



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL 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, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

## **I**

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 22 de julio de 2005 tuvo entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el texto del 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, al que se acompaña Informe sobre necesidad y oportunidad, Memoria económica e Informe sobre Impacto de género, a los efectos de la emisión del preceptivo informe.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión del día 27 de julio de 2005, designó Ponente al Excmo. Señor D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, y en su reunión de fecha 3 de octubre, aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

## II

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

La norma que expresamente atribuye al Consejo General del Poder Judicial el ejercicio de la función consultiva es el 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en concreto su apartado e) se refiere a la facultad de informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto,



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales.

Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

En consecuencia con lo anterior, en atención al objeto del Anteproyecto que se somete a informe, éste se habrá de referir a todo el contenido del mismo, que entra dentro del ámbito propio de las materias



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que han de ser informadas por el Consejo General del Poder Judicial, incluso desde la perspectiva del mencionado ámbito estricto.

### III

#### **ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

El Anteproyecto de Ley que se somete a informe contiene una exposición de motivos, tres artículos, cinco disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

En la exposición de motivos, después de invocar el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, se afirma que no es adecuado atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de recursos de casación en materia de derecho estatal con posterior sometimiento a posible impugnación ante el Tribunal Supremo, lo que demoraría la resolución de los recursos. Se pretende, mediante el instrumento procesal que proporciona el recurso de casación, la redefinición de atribuciones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia y la mejora de la Administración de Justicia.

Se anuncia que la reforma cambia la naturaleza y configuración del recurso de casación, que pasará a ser, esencialmente, un recurso para la unificación de doctrina, limitado a conocer de las infracciones que se hayan producido en la aplicación del ordenamiento jurídico estatal con motivo de pronunciamientos discrepantes de los órganos judiciales inferiores, presentando diversa intensidad esa función unificadora según las peculiaridades de cada orden jurisdiccional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En el orden penal, según se explica en la exposición de motivos, la reforma se orienta a culminar la generalización de la doble instancia penal, como exige el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, ciñendo su ámbito al que es propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora. El recurso de apelación será el cauce ordinario de impugnación contra resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siendo los Tribunales de apelación la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente. A la Sala Segunda del Tribunal Supremo le corresponderá unificar los pronunciamientos contrarios a su jurisprudencia, o los pronunciamientos entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Provinciales, y fijará la jurisprudencia sobre normas nuevas, sin que los hechos puedan ser modificados en casación. Asimismo, se modifica el procedimiento de admisión del recurso de casación, intensificando el control de la Sala de instancia sobre los requisitos a cumplir en la preparación.

En el orden contencioso administrativo, se reserva al Tribunal Supremo la unificación de doctrina en relación con las normas estatales y a los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la interpretación y aplicación del ordenamiento autonómico. En el nuevo sistema de casación se distingue entre la casación contra resoluciones dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y la casación contra las emanadas de la misma Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, así, mientras en el primer caso la reforma se construye sobre el interés casacional -integrado, entre otras, por la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Supremo- como uno de los presupuestos de recurribilidad, en el segundo caso la función unificadora se manifiesta en toda su extensión. Igualmente, se atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de los recursos que se interpongan contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que hayan declarado nula o conforme a Derecho una disposición general emanada de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, únicamente cuando se trate de depurar la infracción de normas estatales o comunitarias europeas.

En el orden civil, el recurso de casación tiene como presupuesto el interés casacional, de manera que el Tribunal Supremo unificará las resoluciones contrarias a la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, a la doctrina del Tribunal Constitucional, o los distintos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, además de fijar jurisprudencia sobre normas nuevas; la cuantía deja de ser un criterio delimitador del ámbito objetivo del recurso; se excluyen de la casación las sentencias que no produzcan efecto de cosa juzgada material; se suprime el recurso extraordinario por infracción procesal, pudiendo ser alegadas en casación la infracción de normas sustantivas y procesales, si bien en el caso de éstas últimas, se exige que se hayan originado en la segunda instancia, pues se entiende que las producidas en primera instancia han de ser depuradas por el Tribunal de apelación. En consonancia con la ampliación de la competencia de la Sala de lo Civil y Penal, que en el orden civil se extiende a todo el Derecho propio de las Comunidades Autónomas, aún cuando la sentencia se haya dictado por un órgano judicial con sede en otra Comunidad Autónoma, la Sala Primera del Tribunal Supremo no conocerá de los recursos fundados en la infracción de normas propias de las Comunidades autónomas. Asimismo, se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la revisión contra sentencias dictadas por órganos judiciales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

radicados en la Comunidad Autónoma correspondiente. Se introducen modificaciones en la interposición y tramitación del recurso. Y se crea un recurso de casación en interés de la ley, que puede interponer el Ministerio Fiscal, con finalidad de formar jurisprudencia sobre las normas aplicables en el proceso.

El Anteproyecto regula también las competencias de los futuros Juzgados de Proximidad, cuya función alcanza a los ordenes civil y penal, conociendo en materia civil de los juicios de desahucio por falta de pago de la renta, de los juicios verbales y del proceso monitorio cuando la cuantía no exceda de tres mil euros, y se prevé la futura atribución de funciones en materia de jurisdicción voluntaria. En materia penal se les atribuye el conocimiento de los juicios de faltas, salvo las relativas a la violencia sobre al mujer.

El artículo primero, en el que se recoge la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se divide en cuarenta y ocho puntos, referidos fundamentalmente a las competencias del juez de proximidad, su recusación y los recursos contra las resoluciones que dicten, al recurso de apelación y al recurso de casación.

El artículo segundo se divide en dieciséis puntos y contiene la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, reforma que se concreta a la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia y al recurso de casación.

El artículo tercero, que se divide en veintiséis puntos recoge las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afectan, en esencia, a la supresión de las referencias al recurso extraordinario por infracción



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procesal, dejándose sin contenido los artículos 466 a 476 reguladores de dicho recurso, a las competencias de los Juzgados de Proximidad, al reparto de asuntos entre estos Juzgados, a la recusación de los jueces de proximidad, al auxilio judicial solicitado por dichos jueces, al recurso de apelación, al recurso de casación -que pasa a regularse en los capítulos IV, V y VI del Título IV del Libro II- distinguiendo los recursos de casación de los que conocerá el Tribunal Supremo, los que serán competencia de los Tribunales Superiores de Justicia y el recurso en interés de ley.

La disposición transitoria primera dispone, en el orden penal, la aplicación de la nueva normativa del recurso de apelación a las resoluciones judiciales que dicten las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, así como por la Sección de primera instancia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en el caso de aforados, con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. El nuevo régimen de recurso de casación será de aplicación a las resoluciones judiciales que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor, así como a las sentencias que, siendo de fecha anterior a la entrada en vigor, no haya transcurrido el plazo establecido en la normativa precedente para preparar el recurso de casación cuando procediera. En este último caso, el plazo para la preparación del recurso de casación comenzará a contarse a partir de la entrada en vigor de la Ley.

La disposición transitoria segunda establece que en el orden contencioso administrativo el nuevo régimen de recursos será aplicable a las resoluciones judiciales que se dicten por las Salas de lo Contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la Audiencia Nacional con posterioridad a su entrada en vigor, y a las resoluciones de dichas Salas que, siendo de fecha anterior, no hubiera transcurrido el plazo establecido en la normativa precedente para preparar el recurso de casación cuando procediera, en cuyo caso el plazo comenzará a contarse a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

La disposición transitoria tercera establece la aplicación del nuevo régimen de recursos en el orden civil a las resoluciones judiciales que se dicten por las Audiencias Provinciales con posterioridad a su entrada en vigor.

La disposición transitoria cuarta establece que en tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de Proximidad, mantendrán su competencia los órganos judiciales que la tuvieran atribuida a la entrada en vigor de esta Ley, conociendo de los asuntos pendientes ante ellos hasta su definitiva conclusión.

La disposición transitoria quinta, para la Jurisdicción Militar, establece que en tanto se proceda a la adaptación de su normativa específica a las previsiones de esta Ley, en relación con la doble instancia penal, continuará siendo de aplicación la vigente regulación del recurso de casación.

La disposición final primera impone al Gobierno la remisión a las Cortes Generales, en el plazo de un año, de los proyectos de Ley necesarios para adaptar la jurisdicción militar a las previsiones contenidas en esta Ley en materia de doble instancia penal.

La disposición final segunda establece la entrada en vigor de la Ley al año de su publicación en el BOE.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

#### IV

### **CONSIDERACIONES SOBRE LA REDEFINICIÓN DE ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

#### **1.- De carácter general.**

Si bien el objeto del presente informe es el Anteproyecto de Ley por el que se modifican las leyes rituales penal, contencioso administrativa y civil, en materia de casación, doble instancia penal y Justicia de Proximidad, la estrecha y directa relación entre las modificaciones procesales en materia de casación y doble instancia penal, contenidas en dicho Anteproyecto, con las modificaciones de las atribuciones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, introducidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de organización de la Administración de Justicia, sometido también, de forma simultánea, a informe de este Consejo, hace aconsejable, para una mejor sistemática de las cuestiones a tratar, abordar en este informe de manera conjunta las cuestiones relativas a esa redefinición de atribuciones, desde ambas perspectivas, orgánica y procesal.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En la exposición de motivos del referido Anteproyecto de Ley Orgánica se afirma que el marco que se establece para la modificación de las leyes procesales, concretamente el referido al recurso de casación para la unificación de doctrina, tiene por objeto intensificar la función unificadora del Tribunal Supremo. Con tal finalidad se modifica el sistema de recursos, de manera que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, pueda cumplir con su función unificadora y los Tribunales Superiores de Justicia sean efectivamente la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Por otra parte, la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia se amplía al conocimiento de todo el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, con independencia de la sede del órgano judicial que haya conocido en la instancia, pues, por razón del domicilio de los litigantes, cabe la posibilidad de que cualquier órgano judicial del orden civil tenga que aplicar normas de Derecho civil propio de otra Comunidad Autónoma, y atribuye a dichas Salas la competencia para conocer de la revisión contra sentencias dictadas por los órganos judiciales sitos en la respectiva Comunidad Autónoma.

En el orden contencioso-administrativo, se regula, dentro de la Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sección competente para conocer del recurso de casación para unificación de doctrina fundado en normas emanadas de la Comunidad Autónoma.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En el orden penal, es de destacar la generalización de la segunda instancia, a fin de dar satisfacción a la exigencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cuyo fin se crean dos secciones -de primera instancia y de apelación- en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y, para garantizar la doble instancia penal de los aforados, se crea una Sala en los Tribunales Superiores de Justicia.

La situación preocupante de las distintas Salas del Tribunal Supremo, sobre las que pesa una ingente carga de trabajo, y la necesidad de reforma del recurso de casación viene siendo admitida con carácter general y puesta de manifiesto de forma reiterada desde hace tiempo. Así en el Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de fecha 8 de septiembre de 1.997, se hacía un análisis de la situación de cada una de las Salas y se sugerían diversas alternativas para su mejora, todas las cuales pasaban, de una forma u otra, por la reforma del recurso de casación. En este sentido, respecto a la Sala Primera, se llamaba la atención sobre la enorme pendencia de asuntos y sobre el hecho de que la gran mayoría de ellos eran recursos de casación, lo que hacía absolutamente imposible el cumplimiento de los plazos, se recordaba que la reforma del recurso de casación es una cuestión ampliamente reclamada, planteando la alternativa de limitar al máximo la casación o atribuir a otros órganos funciones hasta el momento encomendadas al Tribunal Supremo. Respecto a la Sala Segunda, se plasma la opinión unánime, recogida en las consultas efectuadas, favorable a restringir el ámbito del recurso de casación, reduciendo al Tribunal Supremo a su función genuina de unificación de doctrina, lo que supondría una reducción considerable de las causas o motivos por los que pueda acudir a la vía casacional y su complementación con la regulación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la doble instancia y la ampliación de competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. En lo que atañe a la Sala Tercera, que además de conocer de un importantísimo volumen de asuntos en casación conoce de numerosos asuntos en única instancia, se incidía sobre la necesidad de potenciar su función como órgano jurisdiccional encargado de unificar la doctrina de las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, se recomendaba limitar el acceso a la casación en función del “interés casacional” u otro concepto jurídico indeterminado similar, especialmente en lo que respecta a los recursos de cuantía indeterminada, y, sin embargo, abrir dicho recurso a cualquier materia cuyo interés justifique un pronunciamiento del Tribunal Supremo, prescindiendo del criterio meramente cuantitativo, y, por último, se planteaba la conveniencia de considerar la desaparición del recurso de casación en interés de ley, salvando su mantenimiento con carácter excepcional para los recursos en materia de personal, por los efectos perversos que para la Sala podría tener el acceso a la casación ordinaria de dicha materia.

En el Informe y Propuestas para la mejora de la Justicia, elaborado por el Tribunal Supremo y aprobados por su Sala de Gobierno el 23 de mayo de 2000, se reflexiona sobre la necesidad de redefinir las competencias del Tribunal Supremo, *“con la finalidad de que pueda desempeñar de manera eficaz las funciones que constitucionalmente le corresponden en orden a la creación de jurisprudencia y unificación de doctrina como medio de salvaguardar la unitaria interpretación del ordenamiento jurídico, instrumento indispensable para garantizar la efectividad de los principios de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, al tiempo que asegurar la adecuada armonización de los distintos ordenamientos que integran el ordenamiento jurídico*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*español y el respeto a los preceptos y principios constitucionales”.* Asimismo, como consecuencia de lo anterior, se considera la necesidad de redefinir las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo como punto fundamental de referencia las notas que constitucionalmente les caracterizan, que son culminar la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma y formar parte en plenitud de un poder del Estado único.

En el referido informe se destacan, como principios que han de presidir la redefinición de la atribución competencial a los órganos que culminan la organización judicial en los ámbitos estatal y autonómico, en primer lugar, el principio de unidad del Poder Judicial, que supone, por un lado, reconocer el carácter superior del Tribunal Supremo en todos los órdenes jurisdiccionales, excepto lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, en todo el territorio nacional, por otro lado, la necesidad de no identificar los Tribunales Superiores de Justicia con Tribunales Autonómicos. En segundo lugar, teniendo en cuenta la configuración del Estado como un Estado Autonómico, la creación de los Tribunales Superiores de Justicia responde a la voluntad constitucional de configurarlos como el grado máximo en la organización jurisdiccional en la Comunidad Autónoma, de tal manera que en ellos se agoten las distintas instancias y grados, sin más limitaciones competenciales que las que derivan de la normativa que integra el bloque constitucional y sin perjuicio de la condición de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que el artículo 123 de la Constitución otorga al Tribunal Supremo, en referencia a su función garantizadora de la unidad del orden jurídico, sin olvidar sus funciones protectoras de los derechos fundamentales, las de enjuiciamiento de los altos órganos institucionales y las de armonización de los distintos subsistemas que integran el Ordenamiento Jurídico propio del Estado Autonómico.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En lo que se refiere a la casación, la reforma vendría a dar satisfacción a uno de los compromisos asumidos por el Gobierno de la Nación y por los Partidos firmantes del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, consistente en afrontar las reformas necesarias para lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales. Para ello se pactó reformar el recurso de casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes reguladoras del proceso y atendiendo a la noción de interés casacional, y reformar el recurso de revisión para que el Tribunal Supremo conozca exclusivamente de los recursos de revisión contra sentencias firmes de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo.

## **2.- Comentarios al articulado.**

En el punto uno del artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Organización de la Administración de Justicia, se modifica el **artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, añadiendo a su apartado 1 el siguiente párrafo:

*“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”.*

Este precepto comporta un refuerzo del valor vinculante de la jurisprudencia para todos los órganos judiciales, cuya necesidad se señalaba en el precitado documento de Informe y Propuestas elaborado por el Tribunal Supremo y aprobado por su Sala de Gobierno, en el que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se reclamaba que la proclamación del valor vinculante de la jurisprudencia, en cuanto constituye la garantía fundamental de la unidad del ordenamiento jurídico, tuviera plasmación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con una fórmula similar a la contenida en el mismo artículo 5.1 de dicha Ley respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, la proclamación de esa vinculación de todos los Jueces y Tribunales a la interpretación uniforme y reiterada que de las leyes y reglamentos haya hecho el Tribunal Supremo puede resultar oportuna, en cuanto puede vincularse a la función constitucional que al Tribunal Supremo otorga el artículo 123 de la Constitución, al proclamarle *“órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”*.

Por otra parte, si bien el artículo 1.6 del Código Civil declara la función de la jurisprudencia de complementar el ordenamiento jurídico *“con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*, con ello no se ha resuelto de forma definitiva la cuestión doctrinal sobre el carácter de la jurisprudencia, concretamente sobre si constituye o no fuente del ordenamiento jurídico, situación que se vio agravada por la omisión en la Ley Orgánica del Poder Judicial de pronunciamiento sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia, aun cuando se trate de conceptos distintos.

A partir de la literalidad del citado precepto del Código Civil, la doctrina civil ha discutido si la jurisprudencia es fuente del ordenamiento jurídico, planteando la cuestión como un problema de fuerza creadora del ordenamiento jurídico, planteamiento que es rechazado por algún



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

autor, que razona que una cosa es vincular y quedar vinculado y otra distinta crear normas jurídicas.

El Tribunal Supremo ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre el valor de su propia doctrina jurisprudencial, girando desde antiguos pronunciamientos, en los que ha afirmado que la jurisprudencia es fuente del ordenamiento jurídico, a las sentencias más modernas (entre otras, SSTS 30/11/92; 20/01/98; 07/03/98), en las que si bien niega que la jurisprudencia sea fuente del ordenamiento jurídico, en cuanto que no crea normas en sentido propio, mantiene pronunciamientos ambiguos, como la afirmación de que *“...se limita a explicitar la voluntad legislativa”* (STS 06/03/92), *“...contiene desarrollos singularmente autorizados y dignos que con su reiteración adquieren cierta trascendencia normativa”* (STS 15/07/83). La expresión <<*trascendencia normativa*>> se repite en numerosas sentencias, sin resolver de manera clara el alcance práctico de la misma. Sí es clara y contundente en este sentido la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, que en una reclamación de responsabilidad patrimonial por error judicial estima la demanda y declara que el juzgado incurrió en error judicial al resolver el recurso sin tener en cuenta la doctrina fijada por el TS en un recurso de casación en interés de ley, concretamente en su fundamento cuarto se declara: *“el carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación realizada por la sentencia de esta Sala...”*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Partiendo de la acertada diferenciación, antes comentada, entre “vinculación” y “creación de normas jurídicas”, no parece, en cualquier caso, que la nueva redacción del artículo 5.1 implique la voluntad del prelegislador de otorgar a la jurisprudencia el carácter de fuente del Ordenamiento Jurídico -en el sentido de creadora de normas- sino que la norma hace referencia al aspecto de su valor vinculante. Sin embargo, tal como está redactado el precepto y a tenor de la inevitable evolución jurisprudencial, requerirá matizaciones, de forma que se eviten situaciones indeseables de desconocimiento de los pronunciamientos del Tribunal Supremo por parte de otros tribunales, pero sin entender ese deber de aplicar las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo como un vínculo indisoluble e inalterable con la doctrina jurisprudencial -vínculo que ni el propio Tribunal Supremo mantiene con su doctrina, pues ello impediría la evolución jurisprudencial- sino como el deber de los órganos inferiores de no separarse de forma libre, injustificada o arbitraria de la jurisprudencia, pero sin desconocer la posibilidad de que se razone y motive la existencia de circunstancias relevantes que hagan necesario separarse de la doctrina jurisprudencial. Lo contrario sería tanto como reconocer a la jurisprudencia la misma fuerza vinculante que a la Ley, pudiendo comprometer la independencia judicial, consagrada en el artículo 117 de la Constitución y proclamada en el artículo 1 de la LOPJ.

En su literalidad, este párrafo limita la fuerza vinculante sólo al caso en que el TS haya fijado doctrina respecto de las mismas leyes o reglamentos que esté aplicando un juez o tribunal; por lo tanto, no existirá esa fuerza vinculante:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

-Si el juez o tribunal aplica otra ley o reglamento distinto del que haya sido interpretado por el Tribunal Supremo, a pesar de que haya comunidad de institutos respecto de los que puede aplicarse una doctrina idéntica (vgr. legalidad, tipicidad, buena fe, consumación de los contratos, aceptación de herencia, concesión administrativa etc).

-Debido a que por las reglas de la casación el Tribunal Supremo queda como supremo intérprete sólo del Derecho estatal, no habrá vinculación cuando los jueces o tribunales interpreten normas autonómicas aunque regulen institutos comunes, ligados a la llamada teoría general del Derecho.

Por otra parte, es mejor sustituir la expresión “interpretación uniforme y reiterada” por “jurisprudencia” pues:

-El Anteproyecto parece que desea evitar la palabra “jurisprudencia” (artículo 1,6 del CC) como si la expresión y el concepto de jurisprudencia haya dejado de existir debido a que hay otros tribunales de los que emana doctrina legal (TC, TSJ, TJUE).

-La simple referencia a “jurisprudencia” de por sí lleva al concepto tradicional del artículo 1,6 del CC.

-En todo caso en la LEC se sigue empleado el término “jurisprudencia”.

Se modifica también el **punto 4 del mismo artículo 5**, para introducir el inciso “*en los términos que establezca la ley*” en la norma que atribuye al Tribunal Supremo la competencia para conocer del recurso de casación siempre que se fundamente en la infracción de precepto constitucional, cualesquiera que sean la materia, el derecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aplicable y el orden jurisdiccional. Inciso que se explica en función del nuevo diseño que de la casación se hace en el Anteproyecto por el que se modifican diversas leyes procesales, y que constituye el objeto esencial del presente informe, debiendo ponerse en relación con la modificación, entre otros, de los artículos 848 de la LECr, 86 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa y 478 y concordantes de la LEC.

Asimismo, se modifica el **artículo 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, creando el marco orgánico para la efectividad de la doble instancia penal en las causas contra aforados. Se prevé que en dichas causas la Sala Segunda del Tribunal Supremo estará formada por dos Secciones, de primera instancia y de apelación, la primera presidida por el Magistrado más antiguo y formada por los dos Magistrados que le sigan en antigüedad y por los dos más modernos, la Sección de apelación, que conocerá de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por la Sala de instancia, estará presidida por el Presidente de la Sala y formada por el resto de los Magistrados de la misma. La designación de instructor se hará entre los miembros de la Sala que no vayan a formar parte de la Sección de primera instancia, sin que el instructor pueda formar parte tampoco de la Sección de apelación.

Este precepto ha de ponerse en relación con la redacción del artículo 846 bis.2 contenida en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica, entre otras, la LECr, que será objeto de posterior comentario.

En el **artículo 71**, al proclamar que el Tribunal Superior de Justicia extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, se añade la salvedad de lo dispuesto en el **artículo 73.1 a)**,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que establece las competencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en materia civil, cuya redacción se modifica para hacer extensiva la competencia para conocer del recurso de casación a todas las resoluciones que dicten los órganos jurisdiccionales del orden civil con independencia del territorio donde tengan su sede, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de derecho civil, foral o especial, o derecho propio de la comunidad en la que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. La modificación, que como hemos dicho, se limita a suprimir la restricción que en el texto vigente se hace a las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales del orden civil “con sede en la comunidad autónoma”, parece oportuna por cuanto favorece la función unificadora de la casación en la interpretación y aplicación de las normas del derecho civil propio de la comunidad autónoma, evitando que las resoluciones que, por razones de vecindad civil de los litigantes o alguno de ellos, dicten órganos con sede fuera del territorio de la comunidad autónoma y en las que se aplique ese derecho civil, foral o especial, propio, queden excluidas del ámbito casacional atribuido a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente comunidad.

El **artículo 73.1 b)** se modifica también para dar una nueva configuración al actual recurso de revisión competencia de la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Civil, de los Tribunales Superiores de Justicia, en la redacción del Anteproyecto se sustituye la referencia a “recurso extraordinario de revisión” por “revisión” -lo que no plantea especial cuestión, pues será la Ley procesal la que establezca el diseño y naturaleza de la revisión-, y se amplía a las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil, con sede en la comunidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

autónoma, eliminando la vigente restricción a las sentencias dictadas en materia de derecho civil, foral o especial propio de la comunidad autónoma, siempre que el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto tal atribución.

Esta reforma está en línea con una de las propuestas de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales, elaboradas en el año 2000 en el seno del propio Tribunal, en la que se decía *“no hay razón que objetivamente justifique hoy la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de revisión, que podría atribuirse sin inconveniente alguno a las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia”*. Por otra parte, como se ha dicho anteriormente, en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, entre los principios, objetivos y procedimientos que han de conformar un nuevo modelo de Justicia, y sobre las acciones y los medios que es preciso impulsar para hacerlo realidad, se acordaba, respecto del Tribunal Supremo: *“Se modificará el recurso de revisión, de manera que el Tribunal Supremo conozca exclusivamente de los recursos de revisión contra sentencias firmes de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo”*.

No obstante, aun cuando la redefinición de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia está presidida por el criterio de adaptación de la Justicia al Estado de las Autonomías, compromiso que se asumió en el referido Pacto de Estado, adecuando el papel de los Tribunales Superiores de Justicia a su condición de órgano que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma, que predica el artículo 70 Ley Orgánica del Poder Judicial, parece cuestionable que la atribución de competencias a la Sala de lo Civil y Penal, tanto en materia de casación como de revisión,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se deje en último término al albur de lo que prescriban sobre tal cuestión los respectivos Estatutos de Autonomía, lo cual si bien no constituye una novedad en el Anteproyecto de Ley Orgánica sí adquiere mayor relevancia como consecuencia de la ampliación del ámbito de la revisión, ya comentada.

El artículo 149.1.6ª de la Constitución otorga al Estado competencia exclusiva sobre “...*legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”. Así pues la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado con la salvedad de las necesarias especialidades que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de cada Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional a través de diversas resoluciones ha sentado doctrina sobre el significado y alcance de las fórmulas constitucional y estatutaria de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación procesal, doctrina que se condensa en la STC 47/2004, de 25 de marzo, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial, y que ya fue analizada en el informe al Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de marzo de 2005. A la luz de dicha doctrina se destacan los siguientes criterios: en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 83/1986, de 26 de junio; 173/1998, de 23 de julio); en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recogida en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 83/1986, de 26 de junio; 121/1992, de 28 de septiembre; 127/1999, de 1 de julio), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio).

Dado que la atribución de la competencia jurisdiccional corresponde en exclusiva al legislador estatal (SSTC 121/1992; 114/1994; 91/1998; 173/1998) y que el primero de los criterios de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

doctrina constitucional antes analizada incidía en que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales, cabe ahora plantear la conveniencia de garantizar esa uniformidad y no mantener la subordinación de la atribución de competencias que prevé el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a que la establezcan los Estatutos de Autonomía. Se ha de tener en cuenta, además, que la necesidad de que el correspondiente Estatuto de Autonomía prevea la atribución de competencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia puede incidir negativamente en el logro de la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales entre las distintas Comunidades Autónomas con derecho civil propio y, en todo caso, condiciona el propio ámbito competencial del Tribunal Supremo.

El Anteproyecto de Ley Orgánica introduce un **artículo 74 bis** en el que atribuye el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina, fundado en normas emanadas de la Comunidad Autónoma, a una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia, la cual estará compuesta por el presidente de la Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas necesarios para completar un total de cinco miembros. Asimismo, se establece la posibilidad de que el presidente convoque el Pleno de la Sala y que, en función del número de asuntos, se cree una sección en la Sala para conocer de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, fundados en la infracción de normas emanadas de las Comunidades Autónomas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El vigente artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no es objeto de modificación, en sus números 5 y 6, atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina y del recurso de casación en interés de la ley, en los casos previstos en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Efectivamente, la Ley 29/1998, de 13 de julio, en sus artículos 99 y 101 establece los supuestos en los que caben dichos recursos, respectivamente, y el artículo 99.3, al que se remite el 101.3, regula la composición de la Sección de la Sala que ha de conocer de dichos recursos, de idéntica forma a la que se establece en el nuevo artículo 74 bis del Anteproyecto de Ley Orgánica, que introduce como novedad la facultad del Presidente de convocar Pleno de la Sala. Por otra parte, se prevé la posible creación de una Sección en la Sala para conocer de ambos recursos, cuando lo aconseje el número de asuntos.

Pese a que, como hemos dicho, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ya regula la composición del órgano que ha de conocer de los mencionados recursos de casación, regulación que era imprescindible ante el silencio de la Ley Orgánica del Poder Judicial al respecto, la introducción del nuevo precepto en dicha Ley Orgánica no es gratuita, pues, además de completar la regulación de la ley procesal, viene a otorgar a la norma el rango orgánico y la ubicación que le corresponde, en atención a su contenido, por cuanto el artículo 122.1 de la Constitución encomienda a la Ley Orgánica del Poder Judicial la determinación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. Por otra parte, la previsión de la posibilidad de crear una Sección permanente en la Sala para conocer de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la ley, fundados en la infracción de normas emanadas de la Comunidades Autónomas, resuelve una situación especialmente complicada para los Tribunales Superiores de Justicia integrados por más de una Sala de lo Contencioso-administrativo, para la que resulta insatisfactoria la previsión del vigente artículo 99.3.

Por último, para garantizar la segunda instancia penal de los aforados -que será objeto de posterior comentario- a la Sala prevista en el **artículo 77** se le atribuye el conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia, en los procesos penales, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Y la redacción del **artículo 82** se modifica únicamente en función a su adecuación a la existencia de nuevos órganos jurisdiccionales derivados de la proyectada Justicia de Proximidad y de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

## V

### **OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

#### **I.- Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

##### **1. Observaciones generales.**

Las reformas proyectadas introducen una sustancial modificación del actual sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que afecta fundamentalmente al recurso de apelación contra sentencias definitivas y al de casación, y en menor medida a los recursos contra determinadas resoluciones interlocutorias. Las finalidades principales que se pretenden, según se desprende de las respectivas Exposiciones de Motivos de ambos Anteproyectos, son, en primer lugar, la generalización de la doble instancia en el proceso penal por exigencias del art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966 y tras los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre esta materia en asuntos en los que ha sido parte el Estado español; y en segundo lugar, extraer del recurso de casación determinadas adherencias de carácter fáctico que han convertido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo en un tribunal de segunda instancia, lo que ha tenido como contrapunto para compensar lo anterior, la necesidad de reducir significativamente el ámbito del recurso de casación, limitado a infracciones penales de las que conocen en única instancia los tribunales colegiados y en segunda instancia en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Proceso por Jurado -sin perjuicio de otras infracciones que hayan accedido a la casación por conexión-, en detrimento de la función principal del Tribunal Supremo de sentar jurisprudencia en todo o en la mayor parte del Derecho Penal.

## A) LA REFORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

### a) Preliminares.

Para una mejor comprensión del diseño del nuevo sistema de recursos, sirva el siguiente esquema de la proyectada distribución funcional de competencias en el recurso de apelación contra sentencias dictadas en procesos por delito:

#### Tribunales de Primera Instancia

1º Juzgado de lo Penal.

2º Juzgado Central de lo Penal.

3º Audiencia Provincial.

4º Magistrado-Presidente del Tribunal

del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial.

#### Tribunales de Apelación

Audiencia Provincial.

Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal

Superior de Justicia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5º Sala de lo Penal de la Audiencia Audiencia Nacional.	Sala de Apelación de la Nacional.
6º Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia	Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 77 de la LOPJ.
7º Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.	Sección de apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Respecto al procedimiento, la reforma mantiene las cinco regulaciones actuales del recurso de apelación existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en procesos por delito, que dependen de la resolución recurrida y del tipo de procedimiento. Se trata de los recursos de apelación:

1º Frente a autos dictados por Juzgados en Procedimiento ordinario (arts. 216 y ss.).

2º Frente a autos dictados por Juzgados en Procedimiento abreviado (art. 766).

3º Frente a sentencias dictadas en primera instancia en Procedimiento abreviado (arts. 790 y ss.).

4º Frente a sentencias y autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, y autos dictados por Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolviendo sobre artículos de previo pronunciamiento [arts. 846 bis a) y ss.].



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5º Frente a sentencias dictadas por Juzgados en el Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803).

A esta situación se añade la regulación proyectada del recurso de apelación contra sentencias dictadas en Procedimiento ordinario, con remisión casi completa a lo previsto para este recurso contra sentencias dictadas en Procedimiento abreviado. Esta disparidad aconseja una regulación general del recurso, que distinga según el tipo de resolución recurrida (auto o sentencia), que se desarrolle en sede de Procedimiento ordinario y a la que en buena técnica se remita aquella apelación que precise alguna especialidad.

**b) La generalización de la doble instancia en el proceso penal.**

*a') Sobre su necesidad.*

Como es sabido, la **Constitución española** no exige que toda resolución jurisdiccional pueda ser susceptible de impugnación en vía ordinaria, sino que incluye el derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), según la interpretación que de este derecho ha realizado el Tribunal Constitucional. No obstante, se ha observado que la única excepción a esta regla general procede del art. 14.5 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, norma de derecho interno español (art. 96.1 de la CE) que a la vez ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 de la CE), conforme al cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Ahora bien, este derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena por un tribunal superior no tiene como correlato necesario la implantación de un recurso de apelación que abra la segunda instancia.

Sobre esta cuestión y como es sobradamente conocido, el **Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000** (Comunicación N° 701/1996, Gómez Vázquez c. España, decisión de 20 de julio 2000), cuyas *consideraciones sobre el fondo* se reafirman en Dictámenes posteriores (Comunicación N° 986/2001, Sineiro Fernández c. España, decisión de 7 de agosto de 2003; Comunicación N° 1007/2001, Semey c. España, decisión de 30 de julio de 2003; Comunicación N° 1101/2002, Alba Cabriada c. España, decisión de 1 de noviembre de 2004, y Comunicación N° 1104/2002, Martínez Fernández c. España, decisión de 29 de marzo de 2005), concluyó que la inexistencia en el recurso de casación de posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor sean revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto, por lo que al condenado le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, con violación del citado precepto. El Comité también manifestó que el Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

Ante estas consideraciones del citado Comité, reiteradamente ha declarado el **Tribunal Constitucional** (cfr. la Sentencia núm. 105/2003, de 2 de junio, que cita sus Sentencias núms. 70/2002, de 3 de abril, y 80/2003, de 28 de abril) que existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del citado Pacto Internacional, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Por su parte, la **Sala Segunda del Tribunal Supremo**, se ha manifestado de modo constante en este mismo sentido en los Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 13 de septiembre de 2000 y de 28 de septiembre de 2001, en el Auto de 14 de diciembre de 2001 y en distintas Sentencias, pudiendo citarse entre las más recientes la núm. 1487/2004, de 13 de diciembre.

No obstante, en respuesta a las Declaraciones del Comité de Derechos Humanos, el legislador español dio un primer paso en la implantación de forma generalizada de un sistema de doble instancia con la promulgación de la **Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, que introdujo un nuevo art. 64 bis y modificó el art. 73.3, creando en el primero la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase contra resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal, mientras que al segundo de los artículos se añadió a las competencias de la Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Penal, del Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones que dicten en primera instancia las Audiencias Provinciales.

*b') Sobre su configuración.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al enfoque dado por el legislador a los Dictámenes de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se añade la situación creada ante la nueva orientación jurisprudencial de nuestro **Tribunal Constitucional**, iniciada a partir de la **Sentencia del Pleno núm. 167/2002, de 18 de septiembre**, reiterada en numerosas Sentencias, siendo las más recientes las núms. 202, 203 y 208/2005, todas de 18 de julio. El Tribunal Constitucional considera que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. E, igualmente, la constatación de la anterior vulneración determina, también, la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamente la condena.

Como se ha indicado, para afrontar estos problemas, la citada Ley Orgánica 19/2003 creó órganos de apelación y se remitió en la disposición final segunda a los proyectos de ley que el Gobierno habría de remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año. En virtud de este mandato, la reforma objeto del presente informe completa el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

panorama orgánico y regula la materia procesal, siguiendo respecto a la segunda instancia el modelo de apelación limitada adoptado en la actual regulación del Procedimiento abreviado.

### **c) Segunda instancia y apelación limitada**

La segunda instancia o revisión de la primera instancia, si se quiere emplear una denominación más genérica que supere distinciones doctrinales entre "segunda instancia" y "apelación", constituye una nueva fase del proceso de declaración que se abre con ocasión de la interposición del recurso de apelación y se inicia tras su admisión, permitiendo un nuevo examen tanto de los hechos como del derecho por un tribunal distinto y superior (efecto devolutivo), tendente a dejar sin efecto la resolución judicial de primera instancia y a sustituirla por otra. Esta posibilidad de nuevo enjuiciamiento integral del objeto de la primera instancia, tanto de los hechos como del derecho, y dentro de éste, del sustantivo y del procesal, es lo que caracteriza al recurso de apelación que abre la segunda instancia y lo distingue de otros recursos ordinarios -como los de reforma, apelación y queja contra resoluciones interlocutorias- y del recurso extraordinario de casación.

Como es sabido, la naturaleza jurídica de la segunda instancia difiere en sus especies según la amplitud con que se configure su objeto procesal: como una nueva primera instancia (*novum iudicium*) o como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia (*revisio prioris instantiae*). A su vez, la revisión en los términos expresados admite dos modelos o sistemas atendiendo al ámbito material del recurso: apelación plena y apelación limitada, correspondientes respectivamente a los conceptos de *novum iudicium* y *revisio prioris instantiae*. La apelación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

plena supone un nuevo juicio en las mismas condiciones que el de primera instancia, salvo en lo relativo al órgano de enjuiciamiento, que se encuentra frente a la impugnación investido de las mismas facultades que el órgano de primer grado, con iguales plenos poderes tanto para la decisión como para la formulación del material de cognición. Por el contrario, en la apelación limitada no se está ante un nuevo juicio -una segunda instancia en sentido propio-, sino ante el control de lo decidido y resuelto en la primera instancia.

Como se ha apuntado, la apelación de nuestro proceso penal según está implantada en el Juicio de faltas y en el Procedimiento abreviado -no así en la *sui generis* apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado- sigue el modelo de apelación limitada con excepciones a la regla de preclusión, que a la vez son concesiones al modelo de apelación plena, al permitir tanto la práctica de nuevas pruebas de modo excepcional en supuestos tasados (*nova producta* y *nova reperta*), como la nueva valoración del material probatorio de la primera instancia, salvando la excepción relativa a las pruebas personales tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada.

La segunda instancia que diseña la reforma sigue las pautas del actual recurso de apelación en sede de Procedimiento abreviado, cuya tramitación permanece sustancialmente igual y se extiende al Procedimiento ordinario, con ciertas modificaciones que se verán más adelante en la parte dedicada al análisis del articulado. No obstante, merece ser tratado en este momento el modo en que se intenta salvar el escollo que para la nueva valoración de las pruebas personales por parte del tribunal de apelación ha supuesto la doctrina del Tribunal Constitucional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A fin de situar mejor el problema y con carácter previo al análisis de la respuesta al mismo que se propone en la reforma, conviene repasar las posibles soluciones que a esta cuestión se han propuesto, algunas de ellas compatibles entre sí:

**1ª** Establecer la **irrecurribilidad** de la sentencias absolutorias cuando el recurso de apelación se base en error de hecho cometido en la valoración de pruebas personales.

**2ª** Impedir con carácter general una segunda valoración de la prueba, limitándose el control en apelación a revisar las eventuales **infracciones del ordenamiento jurídico** que se hubieran cometido durante el procedimiento y la propia sentencia, así como la denuncia de violación de la presunción de inocencia en casos de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio.

**3ª** Limitar en la apelación los poderes del tribunal *ad quem*, de forma que siendo posible la revisión de la prueba en casos de **manifiesto y patente error de apreciación**, las facultades del tribunal de apelación se reduzcan a términos compatibles con las exigencias del principio de inmediación, excluyendo la nueva valoración de las pruebas personales o, en todo caso, limitar la revisión a constatar errores patentes de percepción sensorial padecidos por el juzgador *a quo*.

**4ª** Documentar a través de **medios de grabación y reproducción** la práctica de las pruebas personales, exigiendo una motivación rigurosa de su ponderación al órgano *a quo*, para posibilitar la nueva valoración por el tribunal *ad quem*, solución que topa con la extremada dificultad de explicar la valoración de las pruebas personales,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lo cual exigiría al juzgador una previa y complicada tarea de introspección a fin de conocer los componentes racionales e intuitivos que intervienen en la inmediación y que son premisa de sus conclusiones.

5ª Implantar un sistema mixto con la introducción de un *novum iudicium* circunscrito a la **repetición de las pruebas personales** cuya nueva valoración se repute imprescindible, a fin de colocar al órgano de apelación en pareja situación -no en la misma, pues las declaraciones prestadas y su percepción por el juzgador son irrepetibles, pero tampoco en una significativamente peor- que al de primera instancia en relación con los materiales que han de servir de base a su convencimiento.

Las tres primeras propuestas suponen que determinadas valoraciones fácticas del tribunal de primera instancia producto de la inmediación serían inatacables en apelación -salvo en supuestos extraordinarios de errores de percepción sensorial-, lo cual no supondría ninguna novedad en el terreno legal ante los "motivos" del recurso de apelación en el marco del Proceso por Jurado, ni tampoco en el terreno práctico, ante la tendencia de los tribunales de apelación a no cuestionar la valoración de las pruebas personales efectuada por los tribunales de instancia.

Pasando a la quinta posibilidad, dejando para el final la cuarta, han de advertirse los peligros de pérdida de pruebas y de merma del valor potencial del medio de prueba por el transcurso del tiempo, por lo que la repetición de las pruebas no va a suponer que su valoración sea más adecuada o mejorable, aún contado con la mayor experiencia del órgano de apelación. Además, no hay razones de índole epistemológica para pensar que el segundo enjuiciamiento fáctico pueda ser más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acertado cuando el tribunal *a quo* también es colegiado, por lo que carece de base en la realidad de las cosas afirmar que supone una garantía para el justiciable una revisión del juicio sobre los hechos por otro tribunal que está en peores condiciones para valorar las pruebas de naturaleza personal. El sentido que tienen los recursos devolutivos y la garantía que ello supone, se basa no en la mera revisión del caso que no se justifica por sí misma, sino en la confianza que inspira la reconsideración del asunto por un órgano superior cuyos miembros se supone son más doctos, gozando de mayor preparación y experiencia, y que por tal razón están en mejores condiciones para tomar la decisión correcta.

Finalmente, queda por analizar la cuarta posibilidad, que es la que se asume en la reforma, previendo el art. 790.3 proyectado que el recurrente que fundamente su apelación en el error en la apreciación de las pruebas de carácter personal vinculadas al principio de inmediación, podrá solicitar la reproducción ante el tribunal *ad quem* de la grabación de la práctica de la prueba practicada en primera instancia, disposición que ha de ponerse en relación con la del último párrafo del apdo. 1 art. 791, conforme al cual la celebración de vista será obligatoria siempre que, solicitada por alguna de las partes, se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta al condenado, siendo éste el único supuesto en que la celebración de vista es preceptiva.

**Esta fórmula, que aspira a no distorsionar el sistema de apelación limitada y a la vez a permitir la nueva valoración de las pruebas personales sin necesidad de que reproduzcan de forma**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**real en segunda instancia, no puede considerarse satisfactoria por presentar las siguientes objeciones:**

**1º Es claro que la visión y escucha de una grabación no proporciona al juzgador las mismas impresiones que la realidad objeto grabación, por lo que ambos tribunales participan de distinto grado de inmediación, en perjuicio del que tiene la última palabra. En palabras del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004:**

**«Ni siquiera la grabación videográfica de juicio de instancia, sería suficiente, porque son imágenes del pasado, que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente, con una disección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala, a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia».**

**2º En todo caso, la grabación no serviría para poner de manifiesto errores de valoración en la formación en conciencia de la íntima convicción por el tribunal, sino únicamente errores crasos y palmarios de percepción sensorial por parte del juzgador *a quo* respecto al resultado objetivo de la prueba practicada, errores por lo general inusuales y además insólitos tratándose de tribunales colegiados.**

**3º Aun exigiéndose al recurrente la imprescindible identificación del error y el punto exacto de la grabación donde pudiera ser localizado, se correría el peligro de que lo manifestado en el juicio oral pudiera ser objeto de tratamiento selectivo y**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**aislado para mostrar aparentes errores de percepción, sacando así de contexto pasajes de la prueba que son objeto de valoración conjunta por parte del tribunal de primera instancia.**

**4º Al ser preceptiva la celebración de vista únicamente en el caso de que el recurso se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o de agravación de la pena impuesta al condenado, se llega a la conclusión de que el condenado carece del mismo derecho a que se celebre vista en apelación.**

**Reconociendo que el régimen de celebración de vista que adopta la reforma responde cabalmente a la doctrina del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho referencia y que arranca de la STC 167/2002, sentada en casos de revocación en segunda instancia de sentencias absolutorias de primera instancia tras una nueva valoración de las pruebas personales sobre lo escrito en el acta del juicio, se observa que si lo que está en juego es el derecho a un proceso con todas las garantías, que es independiente del sentido del fallo y en el que se inserta la inmediación como una de las formas del juicio oral, la vista debía ser también obligada en casos de impugnación de sentencias condenatorias, pues el Tribunal Constitucional distingue en estos casos entre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías —del que es titular el reo con independencia del sentido del fallo— y la del derecho a la presunción de inocencia, produciéndose la de este último si los medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas en las que se fundamenta la condena del acusado absuelto en primera instancia.**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**La regulación proyectada abre la posibilidad legal, discriminatoria para los condenados, de que los tribunales de apelación no celebren vista en los casos de impugnación de sentencias condenatorias y que la falta de inmediación les impida proceder a una revisión de las pruebas personales practicadas en primera instancia.**

**5º Es de suponer que las partes harán uso de esta posibilidad que les brinda la ley, por lo que es previsible el colapso de los tribunales de segunda instancia si han de dedicar a cada recurso de apelación un tiempo no muy inferior al empleado por los tribunales de primera instancia, ya que la mayor parte del tiempo invertido en los juicios orales que se consume en la práctica de pruebas personales. Este riesgo sólo se evitaría aumentando el número de tribunales de apelación aproximándolo al de tribunales de primera instancia.**

A la vista de lo anterior, las alternativas pueden resumirse en las siguientes:

1ª Suprimir el recurso de apelación en caso de sentencia absolutoria, máxime si el tribunal *a quo* es colegiado, superándose el problema que ha dado lugar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión. En cuanto a las sentencias condenatorias, sólo serían revisables los errores de percepción sensorial y no de valoración si se trata de pruebas personales sujetas a inmediación, mientras que se admitiría la revisión de los errores de valoración en el resto de las pruebas.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2ª Admitir la revisión tanto de las sentencias absolutorias como de las condenatorias, con a su vez dos posibilidades:

a) Que sólo en las sentencias absolutorias el apelante pueda postular una nueva y total valoración conjunta de las pruebas personales, pero no así el condenado en las sentencias condenatorias, limitando en éstas la revisión a errores precisos de percepción sensorial. Pero en tal caso, se colocaría al condenado en posición desigual respecto a los acusados absueltos en primera instancia.

b) Que los recursos de apelación frente sentencias absolutorias y condenatorias reciban el mismo tratamiento, extendiendo la impugnación en unas y otras al error valorativo respecto a las pruebas en general, es decir, a la formación de la convicción subjetiva del tribunal *a quo* respecto a la totalidad de la prueba practicada. Esto, teniendo en cuenta el número de sentencias que son recurridas por los condenados por disenso con la valoración de las pruebas, conduciría a una situación de colapso de los tribunales de apelación, situación que sólo se evitaría si, en tal caso, aumentara el número de los órganos de segunda instancia para que pudieran dar respuesta en un plazo razonable a los recursos de apelación, teniendo en cuenta el tiempo que habrían de dedicar a la visión y audición de las grabaciones de las pruebas practicadas en los juicios orales celebrados en primera instancia.

En conclusión, o se incorporan al sistema las sentencias condenatorias, lo que produciría una situación de colapso en la segunda instancia, o no se les aplica el mismo régimen que a las sentencias absolutorias, lo que lleva a la desigualdad. En esta tesitura, la solución



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

más airosa pasa porque las sentencias absolutorias por motivos probatorios sean irrecurribles.

**d) En particular, la introducción de la segunda instancia en las causas enjuiciadas en primera instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**

Aparte de los problemas que se han señalado respecto a la revisión del juicio de hecho emitido en primera instancia por un tribunal colegiado, que son compartidos en el supuesto del recurso de apelación introducido contra sentencias dictadas en causas de aforados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la novedad que se pretende ofrece los siguientes problemas derivados de la naturaleza jurídica de este Tribunal:

**1º** No debe considerarse imprescindible crear un recurso de apelación cuando la sentencia ha sido dictada por el Tribunal Supremo, situado en la cúspide del orden jurisdiccional penal (ex art. 123 de la CE), porque, en pura lógica jurídica y en abstracto, el pronunciamiento que dicte en única instancia no es perfectible.

**2º** Esta excepcional posición que ocupan Tribunales como el Tribunal Supremo, ha sido considerada ya por el Protocolo Adicional, número 7, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1984, relativo a *Nuevas medidas tendentes a asegurar la garantía colectiva de determinados derechos y libertades*, respecto al cual el Estado Español no ha depositado hasta la fecha el instrumento de ratificación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Pues bien, tras establecer en el art. 2.1 que «[T]oda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o de condena sea revisada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley», en el punto 2 del mismo artículo se matiza que **«[E]ste derecho podrá ser objeto de excepciones (...) cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional (...)»**.

3º El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración, en relación con el fuero de Diputados y Senadores, que

«Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria», con otras palabras, haber «sido juzgado por el más alto Tribunal de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia» (S núm. 51/1985, de 10 de abril).

Y en relación con el art. 2.2 del citado Protocolo, las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 64 y 66/2001, ambas de 17 de marzo, declararon que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«si bien la literalidad del art. 71.3 CE no impone el conocimiento de las causas penales contra Diputados y Senadores en única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial. Ponderación que, como también acabamos de recordar, no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal Superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH)».

**4º** Es contrario a la naturaleza de la segunda instancia que los órganos *a quo* y *ad quem* estén al mismo nivel jerárquico, siendo anómalo que un mismo órgano se constituya *ad casum*, aunque conforme a criterios preestablecidos legalmente, en secciones funcionalmente subordinadas. La segunda instancia es, por definición, una nueva fase del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior.

La posibilidad apuntada por algún autor de atribuir el conocimiento de esta apelación la Sala prevista en el art. 61 de la LOPJ -de composición y competencias similares a las de la Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el art. 77 de la LOPJ, a la que la reforma atribuye competencia como tribunal de apelación penal-, encuentra como obstáculo, respecto a determinados aforados, lo previsto en los arts. 71.3 y 102.1 de la CE, que señalan exclusivamente como órgano



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de enjuiciamiento a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sin compartir la competencia con otras Sala del mismo Alto Tribunal.

Y para terminar, se repara en que la reforma no prevé todas las posibilidades legales de enjuiciamiento de causas penales en el Tribunal Supremo, en concreto el tribunal de apelación en los procesos seguidos contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen, cuyo conocimiento se atribuye a la Sala especial prevista en el art. 61 de la LOPJ (art. 61.1, 4º).

## B) LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL

**a) El problema del que se parte: los efectos de la dispersión de criterios interpretativos en las sentencias de los tribunales de instancia.**

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), por su naturaleza prestacional, exige que el Estado proporcione los medios necesarios para que los sujetos jurídicos puedan ejercerlo. En principio, el derecho fundamental exige que se abra a los sujetos la posibilidad de que sobre sus pretensiones se pronuncie un órgano jurisdiccional en, al menos, una ocasión. Ahora bien, en el ámbito penal, además de las razones que con carácter general justifican que sea viable la revisión de los pronunciamientos dictados al resolver por vez primera el asunto, existe otra de carácter imperativo derivada del tantas veces citado art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Abriendo la posibilidad legal de que la condena pueda ser revisada por un tribunal superior, quedarían plenamente satisfechas las exigencias constitucionales derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, del derecho al recurso como una de sus facetas, pudiendo cerrarse en este punto el marco procesal necesario desde la perspectiva del derecho subjetivo público al proceso.

Ahora bien, la organización jurisdiccional constituida por distintos tribunales con sus respectivas competencias implica, por la configuración escalonada de las sucesivas instancias, que una parte de ellos estén situados en el mismo plano funcional, dando ocasión a que adopten decisiones contradictorias en casos sustancialmente iguales basadas, a su vez, en interpretaciones discordantes de las normas, sin perjuicio de que los cambios de criterio también puedan darse en un mismo tribunal. La posibilidad de que se produzca esta dispersión de criterio puede obedecer a diferentes causas, como son las imperfecciones técnicas de las leyes, la imposibilidad de regulación expresa de todos los posibles supuestos de hecho generales con relevancia jurídica, las dificultades de su adaptación a situaciones jurídicas desconocidas al tiempo de legislar o el cambio de las condiciones que determinaron legislar en un determinado sentido o, finalmente, las dificultades de armonización con otras leyes, entre otras causas.

Esta situación, que se produce con independencia de la gravedad de la infracción penal de que se trate (*quantum* de la pena), provoca en todo caso dos efectos nocivos:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En primer lugar, la desigualdad de trato ante situaciones iguales dependiendo del tribunal decisor.

Y en segundo lugar, la inseguridad jurídica que provoca en el sujeto jurídico la incertidumbre al no poder prever con certeza las consecuencias jurídicas de su conducta, lo cual, si es de capital importancia en todos los aspectos de la vida, lo es especialmente cuando se trata de conductas con proyección en el ámbito penal.

Esta falta de certeza provoca otros efectos añadidos, como la pérdida de libertad del individuo y la quiebra del principio de legalidad, piezas clave del Estado de Derecho y del Derecho Penal. El sujeto no es libre para tomar sus propias decisiones cuando se presentan casos en los que es impredecible el sentido que darán los tribunales a las normas dictadas de antemano, normas que son la garantía del principio de legalidad, especialmente relevante en el campo del Derecho Penal, pues la situación generada por la diversidad de interpretaciones judiciales, todas vigentes, definitivas y contradictorias, es claro que neutraliza el natural efecto propio del principio de legalidad, al suprimir la posibilidad de un cálculo apriorístico razonablemente seguro de las consecuencias del propio comportamiento, con lo que llega a desaparecer la seguridad jurídica que inicialmente el principio de legalidad, como norma escrita, previa y cierta, había de producir.

Con otras palabras, la seguridad jurídica, entendida como razonable posibilidad de predicción de las consecuencias que un comportamiento dado tendrá tras la actuación de los poderes públicos en la aplicación del Derecho, aparece de un lado como el efecto natural y propio al que se dirige el principio de legalidad y de otro lado como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

condición *sine qua non* de una verdadera protección de la libertad personal.

La desigualdad en la aplicación de la ley, la inseguridad jurídica y la falta de libertad, trasciende al conjunto de la sociedad, a todos los ciudadanos, superando la esfera individual del sujeto concreto afectado por la decisión.

#### **b) Las vías de solución al problema planteado.**

Ante la magnitud del problema y del interés público en juego, se siente la necesidad de articular un sistema basado en la interrelación de tres elementos que, utilizando la división tradicional, afectan a los aspectos subjetivo, objetivo y formal

**A)** En primer lugar y empezando por el **elemento objetivo**, se erige **la doctrina jurisprudencial** que, situada en un lugar intermedio entre la generalidad de la norma jurídica y la singularidad de la decisión del caso concreto, fije con autoridad y dentro de los límites de las normas, el sentido de estas que, como *ratio decidendi* de los diferentes casos, hayan sido objeto de interpretaciones discordantes por parte de órganos jurisdiccionales diversos ante supuestos sustancialmente iguales, a fin de unificar todo el orden jurídico penal, sin dejar zonas oscuras fuera de su alcance.

El precedente jurisprudencial no ha de confundirse con la frecuente cita jurisprudencial que se extrae de la afirmación contenida en una sentencia, a la que se somete, primero, a un ejercicio de abstracción respecto al caso enjuiciado y, después, a un proceso de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

generalización.

**B)** En segundo lugar, el **elemento subjetivo**, descansando el sistema en la intervención de un único órgano jurisdiccional, **el Tribunal Supremo**, superior en todos los órdenes, salvo en lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. art. 123.1 de la CE), al ser un factor inherente a la tarea de unificar criterios discordantes sobre interpretación de todas las normas estatales de naturaleza penal, en sentido amplio, que la función se asigne al órgano que se sitúa en la cúspide de la organización judicial. El Tribunal Supremo pasaría así de pronunciarse muchas veces sobre pocas materias, a elaborar autorizada doctrina jurisprudencial sobre todas ellas siempre que fuese necesario en beneficio de una correcta aplicación de la ley penal igual para todos los ciudadanos, evitando al mismo tiempo que la máxima interpretación se residencie en cada uno de los tribunales inferiores, con peligro de desvertebración del orden jurídico penal.

**C)** Y en tercer lugar, el **elemento formal o instrumental**, consistente en el mecanismo procesal idóneo para que la función jurisdiccional de elaborar doctrina penal pueda ser ejercida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Sin descartar otras fórmulas, la vía generalmente utilizada ha sido la del **recurso de casación**, que ha de estar inspirado por la necesidad de producir una verdadera y vinculante unificación de doctrina, ya que no se trata de instaurar una tercera instancia para dar satisfacción al sujeto jurídico dándole la posibilidad de volver a replantear su discrepancia sobre aquello que ya fue por dos veces objeto de enjuiciamiento. El recurso es, por tanto, de carácter extraordinario, no sólo por los presupuestos que puedan condicionarlo, sino porque responde a la protección del interés público afectado por la discrepancia entre tribunales.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Dicho lo anterior, el sistema quedaría incompleto si no se estableciese un mecanismo que garantice en toda España la efectividad de la declaración jurisprudencial del Tribunal Supremo, proyectada *ad extra*, más allá del proceso en que se produce y de cuyo problema de fondo, en cierta medida, ya no depende, pues de no ser así se correría el peligro de que se reproduzca el desorden jurídico que ha llevado a pronunciarse al Tribunal Supremo. Es por tal razón por la que **los criterios normativos de la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo han de vincular a los tribunales inferiores**, que sin embargo no han de verse privados de la facultad de separarse de la doctrina jurisprudencial si presentan sólidos argumentos jurídicos. En cierta medida, se asigna al recurso de casación así concebido el efecto propio del recurso de casación en interés de la ley, diferenciándose en que en éste lo decidido no afecta a las situaciones jurídicas particulares que hubiera podido crear la resolución recurrida.

Debe resaltarse que en coherencia con los contornos de una nueva casación y siendo conscientes de la proclamación del art. 1.6 del Código Civil, el precedente no ha de ser necesariamente "reiterado" para formar jurisprudencia, ya que la repetición de resoluciones en un mismo sentido para formar jurisprudencia se explica si ésta es consecuencia indirecta de la resolución de casos análogos, pero no cuando la finalidad específica del recurso es unificar doctrina y sentar un precedente para futuros casos; obsérvese además que la "reiteración" de los pronunciamientos no se exige cuando se trata de la interpretación vinculante que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional (cfr. art. 5.1 de la LOPJ).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Llegados a este punto, conviene detenerse un instante en una de las fórmulas complementarias que como medio preventivo permitiría a la Sala Segunda del Tribunal Supremo sentar jurisprudencia, pero sin necesidad de llegar al recurso de casación tras agotar las dos instancias. Se trata de las "**cuestiones prejudiciales**", configuradas según el modelo de los arts. 234 del Tratado de la Unión Europea y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En el aludido *Informe y propuestas del Tribunal Supremo* se recomienda la institución de la cuestión prejudicial consistente, en el proceso penal, en establecer el deber de los tribunales que conozcan de recursos de apelación de plantear al Tribunal Supremo, antes de dictar sentencia, las cuestiones de interpretación de las leyes que sean relevantes para la decisión de la causa:

- a) cuando existan precedentes de otros Tribunales en diversos sentidos de los que consideran correctos (divergencias horizontales) o
- b) cuando estimen que deberían apartarse de la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo (divergencias verticales) o
- c) cuando estimen que se trate de una cuestión nueva, sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estas cuestiones serían resueltas por el Pleno de la Sala de lo Penal y el tribunal de la causa deberá aplicar al caso la doctrina así establecida, que sería obligatoria para todos los Tribunales.

La cuestión prejudicial permitiría asegurar una unidad eficaz del orden jurídico, sin mantener la contradicción que permite la "casación". En realidad, este procedimiento prejudicial sería complementario del recurso de casación y permitiría adelantar la protección jurídica para evitar preventivamente la interpretación de normas de manera singular cuya incorrección ha sido constatada por el Tribunal Supremo. Además,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el Tribunal Supremo no se vería obligado a intervenir en todos los casos, sino sólo una única vez en una cuestión que pueda afectar muchos de ellos y en la medida en que sólo puede plantearla un tribunal de apelación se eliminaría el peligro de los excesos defensivos de las partes.

Esta materia no se encuentra en el Anteproyecto objeto del presente Informe. No obstante, dada su enorme importancia y, entendemos también, su eficacia desde el punto de vista de los objetivos que se pretenden alcanzar por la reforma proyectada, en la parte final del Informe se unirá una propuesta de texto articulado, que parte de las ideas básicas apuntadas en el citado *Informe y propuestas del Tribunal Supremo*, pero con dos importantes diferencias: 1ª, se las concibe como mecanismo de utilización facultativa por parte del tribunal de apelación; 2ª, se las adapta al régimen de la casación penal que ahora se propugna por este Consejo, limitando las cuestiones prejudiciales a aquellos supuestos en los que el tribunal de apelación entienda que debe separarse de la doctrina del Tribunal Supremo (*divergencias verticales*), o cuando estime que se trata de una cuestión nueva sobre la que no exista jurisprudencia del Alto Tribunal.

### **c) Los presupuestos procesales del recurso de casación penal.**

Como se acaba de señalar, el recurso de casación unificador de doctrina ha de ser el instrumento procesal para la elaboración de doctrina por parte del Tribunal Supremo. Este recurso extraordinario debe tener condicionada su admisión a la concurrencia de específicos presupuestos procesales, que son los siguientes:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**1º Resoluciones recurribles han de ser las dictadas en segunda instancia en todo tipo de procesos penales**, pues, de otro modo, espacios jurisdiccionales quedarían sustraídos al efecto beneficioso de la labor unificadora que se pretende del Tribunal Supremo y que procura el Anteproyecto.

**2º La cuestión controvertida ha debido ser objeto de interpretaciones contradictorias por distintos tribunales de apelación.** La sentencia "de contraste" se convierte en exigencia ineludible con la que se justificaría objetivamente la necesidad de una decisión por parte del Tribunal Supremo. Es decir la Sentencia de contraste no se traería a colación más que para acreditar el objetivo estado de división doctrinal en los tribunales de instancia, lo que se ha denominado "interés casacional", que sería uno de los presupuestos objetivos que condiciona la posibilidad de que decida el Tribunal Supremo una impugnación, para la cual la sola discrepancia personal del recurrente ya no sería bastante por sí sola, una vez que ha tenido la oportunidad de ventilar sus pretensiones en una doble instancia.

Como puede verse, esta configuración del nuevo ámbito casacional no se lleva a cabo mediante una selección casuística de unos cuantos asuntos de "interés casacional", según la apreciación subjetiva de los miembros de la Sala, sino mediante la constatación de un dato objetivo como es la disparidad de criterio, lo que supone una garantía tanto para el recurrente como para la efectividad del propio sistema.

**3º Una excepción la constituirían las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional en materias de su**



**exclusiva competencia**, dado que se trata de un tribunal único y no son posibles sentencias contradictorias procedentes de otros tribunales, por lo que necesariamente el recurso de casación, a través del cual el Tribunal Supremo pueda sentar jurisprudencia en relación con tales materias, no ha de quedar condicionado al anterior presupuesto.

**4º El tribunal de segunda instancia ha de haber incurrido en su resolución en error de derecho** ("infracción de ley"), distinguiéndose dos supuestos:

a) Aquel en que exista jurisprudencia sobre la cuestión controvertida: en este caso, el acceso a la casación se condicionaría a que el motivo casacional se articulara sobre la base de la oposición o contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

b) Aquel en que no haya doctrina del Tribunal Supremo: aquí cabría la impugnación por el razonamiento del propio impugnante demostrativo del error jurídico, sin cita del referente jurisprudencial. Nótese que una cosa es la contradicción entre las sentencias de los tribunales de instancia y otra cosa distinta la contradicción que, una vez contrastada la anterior, pueda haber con la jurisprudencia.

Con esta concepción de los presupuestos procesales se sale al paso de una de las principales objeciones que se han hecho al recurso de casación unificador de doctrina, a saber, el peligro de "petrificación" de la jurisprudencia. Se afirma a veces por algunos que puede producirse un anquilosamiento de la jurisprudencia en un sistema en el que se combine el precedente vinculante con la existencia de jurisprudencia contradictoria como presupuesto de admisibilidad del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recurso de casación. Continúa el argumento que si todos los tribunales han de atenerse a la doctrina del Tribunal Supremo, quien es parte en un proceso y no esté conforme con la decisión de segunda en instancia, no podrá acceder al Tribunal Supremo si la sentencia apelada se ha atenido a la jurisprudencia, lo que significa que el motivo no superará el trámite de admisión, trayendo como consecuencia que el Tribunal Supremo no tendrá la oportunidad de volver sobre su doctrina para rectificarla si la considera errónea o para adaptarla a la realidad social.

Ante esta objeción ha de partirse de que el sujeto ha tenido a su disposición dos instancias para convencer a los tribunales de sus tesis contrarias a la jurisprudencia; pero si lograra que su postura fuera acogida por el tribunal de apelación, la parte contraria agraviada podría -o debería, tratándose del Ministerio Fiscal-, recurrir en casación y tal impugnación, en principio, habría de ser admitida, salvo otros óbices procesales, al concurrir los presupuestos fundamentales de recurribilidad (resolución recurrida dictada en segunda instancia; interpretaciones discordantes -la de la sentencia recurrida y la de los tribunales que siguen la jurisprudencia-; e infracción de ley en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo), por lo que el órgano de casación está en situación de analizar la interpretación discordante seguida por el tribunal de apelación y, en su caso, modificar su doctrina. La sumisión de los tribunales, inclusive el Tribunal Supremo, a los precedentes no es perpetua por definición, sino evolutiva, en el sentido de que se respeta la libertad de criterio interpretativo, inclusive para cambiarlo, aunque habrá de hacerse de forma consciente y razonada, de suerte que resulte alejada toda posible apariencia de arbitrariedad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**d) La nueva configuración del recurso de casación penal en el Anteproyecto de Ley.**

La reforma del proceso penal que ahora se aborda generalizando la segunda instancia, pretende indirectamente descargar el recurso de casación y, por tanto, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de toda revisión del juicio de hecho y reconducir su intervención a sentar y consolidar jurisprudencia sobre todo el Derecho Penal, corrigiendo las desviaciones de la doctrina jurisprudencial en que incurran los Tribunales inferiores, creando un modelo de casación en el que la única finalidad aparente es la unificación de doctrina, por los indudables beneficios que aporta a la igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica.

Para conseguir este objetivo, la reforma se construye sobre los siguientes pilares:

1º La generalización de la segunda instancia para extraer del recurso de casación las cuestiones de hecho, en las que la práctica de la propia Sala se había extendido para compensar lo que consideraba un déficit de la única instancia.

2º La recurribilidad en casación se extiende a todas las sentencias dictadas en segunda instancia en causas por delito, a fin de que la Sala Segunda tenga la oportunidad de pronunciarse sobre la totalidad de esta clase de infracciones penales.

3º Se establecen tres motivos de casación, siendo el principal de ellos la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4º Una vez limitada la revisión casacional a cuestiones de derecho, se procura el reforzamiento de la doctrina del Tribunal Supremo con la introducción del precedente vinculante en un nuevo párrafo del art. 5.1 de la LOPJ.

Expuesto esquemáticamente el sistema que se diseña, merece la pena detenerse en lo que se considera un grave error de concepción de los motivos de casación, sin entrar en otras deficiencias como la limitación del recurso de casación a las causas por delito.

La reforma suprime los actuales motivos de casación por infracción de ley (art. 849 LECr), por quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851 LECr) y por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECr), reemplazándolos por tres motivos comprendidos en el art. 848, cuyo texto completo es el siguiente:

«1. El recurso de casación se fundamentará en alguno de los siguientes motivos:

a) Contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

b) Contradicción de la sentencia con otra sentencia dictada por el mismo tribunal o por otros Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Provinciales siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo que resuelva la alegada contradicción.

c) Resolución de una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. La contradicción alegada como fundamento de los motivos a) y b) o la cuestión sobre la que no exista jurisprudencia a la que se refiere el motivo c) del presente artículo, deberá evidenciar una infracción de normas constitucionales o legales que sea relevante para el fallo de la sentencia recurrida."

El motivo primero [letra a)] puede considerarse principal, mientras que los otros dos se configuran como motivos residuales, que amparan el recurso cuando no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo y se dé alguno de estos dos supuestos:

- o bien existe contradicción con otra sentencia dictada por el mismo tribunal o por otros tribunales inferiores al Tribunal Supremo [letra b)];

- o bien, aunque no haya tal contradicción, el Tribunal Supremo todavía no haya conformado jurisprudencia sobre esa "cuestión " [letra c)].

**Los motivos, tal como vienen configurados merecen las siguientes objeciones a la vista de los razonamientos que se han expuesto en el presente Informe al tratar los presupuestos del recurso de casación penal:**

**1ª La existencia de sentencias contradictorias procedentes de diferentes tribunales de apelación ante situaciones iguales, que es la razón de existencia del recuso de casación, no se erige en el Anteproyecto como un presupuesto general de admisibilidad del recurso, sino que se añade -mutilado, pues omite hacer referencia a la igualdad sustancial de los casos- a uno de los tres motivos de casación, el de la letra b).**



**2ª Como consecuencia de lo anterior, la discordancia jurídica entre tribunales, que debería figurar como premisa para la intervención correctora del Tribunal Supremo, pudiera ser que ni siquiera se alegase si el recurrente decidiera ampararse en los motivos a) o c), en los que, por otra parte, el recurrente siempre podría apoyar su recurso ya que estos dos motivos completan el círculo de posibilidades con las dos únicas posibilidades lógicas: que haya jurisprudencia del Tribunal Supremo o que no la haya. Es decir, en el motivo segundo [letra b)] se mezclan la contradicción entre sentencias -presupuesto de admisibilidad independiente-, y la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que constituye el tercer motivo de casación ([letra c)].**

**3ª "La contradicción de la sentencia con otra sentencia dictada por el mismo tribunal", uno de los supuestos del segundo motivo [letra b)], no debe incluirse en los motivos de casación por las razones en las que se ha insistido que justifican este recurso extraordinario, al tratarse de un supuesto de desigualdad en la aplicación de la ley por *el mismo tribunal*, con vulneración del art. 14 de la Constitución que podrá ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.**

**4ª La "evidenciada" infracción de normas legales o constitucionales no constituye el motivo de casación, sino que pasa a ser un elemento complementario del motivo basado en la contradicción con la jurisprudencia.**

**5ª La "relevancia" que la infracción de normas legales o constitucionales ha de tener para el fallo de la sentencia recurrida,**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**es una exigencia necesaria para suprimir de la casación las posibles infracciones de menor entidad cometidas en la construcción argumental de la sentencia (vgr., los *obiter dicta*). Ahora bien, esta relevancia necesaria no debe estar referida al sentido del fallo, sino a la propia argumentación de la sentencia como antecedente jurídico del fallo.**

En consecuencia, la desaparición de la alegación de sentencias contradictorias procedentes de tribunales de segunda instancia como filtro principal de admisión del recurso de casación, unido al acceso a la casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, además de desnaturalizar un recurso de casación que se pretende unificador de doctrina, puede traducirse en un grave problema de saturación de asuntos en la Sala Segunda de Tribunal Supremo.

Como colofón a las *observaciones generales* que se vienen formulando en esta parte del Informe, se advierte que la respuesta que da la reforma al problema de la revisión en segunda instancia de las pruebas personales, junto con la defectuosa articulación de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación, pueden no sólo frustrar las expectativas de solución de los problemas que se pretenden resolver, sino de agravarlos al colocar a los tribunales penales, Sala Segunda del Tribunal Supremo inclusive, en una situación crítica. Baste para advertirlo que al amparo del nuevo motivo c) del art. 848.1, simplemente porque se trate de la "resolución de una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo", podrán acceder al Tribunal Supremo la mayor parte de los asuntos que al día de hoy son resueltos en última instancia por las Audiencias Provinciales (19892 sentencias de apelación en Procedimiento abreviado en el año 2003 y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

19490 en el año 2004), ya que por tal razón no existe jurisprudencia del Alto Tribunal respecto a la mayoría del derecho sustantivo que aplican.

## **2. Análisis del articulado**

En este apartado, dedicado al estudio de los preceptos afectados por los dos Anteproyectos objeto del presente informe en lo relativo a los recursos de apelación y casación penales, se abordarán exclusivamente aquellos artículos objeto de reforma que por su entidad merezcan alguna observación.

A) ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Además de lo ya expuesto sobre esta materia en el capítulo IV al analizar este Anteproyecto, se añaden comentarios a los siguientes artículos:

1º Se da nueva redacción al apdo. 2 del **art. 57**, relativo a las competencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previendo la constitución de dos Secciones en las causas en las que se enjuicien aforados a este Tribunal; una de primera instancia y otra de apelación, regulando su composición y respectiva competencia funcional, además de añadir a la actual previsión relativa al magistrado instructor de estas causas especiales, que no podrá ser de los llamados a formar parte de la Sección de primera instancia, ni tampoco podrá integrar la Sección de apelación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ante estas nuevas formas de constitución de la Sala Segunda derivadas de la implantación de la segunda instancia en las causas de aforados, pueden plantearse problemas por necesidad de integración de la Sala si se mantiene la plantilla actual de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo -formada por el Presidente y catorce Magistrados-, ante la posibilidad de que la Sección de apelación se constituya en número par, con el Presidente y el resto de Magistrados, tras descartar a nueve de ellos: el Magistrado instructor de la causa, los tres Magistrados que hayan conocido de recursos devolutivos contra resoluciones interlocutorias -dado que la Sección de apelación sólo conoce de los recursos de apelación contra las sentencias de la Sección de primera instancia- y los cinco Magistrados de ésta Sección. Por último, es incorrecta una fórmula de constitución de la Sala de apelación que permita su formación con un número de miembros inferior al de la Sala de primera instancia (el Presidente y el resto de los Magistrados de la Sala Segunda).

**2º** A la Sala del Tribunal Superior de Justicia prevista en el **art. 77**, que actualmente conoce de las recusaciones contra el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala o de Audiencias Provinciales, entre otros, se le atribuye la nueva competencia de conocer de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, sin que pueda formar parte de aquella el magistrado que hubiera integrado la Sala en primera instancia.

Dada la composición de esta Sala, que se integra por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y más moderno de cada una de ellas, no parece la más idónea para conocer en apelación de las sentencias dictadas por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

un órgano especializado en materia penal como es la Sala de lo Civil y Penal actuando como Sala de lo Penal.

**3º** Se añade un apartado 4 al **art. 229**, primero del capítulo dedicado a la oralidad, publicidad y lengua oficial de las actuaciones judiciales, generalizando el registro de la práctica de la prueba en los juicios orales penales en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, que se realizará bajo la fe del secretario judicial.

Esta modificación se corresponde con la de determinados artículos afectados por el Anteproyecto de reforma de las leyes procesales que regulan el recurso de apelación y la segunda instancia penales: En el Procedimiento abreviado, los arts. 790.1 y 3 -solicitud por las partes de copias de los soportes de las grabaciones y proposición de la reproducción de la grabación en el trámite de interposición del recurso- y 791 -admisión de reproducción de la grabación y su práctica en la vista de apelación-; y en el Procedimiento ordinario, el art. 846 bis -solicitud por las partes de copias de los soportes de las grabaciones-.

B) ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, 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.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Merecen ser objeto de atención en el presente Informe los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que a continuación se relacionan:

### **1º Reforma del recurso de apelación.**

**1.1.** El nuevo **art. 238 bis** que introduce la reforma regula el **recurso de apelación contra los autos dictados por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**, determinando, en primer lugar, la competencia funcional para resolverlos; en segundo término, el procedimiento -distinguiendo sus diferentes fases de interposición, admisión, sustanciación, con posibilidad de celebración de vista, y decisión-, y, finalmente, el efecto suspensivo cuando así se prevea expresamente, recogiendo el apdo. 7 del mismo artículo como uno de tales supuestos el de las apelaciones contra los autos sobre suspensión o sustitución de penas de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal. Ahora bien, téngase en cuenta que este efecto suspensivo del recurso de apelación, que sólo se produce si esta expresamente previsto [*vid.* el proyectado art. 238 bis.6], sólo se dará cuando la resolución sobre suspensión o sustitución de la pena haya sido dictada por determinados tribunales colegiados, pues a ellos se refiere exclusivamente el art. 238 bis, **y no en cambio cuando la decisión proceda de un tribunal unipersonal**, por lo que el texto habrá de ser modificado a fin de generalizar el efecto suspensivo que se pretende con independencia del tipo órgano *a quo*.

También se observa que en el apdo. 3 del este artículo se dispone que en los casos de "estimación parcial" del recuso de súplica que se haya formulado potestativamente con carácter previo al de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

apelación, se dará nuevo traslado al recurrente para alegaciones, **trámite que debería extenderse a los supuestos de desestimación íntegra de la súplica**, como prevé el art. 766.2 para el supuesto de total o parcial desestimación del recurso de reforma interpuesto facultativamente.

Finalmente, al no hacerse mención a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ni a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, existe la incógnita de cual será el órgano que conozca del recurso de apelación contra autos interlocutorios o definitivos (*vgr.* autos de sobreseimiento definitivo dictado en Procedimiento ordinario) en las causas en que aquellos Tribunales intervengan en primera instancia, **pues las respectivas Salas de apelación únicamente conocerán de recursos de apelación contra sentencias** (*vid.* los arts. 57.2 y 77.2º de la LOPJ, y 846 bis de la LECr, conforme a los Anteproyectos). Debe procurarse que la ley determine el órgano funcionalmente competente y no provocar situaciones que obliguen a que las Salas de Gobierno tengan que dictar acuerdos para colmar estas lagunas.

**1.2.** En el art. **791.1** se prevé que la **celebración de vista en apelación** sea potestativa para el Tribunal («[S]i los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, *en su caso*, que el Secretario judicial señale día para la vista»), salvo para el supuesto en que, interesada la vista por alguna de las partes, la alegación se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como se ve, la reforma es favorable al trámite escrito en detrimento de la oralidad como forma predominante en el proceso penal (art. 120.2 de la CE), lo que puede considerarse, sin menospreciar las ventajas que aportan unas alegaciones en forma escrita, un retroceso respecto a la regulación actual, en que la celebración de vista es preceptiva «si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba» (vigente art. 791.1). Que no sea preceptiva la celebración de vista cuando se admitan nuevas pruebas (por ejemplo, nuevos testigos en los supuestos del art. 790.3 de la LECr), con la sola excepción la alegación se funde en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o una agravación de la pena impuesta, **supone que las pruebas se practiquen sin las garantías propias del debido proceso**, de forma anómala al no intervenir las partes, sin publicidad, oralidad ni contradicción, generando además **situaciones de indefensión** si ante el nuevo material probatorio no se da traslado a las partes no proponentes y se les priva de la oportunidad de pronunciarse al respecto, sin que se les pueda imponer la carga de hacerlo hasta que las nuevas pruebas hayan sido admitidas por el órgano *ad quem*, por más que en muchas ocasiones los nuevos documentos vayan unidos a los escritos de interposición o de alegaciones.

Por último, en cuanto a aspectos formales de la redacción del precepto, se observa que la referencia a la "Audiencia" es incompleta, pues aún podría comprender a la "Audiencia Nacional" -impropiamente, en lugar de "Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional" o "Sala de Apelación de la Audiencia Nacional", según los casos-, pero no a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia cuando actúa como órgano *ad quem*. Por ora parte, debería corregirse la expresión



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

redundante "grabación de la *práctica de la prueba practicada* en primera instancia", del último párrafo del apartado 3.

**1.3.** El Anteproyecto introduce el nuevo **art. 846 bis**, en el que se insiste (*cfr.* art. 790.1) en la recurribilidad en **apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional** *en el ámbito del procedimiento abreviado*, del que conocerán los órganos de segunda instancia ya indicados. También se hace extensivo el recurso de apelación al procedimiento ordinario [art. 846 bis.1], así como a las sentencias dictadas:

a) Por la **Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**, que serán recurribles ante la Sección de Apelación de esa misma Sala prevista en el artículo 57.2 de la LOPJ [art. 846 bis.2].

b) En primera instancia por las **Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia**, en cuanto Salas de lo Penal, que serán recurribles ante la Sala prevista en el artículo 77 de la misma Ley Orgánica [846 bis.3].

No existen diferencias con la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado en cuanto a la interposición del recurso [art. 846 bis.4], remitiéndose expresamente al apartado 4 a los arts. 790 a 792 en lo relativo a la "formalización" -término más propio de recursos en los que se distinguen las fases de preparación y formalización- y tramitación del recurso, salvo en los plazos para el señalamiento de vista y para dictar sentencia, cuya duración se aumenta al doble [art. 846 bis.5].



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Además de lo anterior, sobre este artículo han de hacerse otras consideraciones:

1ª Debería aclararse el **Título en el que se incluye el nuevo artículo**, pues de otro modo cabría entender que se coloca a continuación del artículo inmediatamente precedente, el 846, con lo que aquél se ubicaría en un lugar sistemáticamente incorrecto, como es el Título VII del Libro IV (*Del procedimiento contra reos ausentes*).

2ª El **apartado 1** resulta a la vez reiterativo y fuente de equívocos: **reiterativo**, porque vuelve sobre la recurribilidad en apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales en Procedimiento abreviado, ya tratada en el art. 790.1, además de volver a mencionar *in fine* a las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; y **motivo de confusión**, por la alusión al "procedimiento abreviado", cuando parece que el conjunto del artículo tiene por objeto la apelación contra sentencias dictadas en Procedimiento ordinario, sin perjuicio de establecer, por vez primera en el texto de la LECr, la apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, determinando los respectivos Tribunales *ad quem*.

Por otra parte, la correlación entre el Procedimiento abreviado exclusivamente con las Audiencias Provinciales y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se desprende del art. 790.1 y del que ahora se comenta, **puede dar lugar a interpretar que las causas seguidas contra aforados tanto en la Sala de lo Civil del Tribunal**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**Superior de Justicia como en la Sala Segunda del Tribunal Supremo han de sustanciarse, en todo caso, por los cauces del Procedimiento ordinario**, lo cual, además de contravenir las reglas generales sobre tipo de procedimiento en las que la LECr no contempla excepción alguna, supone trazar un paralelismo entre dos presupuestos procesales como son la adecuación de procedimiento y la competencia del órgano.

**- Materias no comprendidas en la reforma que guardan relación con el recurso de apelación penal.**

A pesar del profundo calado de la reforma y que el enunciado de uno de los dos Anteproyectos haga referencia a la "doble instancia penal", lo cual puede llevar a la conclusión de que se proyecta una reforma del recurso de apelación contra sentencias para colmar las carencias que se han detectado en la regulación del procedimiento, se advierte tras la lectura del articulado que la reforma afecta fundamentalmente al aspecto competencial y, secundariamente, a la adaptación de la regulación a las exigencias de doctrina del Tribunal Constitucional en materia de condiciones para la nueva valoración en segunda instancia de pruebas personales practicadas en primer grado, sin que se aproveche la ocasión para colmar una serie de lagunas detectadas y puestas de manifiesto por la doctrina científica y los tribunales, entre las que podemos destacar las siguientes:

**a. En el aspecto competencial**, la determinación del tribunal competente para conocer del recurso de apelación cuando la sentencia de primera instancia haya sido dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia o en el del Tribunal Supremo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**b. En sede de procedimiento:**

1º La distinción de los efectos de la sentencia de apelación - reenvío o subsanación y resolución por el tribunal *ad quem*- dependiendo del *quebrantamiento de la forma esencial del procedimiento* que se haya cometido (art. 792.2).

2º El efecto extensivo de los efectos favorables de la sentencia estimatoria del recurso interpuesto por un condenado a los demás no recurrentes.

3º Los criterios legales a aplicar en la sentencia de apelación en materia de costas.

4º La posibilidad de acordar de oficio la práctica de pruebas en segunda instancia *ex art. 729 de la LECr*, siempre que tratándose de pruebas admisibles conforme al art. 790.3, se encaminen a contrastar y verificar la prueba sobre los hechos, con observancia de las exigencias generales derivadas de la forma acusatoria del proceso penal y la prohibición de la *reformatio in peius*.

5º La configuración de la adhesión a un recurso de apelación ya interpuesto, a modo de *apelación incidental*, y, en su caso, la autonomía o supeditación -como sucede en el recurso de apelación contra la sentencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado [art. 846 bis b) de la LECr]- entre ambas impugnaciones, determinado en el segundo supuesto si la relación es de dependencia formal (el desistimiento de la apelación principal provoca el decaimiento de la adhesiva) y/o material



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

(sujeción de la pretensión de la apelación adhesiva a los términos de la apelación principal).

6º La determinación del plazo para interponer recurso de queja frente al auto de inadmisión del recurso de apelación dictado por el órgano *a quo* (ex arts. 790.4 en relación con los arts. 213 y 218 LECr).

7º La notificación a las partes -a quienes conforme a la ley el órgano *a quo* no emplaza ante el tribunal *ad quem*-, de los integrantes de éste a efectos de recusación, ex arts. 203.2 -respecto al magistrado ponente- y 223.1.1º -en el que se consigna el momento y el plazo para proponer la recusación- de la LOPJ.

8º La recurribilidad de la resolución del órgano *ad quem* sobre admisión de pruebas.

9º La citación y asistencia del encausado a la vista de apelación.

10º Los supuestos, requisitos y efectos del desistimiento y la deserción del recurso.

Asimismo y dada la relación sistemática que tienen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los recursos de apelación y anulación, procedería igualmente fijar los tribunales *ad quem* funcionalmente competentes para conocer del recurso de anulación cuando la sentencia de primera instancia haya sido dictada en ausencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sección de primera instancia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, salvo que se interprete que la expresión "con iguales requisitos" del art. 793.2 de la LECr, que remite a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

regulación del recurso de apelación contra sentencias, incluya la determinación del órgano decisorio del recurso de anulación.

## **2º) Reforma del recurso de casación.**

**2.1.** El **art. 847** relativo a las **resoluciones recurribles en casación**, distingue:

- Por una parte, las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia en causas seguidas por delito [letras a), b) y c) del apartado 1], sin incluir las dictadas por Sección de Apelación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo,

- Por otro lado, las resoluciones a las que se remite el apartado 2, conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 42: recurso de casación para unificación de doctrina) y a la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (apartado 7: recurso de casación contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación; y apartado 8: recurso de casación para la unificación de doctrina contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria).

La redacción del apartado 1 podría abreviarse si alterar su contenido con disponer que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia en causas por delito, salvo las procedentes de la Sección de Apelación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La exclusiva referencia a las resoluciones en forma de sentencia habrá de interpretarse como una **tácita derogación de aquellas disposiciones de la LECr que mantienen el recurso de casación frente a determinados autos**. Así como la reforma modifica los arts. 636 y 988 sustituyendo el recurso de casación por el de apelación, debería pronunciarse a las menciones que al recurso de casación se hacen en los arts. 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43, 69 y 625.

En cuanto al **recurso de casación para unificación de doctrina establecido en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**, la reforma se limita a remitirse a lo ya establecido, sin dar solución a los importantes problemas interpretativos detectados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en Sentencia núm. 115/2003, de 5 de febrero, refiere la existencia de «puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a al Ley de Enjuiciamiento Criminal», para señalar como modelos que han de ser tenidos en cuenta a fin de salvar los problemas hermenéuticos, en primer lugar, el recurso para unificación de doctrina regulado en los arts. 216 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, en segundo término, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. de la LECr.

Situación similar a la anterior se ha producido respecto al **recurso de casación para unificación de doctrina en Derecho penitenciario**, al no hacerse eco la reforma de los particulares problemas procesales que suscita este recurso en materia de requisitos, sustanciación y decisión, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha intentado solventar en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2004, cuyos términos han sido recogidos en Sentencias núms. 1097/2004, de 30 de septiembre, y 1388/2004, de 24 de noviembre.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Finalmente y ante el interés general afectado por la extraterritorialidad de la ley penal española, debería contemplarse la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en materia de jurisdicción penal internacional.

**2.2.** El art. 848 tiene por objeto los **motivos del recurso de casación**, remitiéndonos a lo expuesto sobre este punto en las "Observaciones generales", dejándose sin contenido los arts. 849 (motivos de casación por infracción de ley), 850 (motivos de casación por quebrantamientos de forma durante la sustanciación de juicio oral), 851 (motivos de casación por quebrantamientos de forma en la constitución irregular del Tribunal de modo irregular o por adolecer la sentencia de determinados vicios procesales) y 852 (motivo de casación por infracción de precepto constitucional).

**2.3.** El art. 856, en sede de *preparación* del recurso de casación, en línea con el párrafo primero del vigente art. 855, tras establecer como requisito del **escrito de preparación** la expresión del motivo en que se ampara, introduce la novedad a tener en cuenta el juicio de admisión en esta primera fase, de exigir cierta **motivación** concretada en las «las razones jurídicas que se alegarán en el ulterior escrito de interposición del recurso y en qué sentido afecta al fallo de la sentencia que se pretende recurrir, la contradicción o la ausencia de jurisprudencia que se alega».

En particular, tratándose de recursos fundados en los motivos a) y b) del art. 848, el apartado 2 del artículo exige la expresión de las sentencias que pongan de manifiesto, respectivamente, la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la sentencia de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Provinciales que resulta contradictoria con la que se pretende recurrir.

La expresión "jurisprudencia contradictoria", para referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contradicha por la resolución impugnada [motivo a)], debería ser sustituida por otra que no tache de contradictoria a la jurisprudencia.

**2.4.** El **art. 859**, también incluido en la regulación de la **preparación** del recurso de casación **mantiene la posibilidad de adhesión al recurso de casación en este trámite, adhesión que por los términos en que está expresada puede ser principal ("alegando los razonamientos que le convengan") y no supeditada**, lo que supone otorgar a quien no ha recudido en plazo nuevas oportunidades para impugnar (durante el emplazamiento ante la Sala Segunda -art. 873 y 874- o en el plazo para instrucción tras la formalización del recurso preparado por la parte recurrente). Este tratamiento de la adhesión ha sido rechazado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al entender que:

«la adhesión al recurso de casación no puede consistir en un nuevo recurso sin relación con el preparado, sino que debe referirse a éste, aun cuando se apoye en motivos diferentes, pues adherirse significa asociarse o unirse en el recurso complementando los esfuerzos en pos de un mismo objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así y ejercitar contradictorias pretensiones no se produciría adhesión, sino que se habría formalizado un nuevo recurso cuando el derecho para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ejercitarlo habría caducado» (Sentencia núm. 383/2002, de 6 de marzo, reiterando las Sentencias núms. 1023/1999 y 393/2000).

En cuanto a la precisión del léxico empleado, la palabra "término" debería sustituirse por "plazo" para referirse al lapso de tiempo que comprende un emplazamiento. Este uso incorrecto se repite en los arts. 868 y 873.

**2.5.** En el **art. 870**, relativo al *recurso de queja por denegación del testimonio pedido para interponer el de casación*, **se suprimen las referencias a una cuestión relevante como son los efectos de la estimación o desestimación de la queja** (párrafos primero y segundo del texto vigente), que quedan sin determinar.

**2.6.** El **art. 874**, en materia de *interposición* del recurso de casación, está dedicado al **contenido de los escritos de interposición y de adhesión**, así como a los documentos que deberán acompañar, en el que se mantiene sustancialmente la redacción actual, si bien, por una parte, se suprimen las referencias a los motivos de casación que desaparecen -como la reclamación para subsanar el quebrantamiento de forma que se suponga cometido-, y, por otro lado, se añaden nuevas exigencias relevantes a efectos de admisión del recurso, entre las que destacan:

1º La cita y argumentación alrededor de las sentencias cuya jurisprudencia es contradicha por la resolución recurrida, o de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Provinciales que resultan contradictorias con la que se recurrir, en relación con el art. 848.1, a) y b).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2º La aportación, en número equivalente al de partes personadas, de copia certificada de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza o, en su defecto, de copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla, en cuyo caso, el secretario judicial la reclamará de oficio, contemplándose la posibilidad de subsanación de la falta de aportación de copias.

En relación con cuestiones de segundo orden, señalar que la exigencia de aportación del poder otorgado al procurador no es procedente cuando se trata de representación por el turno de oficio. Y como ya se dijo con ocasión del art. 856.2, vuelve a emplearse en el número 3 del art. 874 la desafortunada expresión "doctrina jurisprudencia contradictoria", para referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contradicha por la resolución impugnada [motivo a) del art. 848.1].

**2.7.** El **art. 882 bis**, en sede de *sustanciación* del recurso, suprime la previsión actual que faculta a las partes a solicitar la **celebración de vista**, dedicándose el texto de la reforma a la decisión del Tribunal sobre este punto -ahora en el art. 893 bis a) y que la reforma deja sin efecto-, el cual acordará la celebración vista en todos aquellos casos en que considere que existe un interés relevante y señalará los puntos sobre los que versará el acto. Desaparecen, por tanto, los supuestos en que era preceptiva la celebración de vista, que se deja al criterio exclusivo de la Sala.

**2.8.** El **art. 884**, relativo a las **causas de inadmisión** total o parcial del recurso, mantiene en el mismo artículo las de los actuales arts. 884 y 885, con las siguientes modificaciones:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1º Se exige la unidad de alegaciones entre el escrito de preparación y el de interposición (art. 884.1º).

2º Se adaptan las causas de inadmisión a la supresión de los motivos hoy existentes, desapareciendo las referencias al documento demostrativo del error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 884.6º en relación con el 849.2º) y a la reclamación de la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta en los quebrantamientos de forma del art. 850 (art. 884.5º). Salvo que se entienda que esta última causa de la regulación vigente puede incluirse en el núm. 4º proyectado ("[C]uando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición"), debería mantenerse en coherencia con el requisito de formular protesta previsto en los arts. 659, 709 y 786.2 de la LECr.

3º Se concretan los supuestos de carencia manifiesta de fundamento (núm. 5º): inexistencia de contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo; falta de pronunciamientos contradictorios o cuando, aún existiendo éstos, la contradicción estuviera resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso en el supuesto que se alegara el párrafo c) del artículo 848 (resolución de una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo).

Como se ve, la reforma mantiene la configuración actual del trámite, basada en señalar *causas de inadmisión*, cuando la tendencia reformadora que se está produciendo en sede de recursos extraordinarios y de amparo sustituye las causa de inadmisión por **causas de admisión**, haciendo bascular el juicio de admisibilidad desde una perspectiva negativa *-inadmisión* sólo si concurren determinados



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

supuestos que la determinan-, hacia otra perspectiva positiva, conforme a la cual sólo se acordará la admisión del recurso cuando concurren todos y cada uno de los requisitos expresamente previstos.

**2.9.** El **art. 893**, referido a la **resolución sobre admisión del recurso** y, en su caso, de la adhesión, establece como importante y positiva novedad que la forma que aquélla revista dependerá de si se ha dictado por unanimidad -providencia- o por mayoría -auto-. En el caso de que se resuelva por providencia, debería exigirse una sucinta motivación que exprese la causa de inadmisión o el requisito de admisión que se incumple.

**2.10.** En materia de **decisión del recurso**, se deja **sin contenido al art. 893 bis a)**, relativo a la decisión con o sin previa **celebración de vista**, la cual queda, por tanto, al arbitrio de la Sala, al desaparecer los supuestos actuales en que la vista es preceptiva.

**2.11.** En el **art. 901**, relativo al **contenido de la sentencia de casación**, se distingue según sea el sentido -estimatorio o desestimatorio- del fallo, incorporando en su apartado 1 el sentido del actual art. 902, sobre la segunda sentencia en el caso de estimación de motivos fundados en infracción de ley, y se añade que, tras casar la resolución impugnada y resolver sobre el asunto, se declarará lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial y, en el supuesto de que el recurso de casación se hubiere fundamentado en el motivo b) del art. 848, se efectuará el pronunciamiento sobre la contradicción alegada.

El tenor de la reforma en cuanto al contenido del fallo de la sentencia de casación (la Sala «resolverá sobre el asunto, declarando lo



que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial»), deja abierta la posibilidad de reenvío a instancias anteriores cuando la contradicción con la jurisprudencia "evidencie" la infracción de una norma procesal determinante de nulidad de actuaciones con efectos *ex tunc*. No obstante, es aconsejable que los efectos de la sentencia de casación vengan claramente preestablecidos, dependiendo del contenido del fallo, singularmente cuando la contradicción afecte a normas procesales reguladoras de la sentencia (vgr., sobre congruencia, exhaustividad o motivación) que se ha venido asimilando a estos efectos a los errores *in iudicando*.

**2.12.** La derogación del **art. 902** implica la **supresión de la "segunda sentencia"** (denominada sentencia rescisoria), en la que se aplica correctamente el derecho una vez dictada la sentencia que casa la resolución impugnada (sentencia rescindente) -respondiendo la dualidad de sentencias al carácter originario de la casación (casación de la sentencia impugnada y reenvío para nueva sentencia)-, por lo que se acumulan ambos pronunciamientos en una única resolución.

**2.13.** El **art. 903** se modifica en concordancia con la jurisprudencia contradictoria que se haya podido alegar como fundamento del motivo de casación, para **excluir de los efectos de la sentencia de casación las situaciones jurídicas creadas por las sentencias distintas de la impugnada**, haciéndose referencia a las sentencias de contraste cuya interpretación jurídica sea rechazada por la sentencia de casación.

El texto proyectado sustituye íntegramente el contenido actual del artículo, según el cual la nueva sentencia aprovechará a los demás



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procesados no recurrentes en lo que les fuere favorable, disposición que debería mantenerse para evitar pronunciamientos contradictorios *contra reo* en un mismo asunto.

Finalmente, observar que a pesar de la modificación del tenor de este artículo, la remisión al mismo permanece en el art. 861 bis b), por lo que tal remisión perderá su sentido si este último artículo no se adapta al texto reformado.

## **II.- Reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.**

### **1. Observaciones generales.**

El recurso de casación en el proceso contencioso-administrativo fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 10/1992, de 30 de abril, pese a que estaba previsto desde la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 58), de 1 de julio de 1985, respondiendo el recurso ordinario al modelo de la casación civil -en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la 1/2000-, si bien a diferencia de la casación civil en la que el Tribunal de casación conoce la impugnación de resoluciones dictadas en segunda instancia, en el recurso de casación ordinario administrativo el Tribunal superior enjuicia por primera vez la resolución dictada en la instancia. No encuentran, sin embargo paralelismo en la LEC los recursos de casación para la unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de la ley, el primero porque era en aquel momento desconocido en la jurisdicción civil, y el segundo por la distinta configuración y finalidad que persiguen en una y otra jurisdicción.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Junto a la finalidad de defensa del *ius constitutionis* que tradicionalmente se otorga a la casación, a través de la doble función de salvaguarda de la norma, o función nomofiláctica, y uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo para lograr la unidad del ordenamiento jurídico, la casación española ha venido asumiendo la defensa del *ius litigatoris*, tutelando los derechos de los litigantes, sin acudir al reenvío al órgano de instancia para que resuelva de nuevo, salvo en el supuesto de que se aprecie quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Esta doble función ha reforzado el carácter jurisdiccional de la casación española, que se resuelve en el marco del proceso, por una Sala compuesta por magistrados profesionales, con criterios exclusivamente jurídicos, y que se caracteriza por ser un recurso extraordinario, al que tienen acceso sólo determinadas resoluciones y por motivos tasados, cuya tramitación viene revestida de un especial rigor formal.

La vigente Ley 29/1998, regula en los artículos 86 y 87 las resoluciones susceptibles de ser impugnadas en casación, siguiendo la sistemática de la Ley 10/1992, que hace una primera diferenciación de los recursos partiendo de la clase de resolución que se pretende impugnar (sentencias y autos), si bien los límites de la casación se configuran en torno al objeto procesal, a las pretensiones deducidas en la instancia y a la cuantía de las mismas. Se sienta un principio general de recurribilidad de todas las sentencias que dicten los órganos colegiados, se establecen una serie de excepciones en razón del objeto litigioso (art. 86.2) y del propio fundamento del recurso (art. 86.4), abriendo con carácter general la casación a determinados procesos (art. 86.3). Esta sistemática no se ha considerado muy afortunada por algún sector de la doctrina, como González-Cuellar Serrano, que entiende que cabe restringir el acceso a la casación no por la relevancia de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

objetos litigiosos o las materias enjuiciadas, sino por los motivos que se aducen en ella, singularmente como instrumento idóneo para lograr la unificación de la jurisprudencia, cualquiera que sea la instancia o grado que hubiera conocido, siendo, asimismo, indiferente la materia o cuantía que se estuviera ventilando en el proceso.

Las modificaciones que en materia de organización de la Administración de Justicia contiene el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, impone la adaptación de las normas procesales, concretamente en lo que ahora nos ocupa, de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa al nuevo modelo competencial diseñado en el citado Anteproyecto de Ley Orgánica.

No obstante, en el Anteproyecto de Ley objeto de este informe se aborda una modificación de la Ley 29/1998 más amplia que la que impone la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que afecta a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. La incidencia de la reforma en esta materia gravita, fundamentalmente, sobre el nuevo diseño del recurso de casación, si bien se introduce algunas variaciones en relación con la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, con la determinación del valor económico de la pretensión y con la cuantía aplicable en los asuntos procedentes del Tribunal de Cuentas, a las que se hará referencia al analizar el articulado.

En el nuevo esquema de la casación se puede establecer una primera clasificación en razón del órgano al que se atribuye la competencia para su conocimiento, distinguiendo entre los recursos de los que conoce el Tribunal Supremo de los recursos atribuidos a las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Dentro de los recursos de casación atribuidos al Tribunal Supremo, se contempla un recurso de casación amplio o general contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en los supuestos de que la sentencia haya declarado nula o conforme a Derecho una disposición general, que haya sido dictada en asuntos cuya cuantía exceda de 300.000 euros, o, con independencia de la cuantía, cuando la resolución del recurso presente *interés casacional*, interés casacional que se define en el artículo 86.3 sobre dos circunstancias: a) que la sentencia recurrida contradiga la doctrina del Tribunal Constitucional o la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que cita el artículo 53.2 de la Constitución; b) que el recurso afecte a un gran número de situaciones trascendiendo del caso objeto del recurso. Quedando excluidas del acceso a la casación las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo las que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Los motivos en los que habrá de fundarse este recurso son los establecidos en el vigente artículo 88 de la Ley 29/1998.

Igualmente, son recurribles en casación los Autos dictados por la Audiencia Nacional que se relacionan en el artículo 87 del Anteproyecto, dictados en procedimientos en los que se plantee la declaración de nulidad o conformidad a Derecho de una disposición general o cuando la cuantía del asunto exceda de 300.000 euros, siempre que previamente se hubiera interpuesto recurso de súplica.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, se establece un recurso de casación para unificación de doctrina, ante el Tribunal Supremo, del que quedan excluidas las sentencias dictadas sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, las dictadas en materia electoral y las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión, del art. 122. Este recurso tiene como presupuesto que concurren conjuntamente las circunstancias de que la sentencia haya recaído en asuntos cuya cuantía exceda de 150.000 euros o fuera indeterminada, que se produzca contradicción entre la sentencia recurrida y otra u otras dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o las de otros Tribunales Superiores de Justicia, porque en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, y que la contradicción revele una infracción en la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo relevantes y determinantes del fallo recurrido, que hubieran sido invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Asimismo, pueden ser impugnadas por esta vía las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros cuando la contradicción presente interés casacional, en los términos del artículo 86.3. Los motivos en los que ha de fundarse este recurso son los previstos en el artículo 88.1, con la salvedad de que si el motivo invocado es el previsto en el apartado c) de dicho precepto – quebrantamiento de las formas esenciales del juicio- bastará que la resolución recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en casos sustancialmente iguales, en relación con la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Se prevé en el artículo 96 bis la impugnación a través de este recurso de casación para unificación de doctrina de los autos relacionados en el artículo 87.1 dictados en procedimientos en que la sentencia, por razón de la cuantía sea susceptible de recurso de casación para la unificación de doctrina, contra los que se haya interpuesto recurso de súplica, siendo único presupuesto que el auto contenga un pronunciamiento opuesto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en casos sustancialmente iguales, en relación con la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo.

También conocerá el Tribunal Supremo del recurso de casación para unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo cuando, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Para conocer de este recurso se mantiene en el artículo 98.2 la atribución, ya prevista en el vigente artículo 96.6, a una Sección compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-administrativo y cinco magistrados de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos.

En el apartado quince del artículo segundo del Anteproyecto se añade una nueva sección quinta con un único artículo (99 bis) en el que se regula el denominado “recurso de casación por infracción de normas de Derecho estatal en relación con las disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”, del que conocerá el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunal Supremo, y al que tendrán acceso las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que hayan declarado nula o conforme a Derecho una disposición general, cuando el recurso se funde en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que hubieran sido invocadas en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora. Este recurso se tramitará por las normas establecidas en la sección tercera para el recurso de casación, con las especialidades que respecto del escrito de preparación del recurso establece el artículo 99 bis 2, y habrá de fundarse en alguno de los motivos del artículo 88.1.

Por último, se mantiene el recurso de casación en interés de la Ley, regulado en el artículo 100, que no se modifica, del que conoce el Tribunal Supremo cuando se enjuicie la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

Manteniendo el modelo establecido en la Ley 29/1998, se atribuye a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina, contra sentencias dictadas en única o segunda instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales de Justicia, cuando se funde en la infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma (art. 99), cuya regulación sufre alguna modificación que será objeto de posterior comentario, y el recurso de casación en interés de la Ley para enjuiciar la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de las Comunidades Autónomas que hayan sido determinantes del fallo recurrido, regulado en el vigente artículo 101, que no sufre modificación alguna.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El recurso de casación ordinario o amplio que se diseña en el Anteproyecto se reserva a las sentencias dictadas en única instancia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, quedando excluidas las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, que sólo tendrán acceso al recurso de casación para unificación de doctrina, en las condiciones que se establecen en el Anteproyecto. Así pues, se restringe el ámbito objetivo del recurso, en razón del órgano del que emane la resolución impugnada, y, por otra parte, se modifican sus presupuestos, de manera que manteniendo el ya previsto en el vigente artículo 86, de que la sentencia impugnada haya declarado nula o conforme a Derecho una disposición general y el de carácter cuantitativo, que se eleva a 300.000 euros, se introduce como uno de los presupuestos de la casación el “interés casacional”, permitiendo el acceso a la casación de las sentencias en las que concurra -en los términos definitorios que establece el art. 86.3-, aun cuando la cuantía del asunto en que se dictó no alcance ese límite cuantitativo, por lo que se modera la relevancia que ahora tiene la cuantía del asunto, a efectos del acceso a la casación.

No prevé el Anteproyecto una casación ordinaria atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que la casación autonómica seguiría quedando reducida a los recursos para la unificación de doctrina y en interés de la Ley, lo que deja fuera de la casación determinadas materias -entre ellas las de Derecho urbanístico-, materias que cuando estén residenciadas en primera instancia en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no tienen recurso de apelación y tampoco van a tener acceso a la casación fuera del estrecho límite que configura la vía de la unificación de doctrina. Pues se ha de tener en cuenta que el recurso para la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

unificación de doctrina tiene como único presupuesto la contradicción de sentencias dictadas respecto de situaciones idénticas y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, y el recurso de casación en interés de la Ley no cabe contra sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, conforme al artículo 101 de la Ley jurisdiccional.

En consecuencia, en el Anteproyecto, la casación “ordinaria” queda reservada tan sólo para las sentencias y autos de la Audiencia Nacional; por el contrario, si provienen de los Tribunales Superiores de Justicia sólo caben dos posibilidades de fijar jurisprudencia: la casación para unificación de doctrina y la casación en interés de ley. En todo caso, jamás podrá el Tribunal Supremo fijar doctrina sino tan sólo sobre Derecho estatal o comunitario europeo.

Este esquema lleva a que:

-Si un TSJ incurre en su sentencia o auto en alguno de los motivos de casación del artículo 88 LJCA pero no contradice ninguna otra sentencia, no tendrá oportunidad el TS de fijar doctrina. Se podrá decir que ese hueco queda cubierto con el recurso de casación en interés de ley, pero para que pueda acudir a este recurso se exige no sólo que la doctrina sea gravemente errónea o dañosa –lo que añade un plus de admisibilidad-, sino que una Administración territorial tenga interés en que esa doctrina se rectifique pues son las que están legitimadas.

-Tampoco cabrá que el TS pueda fijar jurisprudencia si aplicando Derecho autonómico un TSJ contraría la jurisprudencia del TS respecto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de leyes que reproduzcan la legislación estatal o, sin hacerlo, recojan figuras o institutos jurídicos comunes.

-A su vez, la regla general de que los TSJ son los tribunales naturales para fijar doctrina legal sobre el Derecho autonómico quiebra si, por ejemplo, se demanda a la Administración del Estado ante la Audiencia Nacional por dictar un acto que infrinja el Derecho autonómico.

Por lo tanto, se sugiere para reforzar al TS:

-Lo ya antes dicho respecto del artículo 5. 1. 2º LOPJ.

-Que se reconsidere la figura del “interés casacional” para que, incluso, por medio de ese interés pueda recurrirse al TS aunque se impugnen sentencias dictadas por la AN o TSJ en segunda instancia.

-Que aun cuando se aplique Derecho autonómico, si se ventila la fijación de doctrina sobre legislación básica o de normas que regulan institutos jurídicos comunes, se regule la posibilidad de que el TS fije doctrina.

## **2. Comentarios al articulado.**

El artículo segundo del Anteproyecto de Ley modifica el **artículo 14** de la Ley de la jurisdicción, en relación con la competencia de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, al que añade un párrafo 3, en el que la elección de fuero, que con carácter general reconoce la regla segunda del punto 1 a favor del demandante, cuando el recurso se dirija contra actos administrativos en materia de personal, propiedades



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

especiales y sanciones, se limita a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado, cuando se trate de órganos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración Local.

El fuero domiciliario electivo en materia de personal, propiedades especiales y sanciones, fue mal acogido por la doctrina (Moreno Catena, Gimeno Sendra, Garberí Llobregat, González-Cuéllar) que alertó sobre los inconvenientes teóricos y logísticos que generaría la instauración del fuero domiciliario, por el que puede optar libremente el demandante en los recursos sobre las indicadas materias, puesto que la aplicación de tal fuero puede llevar a que la actividad de una Diputación Provincial o de un Ayuntamiento sea fiscalizada por un órgano judicial perteneciente a otra provincia, en la misma o distinta Comunidad Autónoma, y, de igual modo, a que la actuación de una Administración autonómica sea controlada por órganos jurisdiccionales cuya circunscripción se encuentre en otra Comunidad Autónoma, en función del domicilio del demandante. Esto acarrea el problema de que, en dichas materias, los Tribunales Superiores de Justicia, a través de sus Salas de lo Contencioso-Administrativo, no tienen el monopolio en la aplicación e interpretación del correspondiente Derecho Administrativo autonómico, lo que abre un espacio de exención a la unificación de doctrina, desde la óptica del recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en el vigente artículo 99 LJCA. Por otro lado, los servicios jurídicos de las Entidades Locales y de las Comunidades Autónomas se ven obligados a desempeñar su función en órganos judiciales radicados fuera del territorio de la Comunidad e incluso muy alejados del mismo.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Es por ello que se ha de considerar muy oportuna la limitación que a la elección de fuero se incluye en el Anteproyecto, restringiéndola a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto impugnado.

No obstante, cabe señalar que tanto en este artículo como en los artículos 8. 3. 2º y 10. 1. i) se mantiene, por inercia, la dicción del antiguo artículo 10.1.b) de la LJCA de 1956, en su redacción tras la Ley 10/73, y que venía a continuar con la terminología -y regulación- ya desfasada del Título IV del Libro II del Código Civil que se refería a las aguas, minas y propiedad intelectual, siguiendo la línea de la Ley de 1956. Este desfase es aun más acentuado desde el momento en que, por ejemplo, respecto de bienes demaniales, el orden contencioso-administrativo no es competente para resolver en litigios sobre la titularidad de los mismos, de ahí que carezca de sentido mantener la dicción del Código Civil que cuya lógica era regular el régimen de los elementos de titularidad privada respecto de los bienes de dominio público allí referidos (minas y aguas). Hoy día la regulación del Código Civil está derogada tanto por la Ley de aguas como por la Ley de Minas e Hidrocarburos y el régimen de la Propiedad Intelectual queda regulado en la oportuna norma especial.

Por lo tanto, por litigios referidos a “propiedades especiales” habrá que entender, genéricamente y por un lado, los referidos a los diferentes tipos de bienes públicos (demaniales, patrimoniales, de propios, comunales), es decir, gestionados o administrados por las Administraciones o que sean de su titularidad y, por otro lado, que esos litigios sean consecuencia del ejercicio por parte de las Administraciones de sus potestades administrativas (deslindes, títulos de uso, potestad sancionadora, recuperación de oficio, etc.). No



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obstante, esa equivalencia entre dominio público y propiedades especiales se rompe en el artículo 8.3.2º que diferencia entre ambas categorías jurídicas, lo que no deja de ser una incorrección.

Se propone que en los artículos 8. 3. 2º, 10. 1. i) y 14. 1, Segunda –éste último es el informado- se cambie “propiedades especiales” por “bienes integrantes del patrimonio de las Administraciones” o si se opta por una categoría específica, “bienes demaniales”, todo en consonancia con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La modificación del **artículo 42 2.** consiste en la adición de un segundo párrafo que viene a completar la norma en lo que se refiere a los recursos que se reputan de cuantía indeterminada, por razón de la materia que constituye el objeto de los mismos, para añadir a los ya previstos en la norma los recursos interpuestos contra *actos que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores.*

Esta adición viene a completar la relación de supuestos en los que la cuantía del recurso se considera indeterminada, sobre la base de situaciones concretas a las que han de dar respuesta los órganos de la Jurisdicción contencioso administrativa, con el riesgo cierto de que recaigan resoluciones dispares de los distintos órganos jurisdiccionales sobre la posible cuantificación o no de los asuntos que se refieran a dichas cuestiones. Si bien resulta sumamente imprecisa la referencia a la “tarificación”, que enunciada con carácter tan general puede dar lugar a razonables dudas de interpretación ante los diversos supuestos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

concretos que en relación con tal cuestión pueden plantearse, especialmente cuando no haya problema para determinar con certeza la cuantía del asunto.

En lo que respecta a la **regulación de la casación** que, como se ha dicho anteriormente constituye el núcleo y fundamental objeto de la modificación de la Ley jurisdiccional contenida en el Anteproyecto que se informa, se ven afectados por la reforma los preceptos que integran las secciones tercera y cuarta del Capítulo III del Título IV, se añade una nueva sección quinta (art. 99 bis) y las actuales secciones quinta y sexta pasarán a ser sexta y séptima, respectivamente.

En el **artículo 86** se excluyen del ámbito del recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, quedando reservado este recurso para las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional. Se mantiene la exclusión, por razón de la materia, de las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Los supuestos en los que cabrá la casación se formulan de forma positiva, en lugar de utilizar la técnica de la exclusión o de la excepción del precepto vigente, siendo del siguiente tenor literal: *a) cuando la sentencia haya declarado nula o conforme a Derecho una disposición general; b) las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía exceda de 300.000 euros; c) cuando la resolución del recurso presente interés casacional, no obstante haberse dictado la sentencia en un asunto cuya cuantía no exceda de 300.000 euros o fuera indeterminada.* El interés casacional del recurso se concreta en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dos supuestos: -que la sentencia recurrida contradiga la doctrina del Tribunal Constitucional o la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que cita el artículo 53.2 de la Constitución; -que el recurso afecte a un gran número de situaciones trascendiendo del caso objeto del recurso.

Por último, se determina una *summa gravaminis* o límite cuantitativo para que las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable sean susceptibles de recurso de casación, en los casos establecidos en su Ley de funcionamiento. Este precepto se ha de poner en relación con el artículo 81 de la Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, que dispone:

*“1. El conocimiento del recurso de casación en materia de responsabilidad contable corresponde exclusivamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.*

*2. Son susceptibles de recurso de casación:*

*1º Las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal en apelación o en única instancia cuando la cuantía del procedimiento exceda de 3.000.000 pts..*

*Esta cuantía se entenderá, en su caso, elevada o disminuida, sin necesidad de precepto legal que así lo exprese, en la medida en que lo sea para el recurso de casación en el proceso civil.*

*2º Los autos dictados por las Salas del Tribunal de Cuentas, en asuntos de que conozcan en única instancia, por virtud de los cuales no se dé lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional correspondiente.*

*3º Los autos dictados por las mismas Salas en apelación, confirmatorios de los pronunciados en primera instancia por los Consejeros de Cuentas, no dando lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional que corresponda.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*3. El recurso de casación podrá interponerse por el Ministerio Fiscal, o por quienes, siendo actores o figurando como demandados en el procedimiento jurisdiccional de que traigan causa puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida, siempre que no hubieren consentido otra previamente recaída sobre igual objeto y en el mismo proceso.”*

Sin embargo, la referencia a la cuantía determinada para el recurso de casación civil quedará obsoleta y sin efectividad si prospera la reforma que en la casación civil introduce el Anteproyecto, en el que la cuantía del pleito deja de ser presupuesto de la casación para configurar como presupuesto único el “interés casacional”, lo cual, unido a la desproporción existente en la cuantía inicialmente fijada por la Ley 7/1988, respecto de la summa gravaminis establecida para la casación ordinaria administrativa, determina la necesidad y la oportunidad de fijar el límite cuantitativo de acceso a la casación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la conveniencia de hacerlo con unidad de criterio.

Así pues, frente al principio general de recurribilidad en casación ordinaria de las sentencias dictadas en única instancia por los órganos colegiados del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que establece el vigente artículo 86 de la LJCA, el Anteproyecto reserva este recurso únicamente para las dictadas por la Audiencia Nacional, mientras que las dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia sólo tendrán acceso a la casación por la vía de la unificación de doctrina. Opción legislativa que no se justifica en la exposición de motivos del Anteproyecto, en el que se explica el nuevo modelo del recurso para la unificación de doctrina pero no los motivos que han llevado a excluir de la casación general u ordinaria las referidas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Por ello, cabe pensar que se trata de reforzar la función del Alto Tribunal de dar uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho, respecto de las normas estatales o comunitarias europeas, estrechando los márgenes de la casación, y, para ello, de aligerar la carga competencial del mismo. No obstante, se echa de menos en la exposición de motivos la justificación del distinto tratamiento que da a las resoluciones en única instancia de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y a las resoluciones de la Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando en ellas se aplique normas derecho comunitario o estatal.

El mantenimiento de la exclusión del ámbito de la casación de las cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, parece en principio justificada, pues se trata de cuestiones que, aunque graviten sobre la defensa de situaciones subjetivas individuales, afectan o pueden afectar a un gran número de funcionarios, por lo que de no mantener la exclusión se abriría el acceso a la casación de todo tipo de cuestiones de personal, por la vía del interés casacional, del artículo 86.3 b) del Anteproyecto. No obstante, no cabe desconocer que, reservada la casación ordinaria a las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en la práctica los efectos de la exclusión son muy relativos, pues la competencia de dicha Sala en materia de personal se limita a los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Y, cuando se trate de actos de los órganos centrales del Ministerio de Defensa, conoce de los referidos a ascensos, orden y antigüedad de en el escalafonamiento y destinos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Se eleva a 300.000 euros el límite cuantitativo de acceso a la casación, lo que supone una notoria restricción de la casación en función del criterio cuantitativo, sin embargo, a la vez, la relevancia de dicho criterio queda atenuada al introducir como presupuesto de la casación la concurrencia de interés casacional, con independencia de cual sea la cuantía del recurso, dando un giro en el diseño de la casación hacia el modelo que ha venido propugnando un sector de la doctrina, que, en general, ha sido muy crítica con el establecimiento de criterios cuantitativos para delimitar el acceso a la casación, al tratarse de criterios aleatorios que no siempre dan relevancia al contenido jurídico. Parece, por ello un avance relegar o amortiguar la trascendencia jurídica del criterio cuantitativo a favor del interés casacional, que se define por la contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Constitucional o la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que cita el artículo 53.2 de la Constitución, o porque el recurso afecte a un gran número de situaciones trascendiendo del caso objeto del recurso. Este segundo aspecto ya viene contemplado en la vigente Ley jurisdiccional que, en su artículo 93.2, establece como causa de inadmisión del recurso en asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, cuando el motivo invocado sea la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones debatidas, la apreciación de que el recurso carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

En cuanto al interés casacional, debe introducirse un supuesto c) que diga:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

«c) Cuando no haya jurisprudencia sobre la cuestión debatida o se trate de la aplicación de normas sobre las que el Tribunal Supremo no haya fijado doctrina legal»

En este sentido es más completa la regulación del interés casacional que hace el Anteproyecto para la LEC, pero esta regulación no es de aplicación supletoria (artículo 4 LEC) pues la de la LJCA es agotadora.

El **artículo 87**, en cuanto a los autos susceptibles de casación no sufre más modificación que la que viene impuesta por la modificación del artículo anterior, al que se remite, pero ahora con referencia exclusivamente a los supuestos de las letras a) y b) del art. 86. 1, manteniendo inalterada la relación de autos susceptibles de ser impugnados en casación.

En lo que respecta a los motivos de casación, no se introduce modificación alguna en el vigente artículo 88, por lo que el recurso habrá de fundarse en los mismos motivos ahora previstos en la Ley, conforme a la interpretación que de los mismos hace la jurisprudencia.

En cuanto a la tramitación del recurso, se introducen algunas modificaciones en los **artículos 89, 90 y 93**. Así, en la fase de preparación (artículo 89), se amplía a quince días el plazo para la preparación del recurso ante la Sala que hubiere dictado la resolución recurrida, y se añade a las formalidades del escrito de preparación “la justificación, en su caso, de la concurrencia de interés casacional. Asimismo se suprime el actual párrafo 2, como consecuencia de la modificación del artículo 86 y la exclusión del ámbito de la casación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ordinaria de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

En el artículo 90 se introduce un nuevo párrafo 3, en el que se establece un primer filtro de fondo al recurso de casación cuando se alegue concurrencia de interés casacional, puesto que se impone a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictar auto razonado sobre la concurrencia o no del interés casacional invocado, en relación con los dos supuestos previstos en el artículo 86.3. No obstante, si bien en este supuesto concreto parece que se quiere reforzar ese filtro previo a tener por preparado el recurso, exigiendo expresamente la fundamentación de la decisión que al respecto adopte la Sala a quo, ello no supone que en el resto de los supuestos la decisión no tenga que ser motivada. Por el contrario, en el párrafo 2 del mismo precepto se dispone, con carácter general, que la denegación de la preparación del recurso se acordará en auto motivado.

Por otra parte, la apreciación del interés casacional debe quedar por entero al TS, de ahí que la posibilidad de tener por no preparado el recurso de casación por la AN (artículo 90.3) debe referirse a cuando sea manifiesta esa falta de interés casacional.

En cuanto a la forma que ha de adoptar la resolución, si nos atenemos a lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 del artículo 90, se dictaría auto para denegar el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo, mientras que la resolución tendría la forma de providencia cuando se tenga por preparado el recurso, sin embargo, en el nuevo párrafo 3, para el caso de que se alegue interés casacional, se hace referencia al “auto que tenga por preparado el recurso o deniegue la preparación”. No parece adecuado que la forma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la resolución que tenga por preparado el recurso de casación sea diferente en función del supuesto que dé lugar al recurso, por lo que parece conveniente que en todos los supuestos, y puesto que la resolución precisa de motivación, aunque sea sucinta, adopte la forma de auto.

Asimismo, se limita la oposición a la admisión del recurso, exigiendo que se funde en alguna de las causas previstas en el artículo 93.2 a), b), c) y d) de la Ley, causas que hacen referencia a la inobservancia de los requisitos de preparación del recurso, que la resolución impugnada no sea susceptible de casación, que se invoque motivo o motivos no comprendidos en el artículo 88, no se hayan citado las normas o la jurisprudencia cuya infracción se denuncia, las citas no guarden relación con la cuestión debatida, no haya constancia de que se hubiere pedido la subsanación de la falta cuando sea necesario hacerlo, y que el recurso no presente interés casacional.

Parece que se trata de limitar la oposición a la admisión del recurso a la invocación de aquellas causas de inadmisión que presentan un carácter eminentemente formal, exceptuando las causas de inadmisión previstas en los apartados e) y f) del Anteproyecto, que atienden fundamentalmente al fondo del asunto y que exigen un examen preliminar del objeto del litigio, de los fundamentos de la pretensión deducida y de los fundamentos de la impugnación. No obstante, cabe hacer la salvedad del supuesto de ausencia de interés casacional, que presenta ambos aspectos, según se plantee con referencia al artículo 86. 3 a) o con el 86. 3 b).

Por ello, no parece justificado que se impida a la parte recurrida oponerse a la admisión del recurso alegando que éste carece



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

manifiestamente de fundamento o que se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, reservando esos casos de inadmisión a la apreciación de oficio por el Tribunal, y sí se permita la oposición con fundamento en ausencia de interés casacional. Si de lo que se trata es de otorgar un tratamiento diferente a esos supuestos de inadmisión, al requerir su apreciación un examen y razonamiento por parte del Tribunal sobre cuestiones de fondo, en relación con la doctrina jurisprudencial, haciendo valoraciones que en algunos casos corresponderían más propiamente a la sentencia, en línea con la relevancia que a dichos casos de inadmisión otorga el mismo artículo 93. 4 al exigir que el auto de inadmisión se dicte por unanimidad de los miembros de la Sección correspondiente, se ha de tener presente que esa misma unanimidad se exige cuando la causa de inadmisión es la del apartado d) del art. 93.2 *“si el recurso no presenta interés casacional”*. Así pues, parece más conveniente que esa causa de inadmisión reciba el mismo tratamiento que las establecidas en los apartados d) y f), en lo que se refiere a su invocación por la parte recurrida en la oposición a la admisión del recurso de casación, en el trámite de personación.

Por último, se añade un segundo párrafo al artículo 93.3, en el que se contempla una excepción al trámite de audiencia a las partes sobre las posibles causas de inadmisión, previamente a resolver sobre tal cuestión, que establece el primer párrafo del art. 93.3. Se prevé en él que no se dé dicho trámite cuando la Sala hubiera acordado reiteradamente la inadmisión de otros recursos por la misma causa en supuestos sustancialmente iguales. Esta limitación parece oportuna, pues aligera la tramitación al eliminar una actuación que resulta irrelevante, ante la existencia de una doctrina uniforme en supuestos sustancialmente iguales, y que, sin embargo, exige actos de comunicación con las partes y demora la resolución sobre la admisión o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

inadmisión del recurso. En este sentido, pese a que el vigente artículo 93.3 no establece excepción alguna al trámite de audiencia, el Tribunal Supremo en diversas ocasiones se ha pronunciado sobre la inutilidad o no necesidad de tal trámite, cuando la Sala se haya pronunciado reiteradamente sobre la causa de inadmisión alegada en la oposición en trámite de personación (entre otros, AATS 1/7/02, 11/3/04). En el primero de estos Autos se dice: *“hay que advertir que la coincidencia en la identidad de la parte recurrente en asuntos análogos, en lo que aquí importa, a otros ya resueltos, ha hecho innecesario el trámite de audiencia, que de haberse observado rigurosamente sólo habría dado lugar a actuaciones inútiles y gravosas para la propia institución recurrente...”* En la segunda de las resoluciones citadas se precisa: *“...como ha dicho esta Sala reiteradamente –lo que hace innecesario la apertura del trámite de audiencia para que el recurrente pueda realizar alegaciones respecto a dicha oposición- en el trámite de oposición...”*

La Sección cuarta del Capítulo III del Título IV de la Ley 29/1998 (artículos 96 a 99) dedicada a los recursos para unificación de doctrina, sufre una importante modificación que se irá comentando al analizar cada artículo, pero conviene de manera esquemática presentar el sistema del Anteproyecto, distinguiendo entre la unificación de doctrina de la que conoce el Tribunal Supremo, cuando el conjunto normativo aplicable sea el Derecho estatal o comunitario europeo cuya infracción se plantee (arts. 96, 96 bis, 97, 97 bis, 98 y 98 bis), y la unificación de doctrina de la que conocen los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el recurso se funde en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma (art. 99). Y, dentro de los primeros, el Anteproyecto regula por separado la unificación de doctrina contra sentencia y autos de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunales Superiores de Justicia (arts. 96, 96 bis, 97 y 97 bis) y las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (art. 98).

El **artículo 96** del Anteproyecto regula el recurso de casación para unificación de doctrina, ante el Tribunal Supremo, contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, estableciendo además del ámbito objetivo del recurso -mediante una regla general de recurribilidad y sus excepciones-, los presupuestos que han de concurrir para que quepa dicho recurso.

Este recurso, que se introdujo en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley 10/1992, atribuye al Tribunal de casación una de las finalidades que son propias de la casación en general, y la más importante, que es la de dar uniformidad a la jurisprudencia, sin relegar la defensa de la Ley, pues en todo caso la contradicción entre la sentencia impugnada y las que se toman como referente ha de revelar una infracción de normas determinantes del fallo. A través de él se preserva además del principio constitucional de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución -que garantiza una determinada respuesta del ordenamiento ante una concreta situación jurídica-, el principio de igualdad, del artículo 14 de la Constitución -que garantiza un trato igual para todos los ciudadanos en la misma situación-.

Poniendo en relación el vigente artículo 96 de la Ley jurisdiccional con la redacción que al mismo artículo da el Anteproyecto, se puede decir que se acoge ahora una modalidad de casación para unificación de doctrina distinta, pues si en la norma vigente se establece el recurso sobre la base de la contradicción existente entre resoluciones dictadas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por la Sala de lo Contencioso-administrativo del mismo tribunal (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia) o, tratándose de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, también cuando la contradicción se produjese respecto de sentencias del Tribunal Supremo, en todo caso dictadas en situaciones idénticas y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, el Anteproyecto además de excluir de la unificación de doctrina a las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional y regular por separado el recurso contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, amplía la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia a los supuestos de contradicción entre la sentencia recurrida y otra u otras dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o de otros Tribunales Superiores de Justicia.

Establece el artículo 96, como presupuesto para que quepa el recurso en unificación de doctrina, que han de concurrir conjuntamente las siguientes circunstancias: a) que la sentencia impugnada haya recaído en asunto cuya cuantía exceda de 150.000 euros o fuera indeterminada; b) que se produzca contradicción entre la sentencia recurrida y otra u otras dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o las de otros Tribunales Superiores de Justicia, porque en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos; c) que la contradicción revele una infracción en la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo relevantes y determinantes del fallo recurrido, que hubieran sido invocadas oportunamente en el procedimiento o consideradas por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la Sala sentenciadora. Igualmente, se establece la recurribilidad de las sentencias en las que no concurra la circunstancia de que la cuantía del asunto exceda de 150.000 euros cuando la contradicción presente interés casacional, en los términos del artículo 86.3. Y se mantiene la exclusión, a efectos del acceso a este recurso, de las sentencias que se refieren a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, con la salvedad de que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, las dictadas en materia electoral y las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122.

Así pues, se alteran los actuales márgenes de la casación para unificación de doctrina ampliando el referente de contradicción a las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las de otros Tribunales Superiores de Justicia, sin embargo no se contempla la contradicción con otras sentencias del propio Tribunal, opción que no parece justificada, máxime si se tiene en cuenta que existen Tribunales Superiores de Justicia que tienen más de una Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en distinta localidad y jurisdicción sobre distintas provincias, que actúan como tribunales independientes, siendo más que probable que en algunas de sus resoluciones se produzca la contradicción que da lugar a la casación para unificación de doctrina, conforme al artículo 96.1. Por otra parte, si bien se eleva a 150.000 euros la cuantía del asunto, a partir de la cual la sentencia será recurrible, siempre que concurren el resto de condiciones, la relevancia de ese límite cuantitativo se atenúa, al permitir que, aun sin que concurra esa circunstancia, la sentencia sea impugnada por esta vía, cuando la contradicción presente el interés casacional que define el artículo 86.3, criterio éste más justificado que el meramente cuantitativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El mantenimiento de la exclusión de determinadas materias, como las de personal, si bien se puede justificar en el intento de no sobrecargar al Tribunal Supremo, como se ha dicho al comentar el artículo 86, presenta inconvenientes al posibilitar la existencia de resoluciones contradictorias entre las distintas Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sobre un mismo acto administrativo, que no van a tener acceso a la unificación de doctrina.

El Anteproyecto introduce en la Ley un nuevo **artículo 96 bis** en el que se hace extensivo el acceso a la casación para unificación de doctrina a los autos que se relacionan en el artículo 87.1 que hayan sido dictados en procedimientos en los que la sentencia, por razón de la cuantía, fuese susceptible de recurso de casación para la unificación de doctrina. Siendo presupuesto suficiente que el auto contenga un pronunciamiento opuesto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en asuntos sustancialmente iguales, en relación con la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo. Igual que sucede con el recurso de casación ordinario (art. 87.2), es preciso, en todo caso, la previa interposición de recurso de súplica.

Esta prescripción legal viene a solventar una cuestión que, ante el silencio de la Ley 29/1998, ha dado lugar a distintas posturas doctrinales sobre la recurribilidad de los autos dictados en procesos en los que sí se autoriza la casación para unificación de doctrina. Algunos autores (entre otros Gimeno Sendra y Moreno Catena) sostienen que habría de admitirse al menos contra los autos que inadmitan el recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación, cuando contradigan otras resoluciones del Tribunal Supremo, de la Audiencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, opinión que no es compartida por otros autores (Xiol). Tampoco esa opinión ha sido acogida por la doctrina jurisprudencial, que en diversas ocasiones (entre otros, ATS 18/2/00) se ha pronunciado sobre el tema afirmando que *“el recurso de casación para la unificación de doctrina, a diferencia del de casación propiamente dicho, sólo puede interponerse contra sentencias, nunca contra autos, como con toda nitidez dispone el artículo 102 a) de la Ley de esta Jurisdicción, versión de 1992, aplicable al caso, y en la actualidad los artículos 96 y siguientes de la vigente Ley. La razón estriba en que se trata de una modalidad subsidiaria de la casación propiamente dicha, creada con la finalidad exclusiva de reconducir a la unidad doctrinas divergentes en torno a la cuestión litigiosa objeto del proceso principal”*.

Los artículos **97 y 97 bis** completan la regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina haciéndolo de manera más precisa y detallada que el vigente artículo 97, lo cual parece responder al carácter y relevancia que adquiere este recurso en la reforma que se proyecta, pues la reserva de la casación ordinaria a las sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional, mientras que las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo tendrán acceso a la casación por el cauce de la unificación de doctrina, determina que ya no se pueda predicar de este recurso su carácter de residual o subsidiario respecto de la casación ordinaria, como sucede con la normativa vigente -en cuanto cabe únicamente contra aquellas resoluciones no susceptibles de ser recurridas en casación ordinaria-.

Mientras que el vigente artículo 97 no hace referencia a los motivos de la casación para la unificación de doctrina, lo que ha llevado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a considerar que el único motivo existente es la “contradicción” entre resoluciones judiciales, la redacción que de dicho artículo contiene el Anteproyecto, en relación con el artículo 96, permite afirmar que esa contradicción es un presupuesto de recurribilidad, mientras que los motivos del recurso son los establecidos en el artículo 88.1, tal como reza el nuevo precepto, que hace la salvedad de que tratándose del motivo previsto en el artículo 88.1 c) -quebrantamiento de forma- bastará que la resolución recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en casos sustancialmente iguales, en relación con la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo. Así pues la mera existencia de contradicción entre resoluciones, junto con el resto de los presupuestos o circunstancias establecidas en el artículo 96.1, no es suficiente para que sea admisible el recurso, sino que además ha de concurrir alguno de los motivos establecidos para la casación ordinaria, es decir, la contradicción se ha de poner en relación con los motivos del recurso.

Resulta difícil comprender las razones que han llevado al prelegislador a establecer unos presupuestos de recurribilidad, que han de concurrir conjuntamente (art.96), uno de los cuales es que la contradicción revele infracción en la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo relevantes y determinantes del fallo recurrido, que hubieren sido invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, para condicionar a continuación la “admisión” del recurso a la concurrencia de uno de los motivos establecidos para la casación ordinaria. Por otra parte, el establecimiento de la necesidad de que el recurso se funde en alguno de los motivos del artículo 88.1 no se corresponde con la regulación del trámite del recurso contenida en el nuevo artículo 97 bis, cuyo apartado 2 establece que *“el auto que tenga por preparado el recurso o denegada la preparación, expondrá las*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*razones por las que se considera que concurren las identidades del artículo 96 o las diferencias apreciadas, así como la relevancia, en su caso, de la contradicción que precise unificación o de la presencia de interés casacional*". Es decir, ese primer control o filtro que corresponde hacer al tribunal a quo prescinde absolutamente de la adecuada invocación o de la concurrencia de alguno de los motivos del artículo 88.1. Y ello, pese a que en el párrafo 1 del mismo artículo se dice que el escrito de preparación del recurso expresará "el motivo en que pretenda fundarse el recurso..."

Asimismo, en el artículo 97 bis.3 que introduce el Anteproyecto, se establece que el recurso se interpondrá –hay que entender que una vez que se haya tenido por preparado por la Sala sentenciadora- ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de 30 días, *siendo aplicable a la preparación, interposición, sustanciación y resolución del recurso, lo dispuesto en la sección anterior en cuanto resulte aplicable*". Parece obvio que no procede la referencia a la "preparación", una vez que sobre tal extremo ha resuelto el órgano a quo, y, sin embargo, no se menciona el trámite de admisión. La remisión en bloque a las normas de la sección anterior no permiten pensar que es voluntad del prelegislador omitir tal trámite, sustrayendo de la capacidad de decisión del Tribunal Supremo la admisión o inadmisión del recurso, por lo que tal omisión parece responder a un error involuntario.

El artículo 97.2 precisa que ha de conocer de la casación para unificación de doctrina la Sala del Tribunal Supremo de acuerdo con las reglas generales de reparto en la Sala, sin embargo, cuando las sentencias del Tribunal Supremo que se citen como infringidas provengan, y se haga constar así en el escrito de preparación por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

recurrente, de una Sección distinta de aquella a la que corresponde conocer conforme a las normas de reparto, conocerá del recurso la Sección a la que se refiere el artículo 98.2, es decir, la Sección establecida para conocer de los recursos para unificación de doctrina contra sentencias de la propia Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Esta norma transcribe lo ya dispuesto en el vigente artículo 96. 6 y 7.

El **artículo 98** da una regulación independiente al recurso de casación para unificación de doctrina contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que en el vigente artículo 96 se regula de manera conjunta con el interpuesto contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional o por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Si bien no introduce ninguna novedad en cuanto a los presupuestos del recurso y a la Sección de la Sala que ha de conocer del mismo, limitándose el párrafo 1 del art. 98 a reproducir el párrafo 1 del vigente artículo 96, con la salvedad de que se contrae exclusivamente a las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, y el párrafo 2 reproduce, en cuanto a la Sección ad hoc, el actual párrafo 6 del artículo 96, coincidente con el contenido del artículo 61.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este supuesto se mantiene el modelo actual de recurso para unificación de doctrina, en el cual el único motivo es la contradicción de resoluciones, cuando éstas se hubieren dictado en supuestos en los que concurren las identidades a las que hace referencia el precepto. Siendo labor del Tribunal Supremo comparar la resolución impugnada con las invocadas como referencia, las cuales, en todo caso, han de ser



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

anteriores a la recurrida (SSTS 12/6/87; 3/2/89; 4/6/90;10/4/02), y determinar cuál de los criterios opuestos es el correcto, decisión de la que dependerá la estimación o desestimación del recurso, ya que para que prospere el recurso no es suficiente con constatar la existencia de contradicción, sino que será necesario que la Sala considere que el criterio acertado es el de la resolución o resoluciones anteriores, pues si considera más acertado el criterio mantenido en la sentencia impugnada lo declarará así y desestimará el recurso (SSTS 22/11/88; 8/3/89; 21/6/04, entre otras).

El Anteproyecto introduce un nuevo **artículo 98 bis** que reproduce casi textualmente el contenido del vigente artículo 98, en cuanto a los efectos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina, declarando que en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnación. En caso de que la sentencia sea estimatoria del recurso, casará la resolución impugnada y resolverá el debate planteado con pronunciamientos ajustados a Derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

Llama la atención que la única variación entre el precepto vigente y el artículo 98 bis del Anteproyecto sea la sustitución del término “sentencias precedentes a la impugnada” por “resoluciones precedentes a la impugnada”, lo que podría interpretarse en el sentido de que se abre la posibilidad de invocar como resoluciones de contraste otras distintas de la sentencia -autos-. Sin embargo, tal hipótesis ha de rechazarse, sin lugar a duda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hable de contradicción “*entre sentencias dictadas en única instancia...*”, porque este recurso sólo cabe



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contra sentencias (art. 98) sin que se prevea la posibilidad de recurso contra autos, como se hace en el nuevo artículo 96 bis respecto de la casación para unificación de doctrina contra resoluciones de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, y a la luz de la doctrina jurisprudencial, que no solo limita las resoluciones de contraste a las sentencias sino que precisa que *“cuando se trata de sentencias de esta Sala, es preciso, como ha venido a hacer explícito el apartado 3 del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadido por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio), que la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala”* (STS 20/10/03).

No se establece en el Anteproyecto un trámite específico para este recurso contra sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, por lo que habría que entender que será de aplicación al respecto lo dispuesto en el artículo 97 bis. Sin embargo, la modificación que se introduce en la casación para unificación de doctrina contra resoluciones de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, al establecer presupuestos de recurribilidad específicos, motivos de recurso y reforzar la función de filtro del órgano sentenciador, al examinar el escrito de preparación del recurso y la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 96, 96 bis y 97, así como la necesidad de dictar auto tanto en el caso de que se tenga por preparado el recurso como en el de denegación de la preparación, hace inadecuado este procedimiento para la sustanciación del recurso contra sentencias del propio Tribunal Supremo. Por ello parece aconsejable que se prevea un procedimiento específico para este recurso, que se ajuste a las peculiaridades del mismo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Se modifica el **artículo 99**, que regula el recurso de casación para unificación de doctrina de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se funde en la infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma. En cuanto a las resoluciones que tendrán acceso a este recurso se precisa que lo serán las *“sentencias dictadas en única o segunda instancia por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, si existen varias de estas Salas o las Salas tienen varias Secciones”*. Se amplía así el ámbito objetivo del recurso, pues la actual redacción del precepto, en una interpretación conjunta de sus párrafos primero y segundo, lleva a la conclusión de que este recurso sólo cabe contra sentencias dictadas en única instancia, puesto que el párrafo segundo dispone que el recurso procederá contra sentencias no susceptible de casación o de casación para unificación de doctrina “por aplicación exclusiva de lo previsto en el artículo 86.4 y cuando la cuantía litigiosa supere los tres millones de pesetas”, en ambos casos la referencia se hace a sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, limitándose el acceso al recurso ante el Tribunal Supremo a los supuestos en que se invoque infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo. Por otra parte, se suprime el límite cuantitativo establecido en el vigente artículo 99, que exige que la cuantía litigiosa supere los tres millones de pesetas.

El Anteproyecto mantiene la atribución de competencia para conocer de este recurso a una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia, así como la composición de esta Sección, siendo la única novedad la atribución expresa al Presidente de la facultad de convocar el Pleno de la Sala. Previsión que merece una acogida favorable, como posibilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de acudir a dicha medida para afrontar asuntos de especial relevancia o que hayan dado lugar a notables discrepancias, si bien habrá de entenderse que se trata de una facultad de la que los presidentes deberán de hacer un uso ponderado y siempre justificado. Asimismo, como novedad, se establece la posibilidad de que se cree una sección fija en la Sala para conocer de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, fundados en la infracción de normas emanadas de las Comunidades Autónomas, cuando el número de asuntos lo aconseje. No se precisa en la norma cuál será la composición de esta Sección fija encargada de conocer de los referidos recursos, ni si sus competencias se limitarán a dichos recursos, cuestiones que deberían quedar reguladas de manera clara, pues no parece adecuada para esta sección “especial” la composición prevista en el artículo 99.2, especialmente para aquellos Tribunales Superiores de Justicia que cuentan con más de una Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en distintas localidades, como es el caso de Castilla-León, Canarias o Andalucía, en los que el presidente de la Sala sita fuera de la localidad donde tenga su sede el Tribunal así como, en su caso los presidentes de sección y los magistrados correspondientes tendrían que formar parte de una sección fija y permanente de la Sala con sede en el Tribunal Superior de Justicia, con los consiguientes inconvenientes personales y funcionales para la Sala a la que pertenezcan.

Introduce el Anteproyecto una nueva Sección quinta con la rúbrica *“Recursos de casación por infracción de normas de Derecho estatal en relación con las disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales”*, que se integra por un nuevo **artículo 99 bis**, que amplía el recurso de casación a las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunales Superiores de Justicia que hayan declarado nula o conforme a Derecho una disposición general, cuando el recurso se funde en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Este recurso se ha de fundar en alguno de los motivos del artículo 88.1 y le son aplicables las normas establecidas en la sección tercera, en cuanto a preparación, interposición sustanciación y resolución, con la salvedad de que en el escrito de preparación se ha de expresar únicamente el motivo en el que pretende fundarse el recurso y la justificación de que la infracción de norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

Se introduce un nuevo recurso que responde o se ajusta a la casación ordinaria, pues, como se dice en el artículo 99 bis 2, se rige por las normas de la sección tercera tanto en la tramitación como en la resolución, por lo que la sentencia que recaiga tendrá los efectos establecidos en el artículo 95, radicando la principal especialidad de este recurso en su ámbito objetivo y en sus presupuestos, pues en cuanto a su objeto se concreta a las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia *“que hayan declarado nula o ajustada a Derecho una disposición general”*, y es presupuesto del recurso que se funde en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. El término *“oportunamente”* que se emplea en este precepto, igual que se hace en el artículo 96.1 c) puede interpretarse desde un punto de vista formal, como la necesidad de que se haya invocado en el momento procesal adecuado o, desde un aspecto sustantivo, como la exigencia de que ese precepto invocado -



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cuya infracción se denuncia en casación- tenga relevancia jurídica para la resolución del recurso contencioso-administrativo, por lo que habrá de ser la doctrina jurisprudencial la que interprete y precise el alcance de ese adverbio, cuya necesidad u oportunidad es cuestionable.

Si bien la remisión del nuevo precepto a las normas de la sección tercera, para la preparación, tramitación y resolución del recurso, el objeto y presupuesto de éste, así como la exposición de motivos y el informe sobre necesidad y oportunidad, no dejan duda sobre la atribución al Tribunal Supremo de la competencia para conocer de este recurso, sí se echa de menos la referencia al órgano competente en el artículo 99 bis. Por otra parte, la redacción del párrafo segundo del punto 2 de dicho artículo es confusa, dando la sensación de que o se ha omitido una conjunción entre *“fallo de la sentencia”* y *“que hubieran sido invocadas...”* o esta última frase se debe incluir en la tercera línea, a continuación de *“norma estatal o comunitaria europea”*. Esta última opción parece la más correcta.

Por último, se mantienen inalteradas las normas reguladoras de los recursos de casación en interés de la ley (artículos 100 y 101) y de revisión de las sentencias firmes (artículo 102), que únicamente cambian su número de sección como consecuencia de la introducción de la nueva sección quinta, pasando a ser las secciones sexta y séptima, respectivamente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

### **III.- Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

#### **1. Observaciones generales.**

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se regula en el artículo tercero del Anteproyecto de Ley objeto del presente informe -así como la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-, trae causa, como ya se ha comentado, de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de organización de la Administración de Justicia, contenida en el Anteproyecto de Ley Orgánica también sometido a informe de este Consejo. Por razones de sistemática, así como se analizan en el presente informe preceptos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que afecta a la nueva atribución de competencias entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, se omite el análisis de los preceptos del Anteproyecto de Ley que constituye el objeto principal de este informe en lo que respecta a la Justicia de Proximidad, que es objeto de análisis en el informe al mencionado Anteproyecto de Ley Orgánica, a fin de tratar de manera conjunta y uniforme los distintos aspectos de las cuestiones más relevantes de ambos Anteproyectos.

En líneas generales, y en lo que afecta a la jurisdicción civil, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como hemos dicho, crea el marco de las reformas procesales, se concreta en la previsión de la posibilidad de creación de los Juzgados de Proximidad, a los que se atribuye la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos, así como de las medidas de conciliación y mediación, que expresamente les atribuya la Ley, y modifica el sistema



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de recursos, con la finalidad proclamada de reservar para el Tribunal Supremo la función unificadora de doctrina y de ampliar la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia a todo el Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma, con independencia de la sede del órgano judicial que haya conocido en la instancia, contemplando la posibilidad de que se les atribuya el conocimiento de la revisión contra sentencias dictadas por los órganos judiciales sitos en la respectiva comunidad Autónoma.

Decimos que esa es la intención proclamada en la exposición de motivos tanto del Anteproyecto de Ley de reformas procesales como en el Anteproyecto de Ley Orgánica, pues en realidad, como ya se ha expuesto al analizar el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, a tenor de la redacción que se da al artículo 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes estatales no harían sino crear el marco o posibilitar el logro de tales fines, pero dejando la decisión sobre atribución de competencias a los Tribunales Superiores de Justicia -e indirectamente al Tribunal Supremo- al albur de lo que al respecto dispongan los Estatutos de Autonomía. Así, se modifica el artículo 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil, el conocimiento: *“a) del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil, aunque tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de derecho civil, foral o especial, o de derecho propio de la comunidad en la que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”; “b) de la revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil, que tengan su sede en la Comunidad*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.”*

Se ha de llamar la atención especialmente sobre el apartado b), pues se remite a la atribución de competencia por los Estatutos de Autonomía, el conocimiento por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de la revisión de sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción civil con sede en la Comunidad Autónoma, sin limitar ese conocimiento al derecho civil, foral o especial, propio de la respectiva Comunidad, de manera que por esa vía se permitiría la atribución de competencias en los Estatutos de Autonomía sobre el derecho civil común. No obstante, hemos de remitirnos en este punto a las objeciones que a esa norma se hacen en el presente informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que se refiere exclusivamente a la redefinición de competencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En consecuencia con las mencionadas modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley al que se refiere este informe configura un recurso de casación civil cuya finalidad es unificadora, que se articula sobre el presupuesto del interés casacional y al que tendrán acceso únicamente las sentencias que produzcan efecto de cosa juzgada material. Por otra parte, la eliminación del recurso extraordinario por infracción procesal permite que en casación puedan ser alegadas la infracción de normas sustantivas y procesales, si bien en este último caso es preciso que la infracción procesal se haya producido en la segunda instancia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Una parte importante de las modificaciones que se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Civil se contraen a la eliminación de las referencias al recurso extraordinario por infracción procesal (artículos 41, 48.2, 67.2, 206.2, 237.1, 240.1, 398, 449, 494, 497, 500, 535.2 y 723.2), que se suprime, o a las referencias a los Juzgados de Proximidad (artículos 46 bis, 68, 108, 110, 170, 257, 455 y 813).

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, diseñó un novedoso sistema de recursos extraordinarios que vino a modificar el régimen de éstos, al distinguir entre cuestiones procesales y sustantivas, derivando las primeras al cauce del recurso extraordinario por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, para cuyo conocimiento se atribuyó la competencia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, y las sustantivas al recurso de casación, del que conoce el Tribunal Supremo, salvo en el supuesto específico en que la competencia viene atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, siempre que el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto tal atribución. Completa el sistema el recurso en interés de la Ley, para la unidad de la doctrina jurisprudencial, respecto de las sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal, cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales (art. 490 LEC).

Sin embargo, este sistema de recursos, que suponía diseccionar el recurso de casación -en sus modalidades de infracción de ley y quebrantamiento de forma- en dos nuevos recursos -si bien no hay



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

identidad en ámbito objetivo de unos y otros-, con la nueva atribución competencial prevista en la Ley 1/2000, no ha llegado a aplicarse, sino que se ha consolidado el régimen provisional establecido en la disposición final decimosexta *“régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios”* que dispone: *“En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477”*. En dicha disposición final se establecen las reglas para la preparación, interposición y resolución de dicho recurso extraordinario.

Esa disgregación del tradicional recurso de casación en dos nuevos recursos extraordinarios, que requerían una nítida delimitación del ámbito de cada uno de ellos, ha dado lugar a una copiosa doctrina del Tribunal Supremo al abordar los distintos supuestos que se han ido presentando en relación con el ámbito del recurso de casación y de las cuestiones propias de él, llegándose a pronunciamientos en los que se rechazaba la inclusión en su ámbito de cuestiones relacionadas con la incompetencia de jurisdicción, la legitimación de las partes, el litisconsorcio, la incompetencia de jurisdicción, la litispendencia, la cosa juzgada, la carga y valoración de la prueba, la condena en costas, la falta de motivación de las resoluciones judiciales, entre otras. El Alto Tribunal restringió el ámbito de la casación a los supuestos de infracción de normas sustantivas, en consonancia con la función *nomofiláctica* -guardadora de la ley- y al propio ámbito establecido en el artículo 477.1 de la Ley 1/2000, que al referirse a leyes aplicables “para resolver las cuestiones objeto del proceso” identifica éste con la pretensión material deducida, entendiendo que las cuestiones procesales, en sentido amplio, se han de ver en el recurso por infracción procesal, excluyendo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la posibilidad de que el interés casacional pueda basarse en jurisprudencia o normas relativas a temas de naturaleza adjetiva (Autos de 27/11/2001, 23/4/2002).

Atendiendo a la exposición de motivos de la Ley 1/2000, se infiere que la razón de esa disgregación de recursos fue reforzar la seriedad en el planteamiento de las cuestiones procesales, ampliar e intensificar la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal. Sin embargo, la reforma no tuvo buena acogida entre la doctrina, que en gran parte consideró inadecuada desde la denominación “recurso extraordinario por infracción procesal” hasta la regulación del mismo. Siendo de destacar, de entre las numerosas críticas de los procesalistas, la opinión de Arias Lozano, al resaltar la diabólica situación en que se sitúa al justiciable que ha obtenido una sentencia desfavorable en segunda instancia, ya que se ve obligado a elegir entre un recurso u otro con carácter excluyente; asimismo, Navarro Hernán destaca como especialmente negativo que se veda al Tribunal Supremo su inestimable labor de seguir garantizando con su uniforme doctrina, la aplicación igualitaria de la ley, a lo que se añade que se sustrae a dicho Tribunal el conocimiento por vía casacional de las infracciones del artículo 24 de la Constitución.

A ello hay que añadir que no existe tampoco un fundamento que justifique la atribución competencial a favor de las Comunidades Autónomas, puesto que el ordenamiento procesal civil es competencia exclusiva del Estado y solamente se contempla la excepción relativa a “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (artículo 149.1.6 C.E.).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Así pues, parece que no es de lamentar la supresión del llamado recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha llegado a aplicarse, como se ha dicho anteriormente, y que no deja de ser un recurso de casación, como se deduce de su carácter extraordinario - requiere la concurrencia de motivos tasados en la Ley- y de los efectos de la sentencia que en él recaiga, pues el artículo 76 de la LEC habla repetidamente de “casar” la resolución impugnada.

Con la reforma proyectada se refuerza, pues, el papel del Tribunal Supremo como de garante de la igualdad y seguridad jurídica en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico estatal, al ampliarse el ámbito objetivo de la casación, incluyendo en el artículo 477.2 como motivo de la misma *“la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y de las que rigen los actos y garantías del proceso cuando la ley determine la nulidad o se haya producido indefensión...”* En este caso será preciso haber agotado los recursos ordinarios para la denuncia de la infracción de la norma procesal y todos los medios que ofrece la ley para la subsanación.

Tal como comenta Xiol Ríos en su ponencia sobre la posición constitucional del Tribunal Supremo, en las Jornadas de conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978, los tribunales de casación no tienen como razón de ser la de asegurar el predominio absoluto de la ley frente al poder creador del juez, sino la garantía de la unidad del sistema jurídico, de su armonización con los sistemas supraestatales y la efectividad de los principios de igualdad en los procesos de concreción de la norma y de seguridad en la resolución de los conflictos jurídicos. El propio Tribunal Supremo en las propuestas de reforma en atención a sus funciones constitucionales, a las que ya se ha hecho referencia en este informe, parte del punto de vista de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cometido de unificación de doctrina y de armonización del sistema en su conjunto y con los ordenamientos supraestatales.

Frente a la situación actual, en que el interés casacional es uno más de los presupuestos de recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, junto con el objeto del procedimiento [de tutela judicial civil de derechos fundamentales -con excepción de los reconocidos en el artículo 24 de la Constitución-] y la cuantía del asunto, en el Anteproyecto de Ley, como se ha señalado anteriormente, el recurso de casación se configura en torno al “interés casacional”, que constituirá el presupuesto de la casación y que se entenderá concurrente en los supuestos tasados en la Ley, en función de que el recurso se fundamente en la infracción de normas sustantivas o de normas procesales. En el primer caso, el interés casacional se describe en el artículo 478 del Anteproyecto de forma similar a la vigente redacción del artículo 477.3, si bien este precepto se ha visto matizado de forma profunda por los criterios adoptados en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 que, en lo que se refiere al interés casacional lo pone en relación con las sentencias recaídas en procesos ordinarios, verbales o especiales determinados por razón de la materia, excluyendo los procesos ordenados por razón de la cuantía, entendiéndose que éstos tienen acceso a la casación a través del presupuesto del artículo 477.2.2º. Se mantiene, pues, la opción legislativa de predeterminar en la Ley qué se entiende por interés casacional o mejor en qué supuestos se entiende que concurre dicho interés casacional, con lo cual, si bien se permite el acceso a la casación de cualquier materia, se priva al Tribunal de casación de la posibilidad de valorar, con carácter amplio y fuera de los supuestos enunciados en la Ley, si un determinado asunto presenta interés casacional.



## **2. Observaciones al articulado.**

La nueva regulación del recurso de casación se estructura en los Capítulos IV “*Del recurso de casación*”, V “*Del recurso de casación competencia de los Tribunales Superiores de Justicia*”, y VI “*Del recurso en interés de la ley*”.

En el Capítulo IV, que contiene los **artículos 477 a 487**, se contiene la regulación del **recurso de casación** en todos sus aspectos, ocupándose el 477 de la determinación de las resoluciones recurribles y los motivos de casación, mientras que el artículo 478, de forma separada, recoge los presupuestos de la casación.

Por lo que respecta al ámbito objetivo de la casación, frente a la vigente normativa (art. 477.2 LEC), que restringe la casación a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando concurren determinados presupuestos -a los que se hará referencia a continuación- el Anteproyecto, en el artículo 477.1 amplía ese ámbito a:

*1º. Las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, resolviendo las demandas de responsabilidad civil a que se refiere el artículo 73.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; también a los autos definitivos recaídos en esos juicios, exclusivamente en relación con la infracción de normas procesales.*

*2º. Las sentencias de segunda instancia de las Audiencias Provinciales, siempre que produjeran efectos de cosa juzgada.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*3º. Las demás sentencias de apelación y los autos definitivos, dictados por las Audiencias Provinciales, únicamente respecto de la vulneración de normas procesales.*

Esta ampliación que se recoge en los anteriores números 1 y 3, especialmente la del punto 3, se justifica por la desaparición del recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento se atribuye, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y cuyo objeto lo constituyen las sentencias y autos dictados por las Audiencia Provinciales que pongan fin a la segunda instancia (actual art. 468 LEC), si bien, como ya se dijo anteriormente, el régimen que de dicho recurso diseña la Ley 1/2000 no ha llegado a aplicarse, rigiendo hasta ahora el régimen transitorio de la disposición final decimosexta. Asimismo, se posibilita el acceso a casación de las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en los supuestos previstos en el artículo 73.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de los autos definitivos recaídos en dichos procedimientos, limitando la impugnación a la vulneración de normas procesales.

Por otra parte, respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales -recurribles en casación sin restricción por razón del motivo-, introduce el Anteproyecto la precisión de *“que produjeran efectos de cosa juzgada”*. Se aborda y da respuesta así a una cuestión que dio lugar a un amplio debate doctrinal, pues ante lo que algún autor define como “ausencia manifiesta de criterio legal del precepto” los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General de 12 de diciembre de 2000, adoptaron una serie de *Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal regulados en la nueva LEC, excluyendo del recurso de casación las resoluciones jurisdiccionales relativas a cuestiones incidentales, como las resoluciones pronunciadas en segunda instancia relativas a medidas provisionales o definitivas en procesos de nulidad, separación y divorcio, las tercerías de dominio o las impugnaciones de tasaciones de costas. Dichos criterios fueron bien acogidos por algunos procesalistas y muy criticados por otros, que los calificaron de “torpedo a la casación”, entre ellos De la Oliva Santos entendió que el Acuerdo en el que se adoptaron los mencionados criterios no era conforme ni a la letra ni al espíritu de la LEC, siendo su único fin el de conseguir una notable reducción de la recurribilidad legal. Otros, como Blasco Gastó o Aguilera Morales, si bien no lo comparten en todos sus términos, consideran que el Acuerdo es un acto de defensa del Tribunal Supremo ante la configuración de la casación en la Ley 1/2000, que si no convierte al Tribunal Supremo en una tercera instancia, abre tanto el acceso a la casación a través del interés casacional que impedirá a la Sala Primera una de sus funciones más importantes en nuestro sistema, cual es formar un cuerpo de doctrina jurisprudencial que sostenga la interpretación uniforme del ordenamiento privado. Consideran dichos autores que se trataba de encontrar una solución que permitiera reconciliar lo irreconciliable, esto es, no excluir ninguna materia civil o mercantil del ámbito de la casación y, a la vez, limitar el acceso a este recurso, para que el Tribunal Supremo pueda crear doctrina jurisprudencial.*

Parece, en consecuencia, que la delimitación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, a efectos de casación en toda su amplitud -cualquiera que sea el motivo en que se fundamente-, a aquellas que produzcan efectos de cosa juzgada se orienta en el mismo sentido y viene, de alguna forma, a avalar los



criterios adoptados por la Sala Primera del Tribunal Supremo. En todo caso, se ha de valorar como muy positivo que se despeje en la ley procesal una cuestión de enorme trascendencia, como es la referida a qué resoluciones deben tener acceso a la casación, que hasta ahora y tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000 ha sido objeto de un vivo debate y enfrentamiento doctrinal y que, en definitiva, ha tenido que ser abordada por el propio Tribunal de casación, adoptando criterios que se echaban en falta en el precepto legal.

En el apartado 2 del mismo artículo 477 se establece como motivos en los que habrá de fundarse el recurso de casación, *“la infracción de normas sustantivas aplicables al objeto del proceso”* y *“la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y de las que rigen los actos y garantías del proceso cuando la ley determine la nulidad o se haya producido indefensión”*.

La Ley 1/2000, al regular el recurso de casación, abandonó el sistema de la Ley de 1881 que, tras las modificaciones introducidas por las leyes 34/1984 y 10/1992, enumeraba una serie de motivos de casación referidos a infracciones de normas procesales y sustantivas, diseñando un recurso de casación con un motivo único *“la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”*. El Anteproyecto objeto de informe, en el artículo 477.2, vuelve a unificar, a efectos de casación, ambos motivos haciéndolo de forma amplia, sin describir supuestos o infracciones concretas como motivos de casación, descripción que se hace en el artículo 478, en relación con el “interés casacional”, que se proclama como presupuesto del recurso de casación. Así el artículo 477.2 dice que el recurso de casación habrá de fundarse en los siguientes motivos: *“1º. Infracción de normas sustantivas aplicables al objeto del proceso”*; *“2º. Infracción de las*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*normas procesales reguladoras de la sentencia, y de las que rigen los actos y garantías del proceso cuando la ley determine la nulidad o se haya producido indefensión”.*

Puesto este precepto en relación con el artículo 479.2 del Anteproyecto, se puede afirmar que el recurso se podrá fundar en uno de los motivos enunciados o en ambos, pues se dice que “...en el escrito de preparación se expresará el motivo o motivos en que se funde el recurso”. Se supera así la limitación en el acceso a la casación que supuso la dicotomía entre recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, en que los litigantes se veían compelidos a optar por una u otra vía de impugnación.

El primero de los motivos enunciados se refiere a la infracción de “normas sustantivas”, precisando la naturaleza de la norma, lo que no se hace en la redacción vigente, que habla de “normas aplicables...” lo que fue objeto de crítica por parte de la doctrina. En cuanto al alcance de la expresión “normas sustantivas aplicables al objeto del proceso”, que podría, en sentido literal, abarcar todo tipo de norma con independencia de su rango, la doctrina mayoritaria mantiene que las normas infringidas han de ser las derivadas de las fuentes del ordenamiento jurídico a que se refiere el artículo 1.1 del Código Civil, las normas comunitarias -de acuerdo con su naturaleza-, las leyes orgánicas y ordinarias, los decretos leyes, los decretos legislativos, los tratados internacionales, las disposiciones legales autonómicas, las normas sustantivas de derecho extranjero aplicables, así como las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho, no así las normas reglamentarias. La jurisprudencia ha sentado doctrina al respecto, que no tiene por qué verse alterada por la nueva redacción del artículo 477.2.1º, en el sentido de que el recurso de casación por infracción de norma jurídica se debe



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fundar en la infracción de normas de derecho privado con rango de ley, civiles o mercantiles, o si no son de derecho privado (administrativas o fiscales) que estén directa o íntimamente relacionadas con éstas. Para que se pueda invocar como infringida una norma de rango inferior, la Sala Primera del Tribunal Supremo exige que ésta complemente o aclare lo dispuesto en la norma civil o mercantil infringida aplicable al caso (SSTS 12/06/99; 27/09/99; 13/10/99; 20/10/99).

Como ya se ha indicado, el artículo 478 establece como presupuesto del recurso de casación que presente “interés casacional”, eliminando los tres supuestos enumerados en la actual redacción del artículo 477.2, supuestos que el Tribunal Supremo, en el mencionado Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 y en numerosas resoluciones, consideró distintos y excluyentes, de forma que sólo cabe preparar el recurso de casación al amparo de uno de ellos, lo que ha planteado frecuentes problemas con los asuntos de cuantía absolutamente indeterminada cuando el procedimiento se haya sustanciado por razón de la cuantía, conforme a los artículos 249.2 y 253.3 de la LEC, los cuales quedan fuera de la casación por el cauce del artículo 477.2. 2º y tampoco son admitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo por el cauce del interés casacional, al haberse tramitado el procedimiento por razón de la cuantía y no de la materia. Así pues, aun cuando en el vigente artículo 477 el interés casacional emerge como criterio principal para determinar el acceso a la casación, la concurrencia con los otros dos criterios, especialmente con el de la cuantía, ha sido perturbador, al menos desde la rígida interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo, por lo que merece una acogida favorable la opción de implantar el interés casacional como presupuesto único de la casación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**El interés casacional**, con independencia de la cuantía y del objeto del proceso, se vincula en el Anteproyecto a la concurrencia de alguno de los supuestos que se establecen, que son distintos en función de que el recurso se funde en la infracción de normas sustantivas o de normas procesales. En el caso de que el recurso se funde en la infracción de normas sustantivas, se entenderá concurrente el interés casacional en los supuestos de *oposición de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo; contradicción entre la sentencia de segunda instancia y otra sentencia firme dictada por la misma o diferente Audiencia Provincial, porque en mérito a hechos y fundamentos sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos; aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual o similar contenido; oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando se haya dictado en proceso que tenga por objeto la tutela civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.*

No varía sustancialmente el alcance que al interés casacional se da en el Anteproyecto, en relación con la regulación vigente, si bien se incluye ahora como un supuesto de interés casacional la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando se haya dictado en proceso que tenga por objeto la tutela civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, incorporando así el que ahora constituye el primer supuesto de acceso a la casación en el artículo 477.2.1º, independiente del interés casacional, si bien con un carácter más amplio, pues se refiere a las sentencias dictada “para la tutela judicial civil de derechos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

Como se ha dicho anteriormente, parece más adecuada la opción de establecer el interés casacional como presupuesto único de la casación, pues la concurrencia de éste con otros presupuestos, que se reveló en la práctica como perturbadora, fue mal acogida por la doctrina que, fundadamente, entendió que la expresión “interés casacional” habría de interpretarse en sentido amplio, ya que cualquier sentencia recurrible en casación lo es porque presenta interés casacional, es decir, interés que trasciende a las partes procesales, materializado en alguno de los supuestos enumerados por el legislador con carácter taxativo.

Tal como sucede en la actual regulación de la casación, en el Anteproyecto la invocación de infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de cualquiera de los otros supuestos del artículo 478.2 no es suficiente, sino que es preciso que se exprese la infracción legal que se entiende cometida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 479 del Anteproyecto, en relación con la preparación del recurso, en el que se establece que en el escrito de preparación del recurso se ha de expresar el motivo o motivos en que se funde, las concretas infracciones legales que se consideren cometidas y justificando en relación con cada una de ellas el interés casacional. En ese proceso de justificación se exige razonamiento sobre los términos en que se produce la contradicción con la jurisprudencia, además de la aportación de los textos completos de las sentencias que se citen del Tribunal Supremo. En caso de que se invoque la contradicción de la sentencia recurrida con otra de la misma o diferente Audiencia Provincial, es preciso, asimismo, que se razone en qué punto se produce la discrepancia así como la identidad sustancial de hechos y fundamentos, y se impone que se presente copia certificada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la resolución divergente, con expresión de su firmeza, o acreditar documentalmente haberla solicitado. En el caso previsto en el artículo 478.2.3º -aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual o similar contenido- será preciso argumentar sobre el tiempo de vigencia de la norma y la inexistencia de jurisprudencia.

Cuando se habla de infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se sigue haciendo en términos generales, sin precisar que si se trata exclusivamente de la que dimana de la Sala Primera -como viene interpretando la propia Sala Primera- o de la doctrina de otra Sala del Tribunal Supremo sobre materia civil. Si bien, no hay razón alguna para hacer una interpretación distinta de la que mantiene reiteradamente la Sala Primera, parece oportuno señalar la conveniencia de introducir en la norma esa precisión.

Llama la atención que en el artículo 478.2.4º se introduzca como supuesto de concurrencia de interés casacional la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Constitucional, siempre que aquella se haya dictado en proceso que tenga por objeto la tutela de los derechos fundamentales, excepto los del artículo 24 de la Constitución, y, sin embargo, al regular la preparación del recurso, en el artículo 479, se omita cualquier referencia a este supuesto, dejando un injustificado vacío legal en cuanto a la preparación del recurso de casación por infracción de normas sustantivas cuando el interés casacional se justifique en la concurrencia de dicho supuesto.

Cuando el motivo del recurso sea la infracción de normas procesales concurrirá interés casacional: 1º. *Cuando se refiera a*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*infracción producida en la instancia única o en las resoluciones a que se refiere el artículo 477.1.2º, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o aplicando normas sobre las que no exista jurisprudencia; 2º. Cuando la vulneración se haya cometido en el curso de la segunda instancia, con oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o aplicando norma sobre la que no exista jurisprudencia. En estos supuestos, conforme al artículo 479.3, en el escrito de preparación del recuso el recurrente habrá de acreditar el agotamiento de todos los recursos ordinarios para su denuncia y demás medios de subsanación y complemento previstos legalmente.*

Así pues, la infracción de las normas procesales que da lugar a la casación será únicamente la que se produzca en el curso de la segunda instancia –las infracciones producidas en primera instancia habrán de depurarse en la segunda instancia- o en la instancia única, siendo preciso que esa infracción procesal se manifieste a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo que sobre la norma aplicada no exista jurisprudencia.

A diferencia de la actual regulación del recurso extraordinario por infracción procesal, que establece una relación taxativa de motivos de recurso (art. 469), el Anteproyecto prescinde de cualquier enumeración de supuestos concretos, pero delimitando el interés casacional en función de la “oposición” a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habrá que entender, conforme a lo dicho anteriormente, que se refiere a la elaborada por la Sala Primera.

Esta opción legislativa puede plantear el problema de situar en el mismo plano y otorgar, en principio, la misma relevancia jurídica, a efectos casacionales, a cualquier vulneración de las normas procesales,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lo cual, teniendo en cuenta los efectos que a la sentencia estimatoria de la casación otorga el artículo 487.2 del Anteproyecto, puede redundar en mayores dilaciones de los procedimientos.

En cuanto a la preparación del recurso, aun cuando es el punto 3 del artículo 479 el que se ocupa del recurso que se funde en infracción de normas procesales, mientras que en el punto 2 se regula la preparación del recurso por infracción de normas sustantivas, de la literalidad del inciso primero de ese punto 2, que dice que "...se expresará el motivo o motivos en que se funde el recurso", parece inferirse que ese primer inciso es de aplicación general a la preparación del recurso cualquiera que sea el motivo en que se funde, por otra parte, de no ser así, la regulación del 479.3 resultaría incompleta. Por ello si, tal como parece, esa es la voluntad del legislador sería conveniente que en el párrafo 3 se hiciera una referencia o remisión al punto anterior.

Se refuerza el papel de las Audiencias Provinciales en la fase de preparación, al establecer el artículo que tanto la resolución que tenga por preparado el recurso como la que lo deniegue adopten la forma de Auto, en el que se razone sobre la recurribilidad en casación de la resolución impugnada y la concurrencia de los requisitos formales establecidos en el artículo 479.

Por lo que respecta a la tramitación del recurso, tras la fase de preparación, a la que se ha hecho referencia, las novedades que introduce el Anteproyecto son mínimas, más allá de la necesaria adaptación de la regulación a la existencia de dos motivos de casación diferentes en lugar del motivo único actual, siendo de destacar que la interposición se ha de hacer ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, se amplía a treinta días el plazo de presentación del escrito de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

interposición del recurso y se prevé la audiencia al Ministerio Fiscal, además de a la parte recurrente antes de resolver sobre la posible inadmisión del recurso.

El Capítulo V regula en los **artículos 488 y 489** el recurso de casación competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. El primero de dichos artículos, en su párrafo 1, reproduce en esencia el contenido del artículo 73.1 a) del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que se refiere a la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación que se funden en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma en la que tenga su sede el Tribunal, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución, completando la regulación al precisar que dicho recurso cabe contra las sentencias de segunda instancia, que produjeran efectos de cosa juzgada y hayan sido dictadas por las Audiencias Provinciales, aunque tengan sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, *exclusivamente o junto a otros motivos*, en esa infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

En el párrafo segundo se configura el interés casacional, *en relación con los motivos a través de los que se denuncie la infracción del Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma*, con base en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia o en la aplicación de normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina del Tribunal Superior relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

No varía la fórmula de atribución competencial del Anteproyecto de la vigente, pues el actual artículo 478 atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos de casación contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, *exclusivamente o junto a otros motivos*, en infracción de las normas de Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma. No obstante, la lectura y análisis conjunto de ambos párrafos y su puesta en relación con el artículo siguiente (art. 489), que se remite a la regulación del capítulo anterior en lo que afecta a la preparación, interposición, sustanciación y decisión del recurso competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, parece evidenciar bien una utilización impropia del término “motivos”, o bien imprecisión o incluso contradicción en lo que se refiere a los motivos del recurso. Al decir que el recurso se puede fundar exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma, cabe pensar que se está unificando en un solo motivo la infracción de dichas normas cualquiera que sea su naturaleza, sustantiva o procesal, y que cuando concorra dicho motivo, aun cuando se invoquen cualquiera de los generales, establecidos en el artículo 477.2, la competencia sería de los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, en el párrafo segundo del mismo artículo 488, al establecer los supuestos en que concurrirá interés casacional *“en relación con los motivos a través de los que se denuncie la infracción del Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma”*, parece que se remite a los dos motivos de casación establecido en el citado art. 477.2, en relación exclusivamente con ese Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma. Interpretación que resulta congruente con la regulación general de la casación. Por otra parte, el artículo 489.1



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

establece que *“la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se extenderá a todos los demás recursos de casación presentados por distintos litigantes frente a la misma sentencia”*, sin hacer referencia alguna a cual sea el motivo o motivos de impugnación de los demás recursos.

Así pues, aun cuando se puede entender que el mantenimiento de la misma fórmula o expresión utilizada por el vigente artículo 478, que ha sido interpretado por la doctrina como una extensión de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia al conocimiento de los recursos de casación en los que se invoque como motivo, junto con la infracción de normas de Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, normas de Derecho civil estatal, sobre cuya interpretación y aplicación habrán de pronunciarse, supone que no se plantea variación alguna en tal cuestión, convendría aprovechar la reforma legal para dar al párrafo 1 del artículo 488 una redacción más clara, que no deje lugar a dudas de interpretación en relación con el alcance o ámbito objetivo del recurso de casación competencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

El capítulo VI se ocupa del recurso en interés de Ley, en los **artículos 490 a 493**, introduciendo una importante modificación respecto de la actual regulación. Pues frente a un recurso limitado, en cuanto a su objeto, a las sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales (art. 490), al recurso en interés de ley que configura el Anteproyecto tendrán acceso los tres tipos de resoluciones a las que hace referencia el art. 477.1, siempre que hayan sido dictadas en procesos en los que no haya sido parte el Ministerio Fiscal, cuando no



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se hubieran interpuesto recursos por los litigantes, éstos fuesen inadmitidos en su totalidad o se produjese desistimiento. La legitimación para interponer el recurso se restringe al Ministerio Fiscal, exclusivamente, y en cuanto a la competencia para conocer el recurso, que sigue atribuida al Tribunal Supremo, se prevé que conozca del recurso la Sala de Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se dirija contra una sentencia dictada por una Audiencia Provincial y se refiera exclusivamente a norma de Derecho civil, foral o especial, o de Derecho propio de una Comunidad Autónoma cuyo Estatuto le atribuya a dicha Sala competencia para conocer de la casación.

Este recurso, denostado por procesalistas como Prieto Castro o Guaps, que lo consideraron injustificado e incluso pernicioso, y al que no se puede reconocer gran utilidad, ha de ser necesariamente rediseñado como consecuencia de la supresión del recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento se atribuía a los Tribunales Superiores de Justicia, y que determinó que sólo mediante el recurso en interés de la Ley pudiera el Tribunal Supremo llegar a actuar efectivamente como superior en todos los órdenes jurisdiccionales (artículo 123 de la Constitución), paliando una situación de dispersión doctrinal sobre cuestiones procesales entre los distintos Tribunales Superiores y ámbitos territoriales. Desaparecido en el Anteproyecto el mencionado recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser eliminado el recurso en interés de la Ley, tal como está configurado en el vigente artículo 490 de la LEC, optando el Anteproyecto por el mantenimiento del recurso siguiendo el modelo del antiguo artículo 1718 de la LEC de 1881 -con las diferencias impuestas por el nuevo sistema de recursos-, que lo regulaba en una sección cuya rúbrica era *“De los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal”*. Efectivamente, en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

texto que se informa sólo se reconoce legitimación para interponer el recurso al Ministerio Fiscal, que sólo podrá formularlo cuando no haya sido parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución impugnada, y siempre que no se haya interpuesto recursos por los litigantes o no se hayan llegado a tramitar, debiendo, en todo caso justificar que concurre interés casacional.

Tal como sucede en la actual regulación y sucedía en la anterior, la sentencia que recaiga en el recurso en interés de Ley no alterará las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida, limitándose sus efectos, en caso de ser estimatoria, a formar jurisprudencia.

Por lo que respecta a la tramitación del recurso en interés de la Ley la regulación contenida en los artículos 491 a 493 resulta insuficiente, dentro de un contexto normativo integrador, que no obligue a acudir a normas aplicables a otras figuras jurídicas. Cabe señalar, en este sentido, que no se precisa el órgano ante el cual se ha de presentar el recurso, a diferencia de lo que hace el vigente artículo 492.1, pese a que la actual regulación es notablemente deficiente; se introduce un trámite de admisión del recurso, sin embargo, se omite el establecimiento de un plazo para resolver sobre tal cuestión. Sí se establece plazo para dictar sentencia (art. 493.3), plazo que se omite en la Ley 1/2000.

Por lo que respecta al **recurso de revisión**, la única modificación del Anteproyecto a la LEC consiste en añadir un segundo párrafo al **artículo 509**, con un contenido idéntico al del artículo 73.1 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada en el Anteproyecto de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ley Orgánica por la que se modifica la anterior, por lo que hemos de remitirnos a lo dicho en los comentarios a mencionado precepto.

**Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**Adición al Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de recurso de casación y doble instancia penal, además de otras Leyes procesales**

Como ya se adelantó en la parte del presente Informe donde se analiza la reforma proyectada del recurso de casación penal, se formula una propuesta de texto articulado de las cuestiones prejudiciales.

Nota. No se considera necesario numerar los artículos para evitar confusión con las numeraciones actual y del Anteproyecto, pero sí se los identifica mediante letras mayúsculas.

**Capítulo** (número que corresponda)

**Del procedimiento para la unificación de doctrina**

Art. (A). El Tribunal Supremo conocerá con carácter prejudicial de las cuestiones que, sobre la interpretación correspondiente determinados preceptos legales, le sean sometidas por un órgano judicial inferior de última instancia cuando considere que, respecto a una norma de la que depende el sentido del fallo, debe apartarse de la interpretación anteriormente dada por el Tribunal Supremo o cuando no exista en absoluto doctrina jurisprudencial sobre la norma.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Art. (B). El planteamiento de la cuestión prejudicial se hará dentro del plazo para dictar sentencia, cuyo transcurso quedará interrumpido desde ese momento hasta la resolución de la cuestión.

El órgano judicial concretará con claridad y precisión la cuestión, determinando separada y ordenadamente:

- a) Las disposiciones legales a que se refiere.
- b) En su caso, las resoluciones del Tribunal Supremo que las hayan interpretado, acompañando copia de ellas.
- c) Las razones por las que entiende debe apartarse de esa interpretación para sostener otra diferente.
- d) La incidencia que la interpretación alternativa podría tener en la resolución que haya de dictarse en el proceso.

Art. (C). El planteamiento de la cuestión podrá hacerse de oficio o a instancia de parte.

En el primer caso, el órgano judicial dará previa audiencia a las partes por un plazo común de tres días.

En el segundo caso, las partes podrán interesar del órgano judicial el planteamiento al formular sus respectivas conclusiones definitivas o, a continuación de las últimas, solicitando un turno especial para ello. En todo caso la petición se ajustará a las exigencias del art. (B).

Art. (D). El Tribunal Supremo decidirá en una Sala constituida en Pleno.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Art. (E). Designado el Ponente, la Sala se pronunciará sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial.

Si la cuestión fuere admitida a trámite, se citará al Ministerio Fiscal y a las partes para que aleguen por escrito respecto de la cuestión planteada por un plazo común no superior a 10 días.

Art. (F). El Pleno de la Sala dictará sentencia en el plazo de 10 días.

Art. (G). La interpretación legal contenida en la sentencia del Tribunal Supremo será obligatoria para todos los órganos judiciales, sin excepción, y será aplicada en el proceso en el que ha sido planteada por el órgano judicial competente.

Art. (H). El Fiscal General del Estado está legitimado para interponer ante el Tribunal Supremo un recurso en interés de ley contra toda sentencia comprendida en el art. (B) dictada por un Tribunal apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin haber planteado la cuestión prejudicial de unificación jurisprudencial. El trámite de este recurso se regirá por las normas de este Capítulo. La resolución del Tribunal Supremo no afectará en ningún caso a la situación del acusado, pero tendrá carácter vinculante en lo sucesivo en los términos del art. (G).

**Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a cinco de octubre del año dos mil cinco.**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL