está generalmente reconocida, dicha vinculación no está directamente garantizada por una sanción al Juez en caso de una puntual rebeldía a un precedente. Por añadidura, en raras ocasiones se produce dicha discrepancia de forma expresa, teniendo en cuenta que a través de la motivación siempre se puede conseguir argumentar que el precedente atañe a un caso concreto diferente del que se está enjuiciando. Por ello, es difícil hallar oposiciones frontales a los precedentes. Aún y así, debe decirse que si se produjera una de esas rebeldías, el Juez responsable de la misma muy probablemente recibiría una dura reprimenda por escrito por parte del tribunal superior. Y si un Juez, reiteradamente, se resiste a seguir los precedentes, no solamente

⁶² BAUM, Lawrence, *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Barcelona 1987, pp. 151 y ss. Jolowicz, J.A., *On civil procedure*, Cambridge 2000, p. 336.

⁶³ Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1961, p. 4.

⁶⁴ CHIARLONI, Sergio, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ. 1989, pp. 121-122.

se arriesga a una dura sentencia del tribunal superior revocando rápidamente su fallo, sino que incurrirá a buen seguro en responsabilidad, lo que le puede llevar a su procesamiento (*impeachment*) y separación de la carrera judicial.

No obstante, nada de lo anterior impide que la vocación de las sentencias de estos tribunales supremos anglosajones, así como el origen de los mismos, haga pensar legítimamente que estamos ante órganos a medio camino entre lo judicial y lo legislativo⁶⁵. La realidad es que salvo en supuestos de gran urgencia o de enorme relevancia ciudadana⁶⁶, la virtualidad de sus fallos es más legislativa que judicial, aunque sin excluir esta última función para el afortunado caso concreto que consigne la atención del Tribunal Supremo anglosajón. Y esta realidad es la que separa a sus tribunales supremos de un órgano jurisdiccional como el Tribunal Supremo español, que se engloba en el grupo denominado, no sin cierta impropiedad, del *civil law*; y que además prestó desde el principio una especial atención al *ius litigatoris*⁶⁷.

El Tribunal Supremo anglosajón debe encargarse principalmente de las contradicciones jurisprudenciales porque, aunque haya cada vez más matizaciones, la jurisprudencia es la base de su Derecho. En una situación jurídica como la anglosajona es obvio que se necesita un Tribunal en la cúspide que anule las sentencias que no sigan el precedente,

⁶⁵ Cross, *Precedent*, cit. pp. 8, 132-133. Frowein, Jochen Abr., *Consideraciones marginales respecto a los límites del derecho judicial en el derecho comparado*, Justicia 1990, pp. 741-742.

⁶⁶ La *Justice* Ruth Bader Ginsburg de la Supreme Court de EE.UU., en una conferencia impartida en 1996 en el Colegio de Abogados de Barcelona, hizo referencia a un "*capital case*", es decir, una condena a muerte por la que estuvo a punto de tener que cancelar la conferencia y volver a su país, ya que el condenado había de ser ejecutado al día siguiente de la conferencia, y había intentado una "*petition for a Writ of Certiorari*", es decir, había intentado el último recurso ante el Tribunal Supremo. Con respecto a la *House of Lords* puede resultar ilustrativa la lectura de Drewry, *Final appeal. A study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford 1972.

⁶⁷ VÁZQUEZ SOTELO, *La casación (revisión crítica)*, cit. pp. 25-26. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (e.a.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. p. 792 y ss.

y marque férreamente la línea a seguir en aquellos casos en los que no exista precedente, a falta de la norma jurídica positiva en los términos y con el alcance con que los sistemas del *civil law* la conocen, y en la que basan la sujeción de sus jueces (al imperio de la ley). Es natural que los supremos tribunales anglosajones, especialmente el de EE.UU., se preocupen tantísimo de las contradicciones jurisprudenciales. Ponen en cuestión su propio poder, y deben corregir esas desviaciones.

Siendo estas las circunstancias, no puede extrañar que los supremos tribunales anglosajones no se preocupen, salvo en casos muy específicos, de la justicia del caso concreto, porque sus mandatos tienen vocación de generalidad. Tampoco se preocupan nuestros legisladores de la justicia del caso concreto, más que en casos excepcionales. En ambos sistemas, los jueces se preocupan de esa justicia del caso concreto, si bien en el sistema anglosajón el supremo tribunal queda normalmente al margen de esa justicia, porque dicho tribunal proviene históricamente del Poder legislativo, lo que se hace especialmente patente, aún hoy en día, en la Gran Bretaña. En cambio, en los sistemas de *civil law* el Tribunal Supremo pertenece sin ninguna clase de vacilaciones, ni históricas ni dogmáticas, al Poder judicial, y por tanto sí debe ocuparse de esa justicia, puesto que si pudiera realizar fallos de contenido vinculante y con vocación de generalidad, estaría usurpando la labor del Poder legislativo, lo que rompería la división de poderes.

No digo que la evolución futura de nuestro sistema vaya a ir en la dirección del modelo anglosajón. Ni siquiera voy a pronunciarle a favor o en contra. Simplemente quiero destacar muy claramente las consecuencias de un futuro hipotético⁶⁸. Sería muy fácil hacer todas las críticas que se quieran al sistema anglosajón. Que provoca indolencia en los jueces inferiores⁶⁹, que se perpetúan los errores jurisprudenciales⁷⁰ o que la jurisprudencia se desactualiza, dado que, ciertamente, es un poco

⁶⁸ Resulta curioso observar cómo los sistemas anglosajones tienden a dar un valor cada vez más importante al Derecho positivo, y algunos del *civil law* propenden a valorar cada vez más el papel de la jurisprudencia.

⁶⁹ KOOPMANS, T., *The future of the Court of Justice of the European Communities*, Yearbook of European Law 1991, p. 29 y ss.

⁷⁰ CROSS, *Precedent*, cit. pp. 4, 30-32.

difícil tener al día todo el Derecho de un Estado con 100 sentencias al año⁷¹. Pero esas críticas, u otras similares, pueden hacerse también a nuestro sistema. El Poder legislativo actúa con gran dificultad y lentitud. El Derecho positivo está tan hipertrofiado que existe una gran complejidad para saber actualmente qué norma jurídica, hasta el último resquicio, está vigente. Hay parcelas del Derecho en las que no se legisla desde hace muchísimo tiempo, lo cual equivale a su fosilización. Y nuestro Tribunal Supremo está colapsado de asuntos, por lo que sus fallos han perdido muchísima autoridad, ante las deficiencias de todo tipo que provoca el colapso.

Quiero decir con ello que ninguno de los dos sistemas es perfecto. Pero al menos ambos son coherentes, hasta la fecha, en la labor que deben desempeñar sus supremos tribunales. En el sistema anglosajón deben marcar, no sólo la pauta, sino la norma jurídica obligatoria a seguir. En el sistema de *civil law* la jurisprudencia no debe ser sino persuasiva, tratando de que lo querido por el legislador se cumpla, anulando las sentencias contrarias al ordenamiento jurídico, aunque sin obligar para casos futuros, pues ello supondría equiparar la labor del Poder legislativo a la del Judicial, lo cual puede ser defendible como explicación de la realidad práctica, pero no como principio constitucional en un sistema como el nuestro.

Dicho de otro modo, en nuestro sistema se parte constitucionalmente de la existencia de la división de poderes. Pues bien, si el Tribunal Supremo pasa a desempeñar funciones que interfieren con la labor legislativa desempeñada en exclusiva por las Cortes Generales, habría que reformar la Constitución. Del mismo modo que si el Derecho anglosajón sigue concediendo una importancia creciente al *statute law*, quizás tendrán que plantearse si la labor actual de sus tribunales supremos es suficiente. En este sentido, la reforma anunciada en la Gran Bretaña tendiente a separar definitivamente a ese supremo tribunal de la *House of Lords*, aunque desde luego no va a cambiar la manera de trabajar de los Magistrados,

⁷¹ CHIARONI, Sergio, *In difesa della nomofilachia*, Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1992, p. 127 y ss. TARUFFO, Michele, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, Il Foro Italiano, Parte V, Roma 1988, p. 237.

puede constituir un primer indicio de lo que estoy diciendo, sobre todo conforme crezca la insatisfacción jurídica ante las enormes lagunas jurisprudenciales que se irán produciendo al ritmo que vaya aumentando la entidad del *statute law*.

Por consiguiente, quede claro que cuanto estoy diciendo aquí no es la reproducción de las clásicas críticas al sistema anglosajón, sino que simplemente estoy intentando evidenciar, de una vez por todas, que no se pueden trasplantar partes de un sistema jurídico sin antes comprender qué papel juegan esas partes en el todo. Cada una de esas partes tiene pleno sentido en el sistema al que pertenece, y su modificación es mucho más relevante de lo que puede llegar a pensarse.

d) *Perspectivas de introducción de la selección discrecional de recursos en nuestro ordenamiento jurídico*

Convertir al Tribunal Supremo en un órgano simplemente creador de jurisprudencia en los casos que libremente escoja, le convertirá en un órgano al que nadie hará caso si paralelamente no se dispone la vinculación al precedente, sobre todo teniendo en cuenta que el número de recursos de que conozca descenderá drásticamente, de manera que los tribunales inferiores no temerán las anulaciones del Tribunal Supremo. Y, en cambio, si se dispone dicha vinculación, la noción de independencia de nuestros tribunales, no digo que desaparezca completamente, pero será muy diferente de cómo la hemos conocido hasta ahora, lo cual puede tener una relevancia, nuevamente, auténticamente constitucional, puesto que el Tribunal Supremo pasará a desempeñar, como decía, una función *quasi* legislativa.

Aunque juristas insignes⁷² hayan apuntado rasgos del *stare decisis* en nuestro Derecho, debe tenerse muy en cuenta que el mismo actualmente no existe en España⁷³. Y su introducción modificaría completamente la

⁷² De Otto, *Derecho*, cit. pp. 291-292. Xiol Ríos, Juan Antonio, *El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, 1986, pp. 34-37.

⁷³ Así viene a reconocerlo MOLINS GARCÍA-ATANCE, *La problemática*, cit.

estructura jurídica y de poder de España. El art. 12.3 LOPJ⁷⁴ dispone acertadamente que los órganos jurisdiccionales no pueden dictar "insinuaciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento", porque, como prevé el párrafo primero de ese mismo artículo 12, "los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial".

Además, ante el descenso de número de recursos a conocer, también debería menguar muy relevantemente el número de Magistrados del Tribunal Supremo. Fijémonos que la *House of Lords* tiene solamente 12 Magistrados. Y la *Supreme Court* de EE.UU. sólo posee 9.

No obstante todo lo anterior, se ha propuesto la introducción del "writ of certiorari" como mecanismo de admisión de recursos complementario a los ya existentes. En especial, en la casación social, se ha postulado que la Sala 4ª, aun cuando no concurra la contradicción que exige la ley, pueda entrar a conocer de un caso "si la relevancia del pleito lo justifica"⁷⁵.

La propuesta me parece bienintencionada, pero completamente alejada de la realidad de los supremos tribunales. Considerar la relevancia de un caso supone añadir uno o varios recursos más al trabajo anual del Tribunal, que no es que sea escaso precisamente, y además para dictar una sentencia que, si el caso es auténticamente relevante, supondrá una considerable carga de trabajo. Por añadidura, es muy dudoso que los Magistrados vayan a arriesgarse a abrir una nueva vía de admisión, ante la más que probable avalancha de recurrentes que, pudiendo prescindir de la contradicción (que no es tan sencilla de buscar pero sí relativamente fácil de descartar), tengan a disposición otro medio para que la Sala conozca de sus recursos; que su pleito es muy relevante.

Si se hubiera propuesto que fuera la cuestión jurídica planteada -y no el "pleito" - la que hubiera de ser relevante, se restringiría algo más

⁷⁴ En sentido similar, HERRERO PEREZAGUA, *La "recuperación" de la casación aragonesa (comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 1998)*, *Derecho Privado y Constitución*, 1998, p. 318.

⁷⁵ MOLINS GARCÍA-ATANCE, *La problemática*, cit.

la posibilidad de recurrir. Pero aunque fuera así, no es habitual que un tribunal que se preocupa, sobre todo, de eliminar entre el 80 y el 90 % de los recursos que le interponen, esté por la labor de analizar si la cuestión jurídica planteada es relevante. Y sencillamente porque el examen de si concurre la contradicción, en los términos en que lo ha ordenado la Sala 4^a, es tan estricto que es sencillo observar que "algo falta" para que las sentencias de contraste no tengan las identidades. En cambio, considerar que una cuestión jurídica es relevante, y en qué medida, es algo tremendamente opinable, y por tanto farragoso en cuanto a la deliberación en la Sala, por lo que, aunque creo que sería bueno que el Tribunal Supremo tomara de ese modo consciencia de la importancia de sus fallos, no parece que vaya a ser, salvo sorpresas, que siempre puede haberlas, el sistema que se imponga en el futuro, ni siquiera como mecanismo adicional.

Por último, encuentro tremendamente injusto que un Tribunal escoja los casos que le parecen interesantes, que es lo que acaba sucediendo en este sistema, aunque sea complementario. Y ello porque todas las injusticias son interesantes, y no solamente las que puedan servir para resolver futuros casos. Lo cual, por otra parte, resulta un tanto ilusorio cuando la sentencia que se dicte no sea vinculante, y además, paralelamente, la vía de acceso al Tribunal Supremo sea muy restringida. Tan restringida que los tribunales inferiores podrán discrepar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso abiertamente, sin un excesivo temor a que el Tribunal Supremo considere "interesantes" los temas debatidos en sus sentencias, persistiendo las vulneraciones del ordenamiento jurídico, que es del que todo el mundo parece haberse olvidado.

5. PROPUESTAS DE REFORMA. LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como principio, estimo que la solución eficaz de los problemas del Tribunal Supremo no puede basarse en una simple reforma (una más) de los sistemas de admisión, sino que las modificaciones que se operen deben ser estructurales. Ciertamente, podemos optar por hacer del Tribunal Supremo una *Supreme Court* anglosajona, pero con las consecuencias antes anunciadas en cuanto a la modificación de nuestro sistema jurídico

y reducción del número de Magistrados. No tendría demasiado sentido que el Tribunal Supremo se viera obligado a dictar el enorme número de sentencias que emite actualmente, si puede escoger los casos en los que las dicta. Y por ello, tampoco tendría razón de ser mantener su estructura actual.

a) *Propuesta de reforma, conservando la competencia casacional del Tribunal Supremo*

Lejos de entrar en modificaciones que provocaran cambios de incalculable calado en nuestro sistema jurídico, hace aproximadamente un año que formulé una propuesta⁷⁶ que suponía un cambio en la estructura orgánica del Tribunal Supremo, sin necesidad de modificaciones constitucionales, partiendo de un criterio que está en la mente de cualquier Magistrado de tribunal de casación, español o extranjero, con el que he tenido la oportunidad de contactar durante más de una década. Todos los Magistrados distinguen con facilidad los casos complejos de los casos sencillos. Personalmente calculaba en un 90 % el volumen de esos casos sencillos, observando la enorme cantidad de resoluciones que simplemente se limitan a repetir literalmente jurisprudencia anterior. Pero existen magistrados, de todos los órdenes y, sobre todo, de diversos países, que en privado me han manifestado que esa cifra supera el 95%. Lamento no poder ofrecer ni nombres ni fuentes bibliográficas en apoyo de lo que estoy diciendo, pero el lector comprenderá que no puedo hacerlo. Como comprenderá también que, con el debido siglo sobre las fuentes, como profesor me vea obligado a hacer público ese pensamiento, teniendo en cuenta que puede resolver muchos problemas.

Pues bien, mi propuesta consistía, y consiste, en utilizar ese criterio de la sencillez, de forma que de los casos sencillos se ocupara una Sala de apoyo de la Sala oficial ya existente actualmente, de manera que la Sala de apoyo, con luz y taquígrafos, realizara una labor similar a la que todo el mundo sabemos que actualmente desempeñan los Gabinetes

⁷⁶ NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. pp. 61 y ss.

técnicos⁷⁷. La Sala oficial se ocuparía de ese modo solamente de los casos complejos, que además suelen ser los más divulgados después. La Sala de apoyo estaría formada por un número variable –en función del volumen de asuntos– de Magistrados, con un rango lógicamente inferior a los Magistrados del Tribunal Supremo, pero superior al de los de las Audiencias. Reduciéndose el número de asuntos pendientes ante la Sala oficial podría disminuirse paulatinamente, en su caso, el número de Magistrados del Tribunal Supremo que formarían parte de dicha Sala, lo cual haría el sistema más viable económicamente.

La Sala de apoyo, que por supuesto trabajaría por secciones, para evitar desviaciones en la jurisprudencia habría de estar vinculada al precedente de la Sala oficial, incurriendo en responsabilidad si decide romper el precedente, como hemos visto que sucede en los sistemas anglosajones. De esa forma, se daría rápida respuesta al recurrente, estimando, y no necesariamente desestimando, el recurso, según procediera, aplicando simplemente la jurisprudencia. Y a la vez, se habría conseguido un filtro eficaz para descongestionar a la Sala oficial, a la que se podrían remitir únicamente los recursos que se consideraran más complejos, o en los que, en opinión de la Sala de apoyo, hubiera de ser modificada la jurisprudencia. Por supuesto, la Sala oficial tendría la potestad de avocarse asuntos de la Sala de apoyo, así como devolver a dicha Sala asuntos que por ella le fueran indebidamente remitidos. Por otra parte, no existirían problemas en cuanto a la independencia de la Sala de apoyo, puesto que debe tenerse en cuenta que, tal y como la concebí, no es más que eso, un órgano de apoyo a la Sala oficial, una especie de *longa manus* de la misma.

Honestamente, aunque existen algunas personas que han encontrado mi propuesta acertada, original y sobre todo viable, debo reconocer que

⁷⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, cit. p. 91: “El enorme volumen de trabajo que tiene que soportar el Tribunal y el incesante incremento de los recursos aconsejan, para que siga siendo operativo, la colaboración de los letrados la hora de buscar antecedentes, documentación y, también, para elaborar proyectos de resoluciones y estudiar aquellos asuntos repetitivos o seriados sobre los que el Tribunal ya se ha pronunciado, así como en la preparación de los autos de inadmisión”. El subrayado es mío.

la acogida no ha suscitado el mismo entusiasmo en otros profesionales, casi tantos como los que la encuentran admisible. Creo que este resultado controvertido se debe quizás a un déficit en mi explicación sobre dicha propuesta, así como a su completa novedad. Se ha criticado⁷⁸ mi propuesta desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, acudiendo a las estadísticas del CGPJ –que, por cierto, nunca pretendí seguir y ahora explicaré por qué⁷⁹– entendiendo que el sistema sería impracticable.

No me parece jurídicamente adecuado criticar una propuesta simplemente con datos numéricos, cuando lo único que se pretendía era realizar un cálculo *grosso modo*, presentando una propuesta homologable para cualquier tribunal de casación. Voluntariamente no quise conectarme con esas estadísticas, simplemente porque varían de año en año y de orden jurisdiccional a orden jurisdiccional. Por constantes que puedan parecer en periodos incluso prolongados, son tan imprevisibles como la marcha futura de la economía nacional⁸⁰. Me propuse realizar una propuesta de reforma estable, que no dependiera de los vaivenes de las estadísticas, abandonando de una vez la odiosa costumbre a la que el legislador nos tiene acostumbrados desde hace tiempo, resolviendo (es un decir) los problemas sin doctrina, sin jurisprudencia, y hasta sin leyes. Simplemente con estadísticas, recortando de aquí y de allá –los ejemplos son suficientemente conocidos y no hay por qué reproducirlos–. Y por ello realicé cálculos aproximados que ahora podría defender incluso

⁷⁸ MOLINS GARCÍA-ATANCE, *La problemática*, cit.

⁷⁹ NIEVA FENOLL, *La casación en materia social*, cit. p. 59, nota 101.

⁸⁰ Tomando un dato sencillo, es difícil explicar, por ejemplo, por qué en 1994 la cifra de asuntos ingresados en la jurisdicción civil fue de 992.089, en 2000 de 774.170, y sin embargo en 2003 asciende hasta 1.138.744. En la penal, sin embargo, el ascenso es constante desde 1994 (3.719.061) a 2003 (5.600.649). Pero creo que nadie en 1994 pudo imaginar que en 10 años la cifra de asuntos ingresados subiría en casi dos millones. En la jurisdicción laboral, sin embargo, se pasa de 328.225 asuntos ingresados en 1994, a 294.253 en 1999, y de ahí a 380.273. ¿Por qué? Desde luego, todas esas preguntas tienen explicaciones, en las que no puedo entrar ahora, pero como en economía se trata casi siempre de explicaciones *a posteriori*. Deben consultarse las estadísticas, desde luego, pero no puede imaginarse un posible futuro basándose solamente en ellas.

numéricamente. Pero creo que no merece la pena por ser simplemente eso, cálculos aproximados.

Entiendo que una de las principales críticas realizadas a mi propuesta ha estribado en la creencia de que estaba planteada sin pensar en ningún sistema de admisión, es decir, en la simple derogación del sistema de las identidades vigente en la Sala 4ª y, además, en la idea de que todos los litigantes vencidos en los Tribunales Superiores de Justicia acudirán al Tribunal Supremo, sin más, lo que es obvio que no es así, como cabe comprobar acudiendo a las estadísticas del resto de órdenes jurisdiccionales. De lo contrario no se entendería cómo de unas 100.000 sentencias de apelación en lo civil, el Tribunal Supremo sólo registra unos 3.000 asuntos⁸¹. Y también sería inconcebible que en lo penal, de unas 10.000 sentencias dictadas en única instancia en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo registre aproximadamente la mitad de recursos de casación. E insisto que los cálculos están realizados *grasso modo*, para facilitar la explicación, porque me parece innecesario acudir a la exactitud anual de una estadística a la que cualquiera puede acceder con facilidad a través de la página-web del CGPJ, o incluso del Instituto Nacional de Estadística, si la quiere perfeccionar.

No creo que la solución estirbe en reconducir un número exagerado de sentencias de apelación a un número mucho más reducido de sentencias de casación, siguiendo la tendencia legislativa de consulta estadística de los últimos años, a la que me acabo de referir, y que a la vista está que no ha solucionado problema alguno. Tampoco creo que la solución esté en mantener un filtro de admisión similar al existente en la Sala 4ª, que tantísima insatisfacción ha provocado, ni siquiera ampliándolo en el sentido que ya indiqué en el epígrafe anterior, introduciendo en parte el sistema anglosajón, esperando que el Tribunal Supremo decidiera conocer de oficio de algunos asuntos en los que fuera necesario un pronunciamiento clarificador. Si algún día el exagerado volumen de trabajo

⁸¹ Y ello incluso con el nuevo y restrictivo régimen de admisión. En el año 2000, por ejemplo, antes de la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se registró un pico de 4.484 asuntos registrados, cifra notoriamente inferior también a las sentencias de segunda instancia que hubieran sido recurribles en casación con la antigua LEC.

que padecen las Salas deja de pesar sobre ellas, probablemente podría ponerse en práctica esa idea. Pero al día de hoy parece difícil que las Salas decidan aumentar aún más su carga de asuntos.

Dejé en un segundo plano esa cuestión de la admisión por una razón muy concreta: consideré que si el recurrente iba a encontrarse con un seguimiento férreo del precedente por parte de la Sala de apoyo, era bastante probable que se abstuviera de plantear un recurso de forma infundada, ante las nulas posibilidades de éxito, sobre todo teniendo en cuenta lo que cuesta económicamente la postulación en un recurso de casación. Quizás esa renuncia al recurso no llegaría al principio del funcionamiento del sistema, pero sí con los años, si la actitud de la Sala de apoyo se mantuviera constante. Además, con ese sistema, dejando libertad a los Tribunales Superiores de Justicia, era esperable también que dichos tribunales se apoyaran mucho más en el precedente ante la postura constante de la Sala de apoyo y, sobre todo, ante la certeza de que dicha Sala podía revisar sus resoluciones (las de los Tribunales Superiores de Justicia), lo que también había de desincentivar la interposición de muchos recursos en los casos en que el Tribunal Superior de Justicia siguiera el precedente. Todo ello lo di por obvio, y me excuso por no haberlo expuesto con más claridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, no era de esperar que, derogando el sistema de las identidades, el número de recursos fuera a aumentar exponencialmente. Por ello consideré que si un Magistrado podía hacerse cargo de la ponencia de unos 200 asuntos de resolución sencilla, la Sala de apoyo sólo precisaría 20 Magistrados para emitir 4.000 sentencias que, no se olvide, pertenecerían a ese 90 ó 95 % de casos de sencilla resolución. Y lo dije aún pensando internamente que si lo único que había que hacer en esos casos era seguir el precedente, los Magistrados de la Sala de apoyo muy probablemente podrían hacerse cargo de más ponencias, quizás del doble, lo que elevaría la cifra a 8.000 asuntos resueltos, cifra a la que aún no ha llegado la Sala 4ª ni en el número de asuntos ingresados. Incluso planteé una simplificación en la redacción habitual de las sentencias, para que el precedente se expusiera de forma más clara, evitando las farragosas letanías de citas de sentencias a las que estamos acostumbrados, aún más desde que existen las bases de datos informáticas.

En estas condiciones, me pareció que el sistema propuesto era homologable en cualquier orden jurisdiccional⁸². Además, tenía la virtud de reducir muy sustancialmente los recursos de los que hubiera de hacerse cargo la Sala oficial, lo que también presentaba una gran ventaja. Y por último, el hecho de tener una Sala de apoyo permitía surtir, en el futuro y en su caso, a la Sala oficial de Magistrados de enorme experiencia provenientes de dicha Sala de apoyo, eliminando los mecanismos de acceso que existen actualmente, y que a muy pocos agradan, con frecuencia ni siquiera a los propios Magistrados del Tribunal Supremo.

Hasta aquí mi propuesta, que presenté de forma algo más detallada en algunos puntos en el trabajo citado, que mantengo y cuya repetición excuso remitiéndome a dicho estudio.

b) *Propuesta de reforma atribuyendo la casación a los Tribunales Superiores de Justicia.*

Por si algún día se acabara materializando finalmente esa atribución competencial de la casación a los Tribunales Superiores de Justicia⁸³ que apuntan los Anteproyectos de julio de 2005, realizaré la siguiente propuesta, que sólo tiene sentido en dicha situación.

Si los Tribunales Superiores de Justicia asumieran la casación, como proponía el Libro blanco de 1997, excluyendo de la misma al Tribunal Supremo aunque quedando éste por encima en materia de Derecho estatal (cosa que actualmente no sucede, por cierto), debe determinarse el recurso que cabe atribuirle al Tribunal Supremo. En este sentido, debe tenerse presente que si ya existieron dos instancias más una casación que espero y deseo que no fuera tan restrictiva como la que hemos conocido hasta ahora, el papel del Tribunal Supremo puede cambiar

⁸² Incluso en el orden administrativo, en el que la cantidad de recursos de casación ingresados cada año es espantosa, pero que lo sería menos si existiera esa sala de apoyo que descongestionara a la Sala oficial, reduciendo el excesivo número de magistrados con que cuenta esa Sala.

⁸³ Insisto que no es éste el camino marcado por el *Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial* de 2005, pero en vía parlamentaria podría adoptar el texto este cariz.

completamente sin grandes reparos. Reitero, una vez más, que ésta no me parece la mejor solución, como ya indiqué, pero trato de que tenga una salida digna un hecho que a algunos les parece consumado y que quizás se consume en el futuro: la atribución de la casación en exclusiva a los Tribunales Superiores de Justicia, al menos en el ámbito civil.

En este sentido, si deseamos que el Tribunal Supremo siga teniendo un cierto peso, reduciendo en mucho el número de sentencias que dicte, deben ganar autoridad dichas resoluciones. Y la única forma de que ganen autoridad es haciéndolas, o bien vinculantes (lo que, a mi juicio, obligaría a una reforma constitucional, como ya indiqué), o bien acercando la labor del Tribunal Supremo a su auténtico origen, limitando su cognición a la infracción del Derecho estatal.

De ese modo, el Tribunal Supremo habrá de conocer de un recurso cuyo contenido sería el análisis de las infracciones de Derecho estatal, y cuya denominación es ciertamente compleja, ya que es inoportuno repetir la denominación "casación", para no confundirla con la de los Tribunales Superiores de Justicia. Históricamente existen algunas alternativas, como la de "recurso de duplicación", que podría ser adecuada si, finalmente, en el orden laboral el recurso del mismo nombre pasara a denominarse de "apelación"⁸⁴, o, si se quiere, fuera sustituido por este recurso⁸⁵. Quizás la denominación "recurso supremo" sería la más expresiva y acorde con el órgano jurisdiccional que habría de conocer del citado recurso.

Y bueno sería que, con esta ocasión, el Tribunal Supremo asumiera en buena medida los recursos de amparo del Tribunal Constitucional, conociendo de ese modo de las infracciones de todo el Derecho estatal, Constitución incluida. Para ello bastaría, no con anular la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo, puesto que está establecida constitucionalmente, sino con restringir el régimen de admisión, de manera que el Tribunal Constitucional sólo interviniera en casos especialmente graves, incluso, si se quiere, otorgándole la se-

⁸⁴ Vid. NIEVA FENOLLET, *La casación en materia social*, cit. p. 42, nota 38.

⁸⁵ Vid. las interesantísimas reflexiones sobre este punto de MOJINS GARCIA-ATANCE, Juan, *El recurso de duplicación. La revisión de los hechos probados*, pp. 106 y ss., y especialmente pp. 125 y ss.

lección discrecional de recursos, aunque para que sus fallos tuvieran la debida autoridad, debería establecerse claramente el carácter vinculante del precedente, con las consecuencias en caso de incumplimiento, más o menos matizables, que existen en Derecho anglosajón, resultando a estos efectos manifiestamente insuficiente el tenor del actual art. 5.1 LOPJ.

Teniendo en cuenta que el asunto habrá pasado ya por el Tribunal Supremo (y con anterioridad por otros tres órganos jurisdiccionales), sería de esperar que fueran muy pocos, prácticamente testimoniales, los casos que llegarán al Tribunal Constitucional. Tan escasas como son actualmente las estimaciones de recursos de amparo. Con ello se eliminarían en gran medida las disputas entre ambos Tribunales, sin tener que reformar la Constitución y sin sustraerle al Tribunal Constitucional la competencia para conocer del recurso de amparo, sustracción que podría llegar a ser impopular.

De ese modo, una vez establecida la razón por la que recurrir al Tribunal Supremo, la "infracción de Derecho estatal", hay que establecer un mecanismo para restringir el acceso de recursos que, como indiqué, no habría de presentar especiales problemas teniendo en cuenta que el recurrente ya gozó de dos instancias y una casación. Los supuestos de admisión habrían de ser los siguientes:

1. Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
2. Ausencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la concreta cuestión.

Puede sorprender que, aparentemente, centre el examen del Tribunal Supremo en la jurisprudencia, pero no es así en realidad. Lo que buscamos es una infracción del ordenamiento jurídico positivo, no se olvide. Si el Tribunal Supremo tiene su propia interpretación de esa parcela del ordenamiento jurídico, cuando el tribunal inferior no la respeta, existirá infracción de Derecho estatal. Y si no la tiene, deberá pronunciarse creando la necesaria jurisprudencia sobre el precepto concreto, a fin de protegerlo de las vulneraciones de los tribunales inferiores.

De ese modo, se crea un sistema en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo recupera su autoridad, por ser la única que habrá que consultar al acudir al mismo, lo que hace esperable que los Tribunales Superiores de Justicia la tengan muy en cuenta para evitar revocaciones.

Se deja al margen el hecho de que exista o no jurisprudencia contradictoria de los Tribunales Superiores de Justicia, puesto que es perfectamente posible que de esa jurisprudencia contradictoria no se derive infracción legal alguna, sino que ambas interpretaciones sean aceptables en los casos concretos en que sean emitidas. Además, se elimina el tedioso estudio de las identidades, que para nada útil sirve a los efectos de la función nomofiláctica.

Las dos causas, además, son bastante sencillas de apreciar si se está al día de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es de esperar en los Magistrados de un Tribunal Supremo que cumpla las funciones que se le quieren encomendar. Por ello, la admisión o inadmisión, salvo en el caso de normas jurídicas de reciente aprobación, podría ser relativamente rápida, *prima facie* incluso, justificando brevemente la existencia de jurisprudencia y su no vulneración, en su caso.

Esta propuesta mantendría la composición y estructura actual del Tribunal Supremo, aunque con el matiz de que si se reduce tan relevantemente el número de recursos, también habría que reducir el de Magistrados. Porque entiendo que si el litigante ha gozado ya de tres instancias y una casación, se reducirán los recursos que se planteen ante el Tribunal Supremo, sobre todo si los Tribunales Superiores de Justicia van siguiendo la jurisprudencia de dicho Tribunal, y además éste mantiene una coherencia en su jurisprudencia, como sería de esperar con el régimen de admisión descrito.