



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO XERAL DO
CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE O PLENO DO CONSELLO XERAL DO PODER
XUDICIAL, NA SÚA REUNIÓN DO DÍA DA DATA, APROBOU O
INFORME AO ANTEPROXECTO DE LEI POLA QUE SE MODIFICA A
LEI DE AXUIZAMENTO CRIMINAL, A LEI 29/1998, DE 13 DE XULLO,
REGULADORA DA XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
E A LEI 1/2000, DE 7 DE XANEIRO, DE AXUIZAMENTO CIVIL, EN
MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN, DE DOBRE INSTANCIA
PENAL E DE XUSTIZA DE PROXIMIDADE, SENDO DO SEGUINTE
TEOR LITERAL:**

I

ANTECEDENTES

Con data 22 de xullo de 2005 tivo entrada no Rexistro do Consello Xeral do Poder Xudicial (CXPX) o texto do Anteproxecto de Lei pola que se modifica a Lei de Axuizamento Criminal, a Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa e a Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil, en materia de recurso de casación, de dobre instancia penal e de Xustiza de proximidade, ao que se acompaña Informe sobre necesidade e oportunidade, Memoria económica e Informe sobre Impacto de xénero, aos efectos da emisión do preceptivo informe.

A Comisión de Estudos e Informes, na súa sesión do día 27 de xullo de 2005, designou Relator ao Excmo. Señor D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, e na súa reunión de data 3 de outubro, aprobou o presente informe, acordando a súa remisión ao Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

II

CONSIDERACIÓNS XERAIS SOBRE A FUNCIÓN CONSULTIVA DO CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

A norma que expresamente atribúe ao Consello Xeral do Poder Xudicial o exercicio da función consultiva é o 108.1 da Lei Orgánica do Poder Xudicial; en concreto o seu apartado e) refírese á facultade de informar os anteproxectos de leis e disposicións xerais do Estado e das Comunidades Autónomas que afecten total ou parcialmente, entre outras materias expresadas no resto do artigo 108.1 desta Lei, a *“normas procesuais ou que afecten a aspectos xurídico constitucionais da tutela ante os Tribunais ordinarios do exercicio de Dereitos Fundamentais e calquera outra que afecte á constitución, organización, funcionamento e goberno dos Xulgados e Tribunais”*.

Á luz desta disposición legal, nunha correcta interpretación do alcance e sentido da potestade de informe que nela se lle recoñece ao Consello Xeral do Poder Xudicial, o parecer que lle corresponde emitir sobre o Anteproxecto remitido deberá limitarse ás normas substantivas ou procesuais que nel se inclúen especificamente, evitando calquera consideración sobre cuestións alleas ao Poder Xudicial ou ao exercicio da función xurisdiccional que este ten encomendada.

O Consello Xeral do Poder Xudicial veu delimitando o ámbito da súa potestade de informe partindo da distinción entre un ámbito estrito, que coincide en termos literais co ámbito material definido no citado artigo 108.1.e) da Lei Orgánica do Poder Xudicial, e un ámbito ampliado que se deriva da posición do Consello como órgano constitucional do



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

gobierno do Poder Xudicial. Por tanto, dentro do primeiro ámbito, o informe que debe emitirse deberá referirse, de maneira principal, ás materias previstas no precepto citado, eludindo, con carácter xeral polo menos, a formulación de consideracións relativas ao contido do Anteproxecto en todas as cuestións non incluídas no citado artigo 108 da Lei Orgánica do Poder Xudicial. En canto ao ámbito ampliado, cabe dicir que o Consello Xeral do Poder Xudicial debe expresar o seu parecer tamén sobre os aspectos do Anteproxecto que afecten dereitos e liberdades fundamentais, en razón da posición prevalente e de eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa do artigo 53 da Constitución. Neste punto debe partirse especialmente dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constitución, cuxas resolucións ditadas en todo tipo de procesos constitúen a fonte directa de interpretación dos preceptos e principios constitucionais, vinculando a todos os xuíces e tribunais.

Ademais do anterior, consonte ao principio de colaboración entre os órganos constitucionais, o Consello Xeral do Poder Xudicial veu indicando a oportunidade de efectuar nos seus informes outras consideracións, relativas tanto a cuestións de pura técnica legislativa, ou terminolóxicas, co ánimo de contribuír tanto a mellorar a corrección dos textos normativos, como á súa efectiva aplicabilidade e incidencia sobre os procesos xurisdicionais, por canto son os órganos xurisdicionais os que deben aplicar posteriormente na práctica as normas correspondentes.

En consecuencia co anterior, en atención ao obxecto do Anteproxecto que se somete a informe, este deberá referirse a todo o contido do mesmo, que entra dentro do ámbito propio das materias que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

deben ser informadas polo Consello Xeral do Poder Xudicial, mesmo dende a perspectiva do mencionado ámbito estrito.

III

ESTRUTURA E CONTIDO DO ANTEPROXECTO

O Anteproxecto de Lei que se somete a informe contén unha exposición de motivos, tres artigos, cinco disposicións transitorias e dúas disposicións finais.

Na exposición de motivos, despois de invocar o Pacto de Estado para a Reforma da Xustiza, afírmase que non é adecuado atribuír aos Tribunais Superiores de Xustiza o coñecemento de recursos de casación en materia de dereito estatal con posterior sometemento a posible impugnación ante o Tribunal Supremo, o que demoraría a resolución dos recursos. Preténdese, mediante o instrumento procesual que proporciona o recurso de casación, a redefinición de atribucións do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Xustiza e a mellora da Administración de Xustiza.

Anúnciase que a reforma cambia a natureza e configuración do recurso de casación, que pasará a ser, esencialmente, un recurso para a unificación de doutrina, limitado a coñecer das infraccións que se producen na aplicación do ordenamento xurídico estatal con motivo de pronunciamentos discrepantes dos órganos xudiciais inferiores, presentando diversa intensidade esa función unificadora segundo as peculiaridades de cada orde xurisdiccional.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Na orde penal, segundo se explica na exposición de motivos, a reforma oriéntase a culminar a xeneralización da dobre instancia penal, como esixe o artigo 14.5 do Pacto Internacional de Dereitos Civís e Políticos, e a adaptar o recurso de casación á posta en marcha da dobre instancia penal, cinxindo o seu ámbito ao que é propio dun recurso extraordinario con finalidade unificadora. O recurso de apelación será a vía ordinaria de impugnación contra resolucións ditadas en primeira instancia polas Audiencias Provinciais e pola Sala do Penal da Audiencia Nacional, sendo os Tribunais de apelación a Sala do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza e a Sala de Apelación da Audiencia Nacional, respectivamente. Á Sala Segunda do Tribunal Supremo corresponderalle unificar os pronunciamentos contrarios á súa xurisprudencia, ou os pronunciamentos entre os diferentes Tribunais Superiores de Xustiza e Audiencia Provinciais, e fixará a xurisprudencia sobre normas novas, sen que os feitos poidan ser modificados en casación. Ademais, modifícase o procedemento de admisión do recurso de casación, intensificando o control da Sala de instancia sobre os requisitos a cumprir na preparación.

Na orde contencioso-administrativa, resérvase ao Tribunal Supremo a unificación de doutrina en relación coas normas estatais e aos Tribunais Superiores de Xustiza en relación coa interpretación e aplicación do ordenamento autonómico. No novo sistema de casación distínguese entre a casación contra resolucións ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso administrativo da Audiencia Nacional e a casación contra as emanadas da mesma Sala dos Tribunais Superiores de Xustiza, así, mentres no primeiro caso a reforma se constrúe sobre o interese casacional -integrado, entre outras, pola contradición coa xurisprudencia do Tribunal Supremo- como un dos presupostos de recorribilidade, no segundo caso a función unificadora



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

maniféstase en toda a súa extensión. Igualmente, atribúese competencia ao Tribunal Supremo para coñecer dos recursos que se interpoñan contra as sentencias dos Tribunais Superiores de Xustiza que declarasen nula ou conforme a Dereito unha disposición xeral emanada das Comunidades Autónomas ou das Entidades Locais, unicamente cando se trate de depurar a infracción de normas estatais ou comunitarias europeas.

Na orde civil, o recurso de casación ten como presuposto o interese casacional, de xeito que o Tribunal Supremo unificará as resolucións contrarias á xurisprudencia do propio Tribunal Supremo, á doutrina do Tribunal Constitucional, ou aos distintos pronunciamentos das Audiencias Provinciais, ademais de fixar xurisprudencia sobre normas novas; a contía deixa de ser un criterio delimitador do ámbito obxectivo do recurso; exclúense da casación as sentencias que non produzan efecto de cousa xulgada material; suprímese o recurso extraordinario por infracción procesual, podendo ser alegadas en casación a infracción de normas substantivas e procesuais, aínda que no caso destas últimas, esíxese que se orixinasen na segunda instancia, xa que se entende que as producidas en primeira instancia deben ser depuradas polo Tribunal de apelación. En consonancia coa ampliación da competencia da Sala do Civil e Penal, que na orde civil se estende a todo o Dereito propio das Comunidades Autónomas, mesmo cando a sentenza se ditase por un órgano xudicial con sede noutra Comunidade Autónoma, a Sala Primeira do Tribunal Supremo non coñecerá dos recursos fundados na infracción de normas propias das Comunidades Autónomas. Ademais, atribúese á Sala do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza a revisión contra sentencias ditadas por órganos xudiciais radicados na Comunidade Autónoma correspondente. Introdúcense modificacións na interposición e tramitación do recurso. E



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

créase un recurso de casación en interese da lei, que pode interpoñer o Ministerio Fiscal, con finalidade de formar xurisprudencia sobre as normas aplicables no proceso.

O Anteproxecto regula tamén as competencias dos futuros Xulgados de Proximidade, cuxa función alcanza ás ordes civil e penal, coñecendo en materia civil dos xuízos de desafuzamento por falta de pagamento da renda, dos xuízos verbais e do proceso monitorio cando a contía non exceda de tres mil euros, e prevese a futura atribución de funcións en materia de xurisdición voluntaria. En materia penal atribúeselles o coñecemento dos xuízos de faltas, salvo as relativas á violencia sobre a muller.

O artigo primeiro, no que se recolle a reforma da Lei de Axuizamento Criminal, divídese en corenta e oito puntos, referidos fundamentalmente ás competencias do xuíz de proximidade, a súa recusación e os recursos contra as resolucións que diten, ao recurso de apelación e ao recurso de casación.

O artigo segundo divídese en dezaseis puntos e contén a reforma da Lei reguladora da Xurisdición Contencioso administrativa, reforma que se concreta á competencia territorial dos Xulgados e Tribunais Superiores de Xustiza e ao recurso de casación.

O artigo terceiro, que se divide en vinteseis puntos recolle as modificacións á Lei de Axuizamento Civil, que afectan, en esencia, á supresión das referencias ao recurso extraordinario por infracción procesual, deixándose sen contido os artigos 466 a 476 reguladores de dito recurso, ás competencias dos Xulgados de Proximidade, ao reparto de asuntos entre estes Xulgados, á recusación dos xuíces de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

proximidade, ao auxilio xudicial solicitado por ditos xuíces, ao recurso de apelación, ao recurso de casación -que pasa a regularse nos capítulos IV, V e VI do Título IV do Libro II- distinguindo os recursos de casación dos que coñecerá o Tribunal Supremo, os que serán competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza e o recurso en interese de lei.

A disposición transitoria primeira dispón, na orde penal, a aplicación da nova normativa do recurso de apelación ás resolucións xudiciais que diten as Audiencias Provinciais e a Sala do Penal da Audiencia Nacional, así como pola Sección de primeira instancia da Sala do Penal do Tribunal Supremo e pola Sala do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza, no caso de aforados, con posterioridade á entrada en vigor desta Lei. O novo réxime de recurso de casación será de aplicación ás resolucións xudiciais que se diten con posterioridade á súa entrada en vigor, así como ás sentencias que, sendo de data anterior á entrada en vigor, non transcorrese o prazo establecido na normativa precedente para preparar o recurso de casación cando procedese. Neste último caso, o prazo para a preparación do recurso de casación comezará a contarse a partir da entrada en vigor da Lei.

A disposición transitoria segunda establece que na orde contencioso-administrativa o novo réxime de recursos será aplicable ás resolucións xudiciais que se diten polas Salas do Contencioso administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza e da Audiencia Nacional con posterioridade á súa entrada en vigor, e ás resolucións de ditas Salas que, sendo de data anterior, non transcorrese o prazo establecido na normativa precedente para preparar o recurso de casación cando procedese, en cuxo caso o prazo comezará a contarse a partir da entrada en vigor desta Lei.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

A disposición transitoria terceira establece a aplicación do novo réxime de recursos na orde civil ás resolucións xudiciais que se diten polas Audiencias Provinciais con posterioridade á súa entrada en vigor.

A disposición transitoria cuarta establece que en tanto non entren en funcionamento os Xulgados de Proximidade, manterán a súa competencia os órganos xudiciais que a tivesen atribuída á entrada en vigor desta Lei, coñecendo dos asuntos pendentes ante eles ata a súa definitiva conclusión.

A disposición transitoria quinta, para a Xurisdición Militar, establece que en tanto se proceda á adaptación da súa normativa específica ás previsións desta Lei, en relación coa dobre instancia penal, continuará sendo de aplicación a vixente regulación do recurso de casación.

A disposición final primeira impón ao Goberno a remisión ás Cortes Xerais, no prazo dun ano, dos proxectos de Lei necesarios para adaptar a xurisdición militar ás previsións contidas nesta Lei en materia de dobre instancia penal.

A disposición final segunda establece a entrada en vigor da Lei ao ano da súa publicación no BOE.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

IV

CONSIDERACIÓNS SOBRE A REDEFINICIÓ DE ATRIBUCIÓNS DO TRIBUNAL SUPREMO E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE XUSTIZA NO ANTEPROXECTO DE LEI DE MODIFICACIÓ DA LEI ORGÁNICA DO PODER XUDICIAL, EN MATERIA DE ORGANIZACIÓ DA ADMINISTRACIÓ DE XUSTIZA

1.- De carácter xeral.

Malia que o obxecto do presente informe é o Anteproxecto de Lei polo que se modifican as leis rituais penal, contencioso-administrativa e civil, en materia de casación, dobre instancia penal e Xustiza de Proximidade, a estreita e directa relación entre as modificacións procesuais en materia de casación e dobre instancia penal, contidas en dito Anteproxecto, coas modificacións das atribucións do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Xustiza, introducidas no Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei Orgánica do Poder Xudicial, en materia de organización da Administración de Xustiza, sometido tamén, de forma simultánea, a informe deste Consello, fai aconsellable, para unha mellor sistemática das cuestións a tratar, abordar neste informe de maneira conxunta as cuestións relativas a esa redefinición de atribucións, dende ambas as dúas perspectivas, orgánica e procesual.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Na exposición de motivos do referido Anteproxecto de Lei Orgánica afirmase que o marco que se establece para a modificación das leis procesuais, concretamente o referido ao recurso de casación para a unificación de doutrina, ten por obxecto intensificar a función unificadora do Tribunal Supremo. Con tal finalidade modifícase o sistema de recursos, de xeito que o Tribunal Supremo, como órgano xurisdiccional superior en todas as ordes e garante da igualdade e da seguridade xurídica na aplicación do ordenamento estatal, poida cumprir coa súa función unificadora e os Tribunais Superiores de Xustiza sexan efectivamente a culminación da organización xudicial no ámbito territorial da respectiva Comunidade Autónoma.

Por outra banda, a competencia das Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza amplíase ao coñecemento de todo o Dereito civil propio da Comunidade Autónoma, con independencia da sede del órgano xudicial que coñecese na instancia, xa que, por razón do domicilio dos litigantes, cabe a posibilidade de que calquera órgano xudicial da orde civil teña que aplicar normas de Dereito civil propio doutra Comunidade Autónoma, e atribúe a ditas Salas a competencia para coñecer da revisión contra sentencias ditadas polos órganos xudiciais sitos na respectiva Comunidade Autónoma.

Na orde contencioso-administrativo, regúlase, dentro da Sala do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, a Sección competente para coñecer do recurso de casación para unificación de doutrina fundado en normas emanadas da Comunidade Autónoma.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Na orde penal, é de destacar a xeneralización da segunda instancia, a fin de dar satisfacción á esixencia do artigo 14.5 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos, a cuxo fin se crean dúas seccións -de primeira instancia e de apelación- na Sala do Penal do Tribunal Supremo e, para garantir a dobre instancia penal dos aforados, créase unha Sala nos Tribunais Superiores de Xustiza.

A situación preocupante das distintas Salas do Tribunal Supremo, sobre as que pesa unha inxente carga de traballo, e a necesidade de reforma do recurso de casación vén sendo admitida con carácter xeral e posta de manifesto de forma reiterada dende hai tempo. Así no Libro Branco da Xustiza, aprobado polo Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial na súa reunión de data 8 de setembro de 1997, facíase unha análise da situación de cada unha das Salas e suxeríanse diversas alternativas para a súa mellora, todas as cales pasaban, dunha forma ou outra, pola reforma do recurso de casación. Neste sentido, respecto á Sala Primeira, chamábase a atención sobre a enorme pendencia de asuntos e sobre o feito de que a gran maioría deles eran recursos de casación, o que facía absolutamente imposible o cumprimento dos prazos, lembrábase que a reforma do recurso de casación é unha cuestión amplamente reclamada, formulando a alternativa de limitar ao máximo a casación ou atribuír a outros órganos funcións ata o momento encomendadas ao Tribunal Supremo. Respecto á Sala Segunda, plásmase a opinión unánime, recollida nas consultas efectuadas, favorable a restrinxir o ámbito do recurso de casación, reducindo ao Tribunal Supremo á súa función xenuína de unificación de doutrina, o que suporía unha redución considerable das causas ou motivos polos que poida acudirse á vía casacional e a súa complementación coa



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

regulación da dobre instancia e a ampliación de competencias das Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza. No que atinxe á Sala Terceira, que ademais de coñecer dun importantísimo volume de asuntos en casación coñece de numerosos asuntos en única instancia, incidíase sobre a necesidade de potenciar a súa función como órgano xurisdiccional encargado de unificar a doutrina das Salas do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e dos Tribunais Superiores de Xustiza, recomendábase limitar o acceso á casación en función do “interese casacional” ou outro concepto xurídico indeterminado semellante, especialmente no que respecta aos recursos de contía indeterminada, e, sen embargo, abrir dito recurso a calquera materia cuxo interese xustifique un pronunciamento do Tribunal Supremo, prescindindo do criterio puramente cuantitativo, e, por último, formulábase a conveniencia de considerar a desaparición do recurso de casación en interese de lei, salvando o seu mantemento con carácter excepcional para os recursos en materia de persoal, polos efectos perversos que para a Sala podería ter o acceso á casación ordinaria de dita materia.

No Informe e Propostas para a mellora da Xustiza, elaborado polo Tribunal Supremo e aprobado pola súa Sala de Goberno o 23 de maio de 2000, reflexiónase sobre a necesidade de redefinir as competencias do Tribunal Supremo, *“coa finalidade de que poida desempeñar de maneira eficaz as funcións que constitucionalmente lle corresponden en prol da creación de xurisprudencia e unificación de doutrina como medio de salvagardar a unitaria interpretación do ordenamento xurídico, instrumento indispensable para garantir a efectividade dos principios de igualdade, seguridade xurídica e tutela xudicial efectiva, ao tempo que asegurar a adecuada harmonización dos distintos ordenamentos que integran o ordenamento xurídico español e o respecto aos preceptos e*



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

principios constitucionais”. Ademais, como consecuencia do anterior, considérase a necesidade de redefinir as competencias dos Tribunais Superiores de Xustiza, tendo como punto fundamental de referencia as notas que constitucionalmente lles caracterizan, que son culminar a organización xudicial no territorio da Comunidade Autónoma e formar parte en plenitude dun poder do Estado único.

No referido informe destácanse, como principios que deben presidir a redefinición da atribución competencial aos órganos que culminan a organización xudicial nos ámbitos estatal e autonómico, en primeiro lugar, o principio de unidade do Poder Xudicial, que supón, por unha banda, recoñecer o carácter superior do Tribunal Supremo en todas as ordes xurisdicionais, excepto o disposto en materia de garantías constitucionais, en todo o territorio nacional, por outra banda, a necesidade de non identificar os Tribunais Superiores de Xustiza con Tribunais Autonómicos. En segundo lugar, tendo en conta a configuración do Estado como un Estado Autonómico, a creación dos Tribunais Superiores de Xustiza responde á vontade constitucional de configuralos como o grao máximo na organización xurisdicional na Comunidade Autónoma, de tal xeito que neles se esgoten as distintas instancias e graos, sen máis limitacións competenciais que as que derivan da normativa que integra o bloque constitucional e sen prexuízo da condición de órgano xurisdicional superior en todas as ordes que o artigo 123 da Constitución outorga ao Tribunal Supremo, en referencia á súa función garantidora da unidade da orde xurídica, sen esquecer as súas funcións protectoras dos dereitos fundamentais, as de axuízamento dos altos órganos institucionais e as de harmonización dos distintos subsistemas que integran o Ordenamento Xurídico propio do Estado Autonómico.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

No que se refire á casación, a reforma viría a dar satisfacción a un dos compromisos asumidos polo Goberno da Nación e polos Partidos asinantes do Pacto de Estado para a reforma da Xustiza, consistente en afrontar as reformas necesarias para lograr un funcionamento máis áxil e eficaz do Tribunal Supremo e que potencien a súa función como órgano xurisdiccional superior e garante da unidade de doutrina en todas as ordes xurisdiccionais. Para isto pactouse reformar o recurso de casación, aproximando a súa regulación nas diferentes leis reguladoras do proceso e atendendo á noción de interese casacional, e reformar o recurso de revisión para que o Tribunal Supremo coñeza exclusivamente dos recursos de revisión contra sentencias firmes da Audiencia Nacional e do propio Tribunal Supremo.

2.- Comentarios ao articulado.

No punto un do artigo único do Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, en materia de Organización da Administración de Xustiza, modifícase o **artigo 5 da Lei Orgánica do Poder Xudicial**, engadindo ao seu apartado 1 o seguinte parágrafo:

“Os Xuíces e Tribunais aplicarán as leis e regulamentos consonte á interpretación uniforme e reiterada que dos mesmos realizase o Tribunal Supremo”.

Este precepto comporta un reforzo do valor vinculante da xurisprudencia para todos os órganos xudiciais, cuxa necesidade se sinalaba no precitado documento de Informe e Propostas elaborado polo



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Tribunal Supremo e aprobado pola súa Sala de Goberno, no que se reclamaba que a proclamación do valor vinculante da xurisprudencia, en canto constitúe a garantía fundamental da unidade do ordenamento xurídico, tivese expresión na Lei Orgánica do Poder Xudicial, cunha fórmula semellante á contida no mesmo artigo 5.1 de dita Lei respecto da doutrina do Tribunal Constitucional.

Efectivamente, a proclamación desa vinculación de todos os Xuíces e Tribunais á interpretación uniforme e reiterada que das leis e regulamentos fixese o Tribunal Supremo pode resultar oportuna, en canto pode vincularse á función constitucional que ao Tribunal Supremo outorga o artigo 123 da Constitución, ao proclamarlo *“órgano xurisdiccional superior en todas as ordes, salvo o disposto en materia de garantías constitucionais”*.

Por outra banda, aínda que o artigo 1.6 do Código Civil declara a función da xurisprudencia de complementar o ordenamento xurídico *“coa doutrina que, de xeito reiterado, establece o Tribunal Supremo ao interpretar e aplicar a lei, o costume e os principios xerais do dereito”*, con isto non se resolveu de forma definitiva a cuestión doutrinal sobre o carácter da xurisprudencia, concretamente sobre se constitúe ou non fonte do ordenamento xurídico, situación que se viu agravada pola omisión na Lei Orgánica do Poder Xudicial de pronunciamento sobre a forza vinculante da xurisprudencia, mesmo cando se trate de conceptos distintos.

A partir da literalidade do citado precepto do Código Civil, a doutrina civil discutiu se a xurisprudencia é fonte do ordenamento xurídico, formulando a cuestión como un problema de forza creadora do ordenamento xurídico, formulación que é rexeitada por algún autor, que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

razoa que unha cousa é vincular e quedar vinculado e outra distinta crear normas xurídicas.

O Tribunal Supremo tivo numerosas ocasións de pronunciarse sobre o valor da súa propia doutrina xurisprudencial, xirando dende antigos pronunciamentos, nos que afirmou que a xurisprudencia é fonte do ordenamento xurídico, ás sentencias máis modernas (entre outras, SSTs 30/11/92; 20/01/98; 07/03/98), nas que aínda que nega que a xurisprudencia sexa fonte do ordenamento xurídico, en canto que non crea normas en sentido propio, mantén pronunciamentos ambiguos, como a afirmación de que “...se limita a especificar a vontade lexislativa” (STS 06/03/92), “...contén desenvolvementos singularmente autorizados e dignos que coa súa reiteración adquiren certa transcendencia normativa” (STS 15/07/83). A expresión <<transcendencia normativa>> repítese en numerosas sentencias, sen resolver de maneira clara o alcance práctico da mesma. Si é clara e contundente neste sentido a sentenza da Sala 3ª do Tribunal Supremo de 18 de xaneiro de 2005, que nunha reclamación de responsabilidade patrimonial por erro xudicial estima a demanda e declara que o xulgado incorreu en erro xudicial ao resolver o recurso sen ter en conta a doutrina fixada polo TS nun recurso de casación en interese de lei, concretamente no seu fundamento cuarto declárase: “o carácter vinculante da doutrina legal para os Xuíces e Tribunais inferiores en grao desta orde xurisdicional é, dende logo, incuestionable a teor do artigo 100.7, in fine, da Lei da Xurisdición e da propia finalidade do recurso de casación en interese de Lei que atende á preservación do principio de seguridade xurídica (art. 9 CE). Por conseguinte, era obrigado para o Xulgador de instancia seguir a interpretación realizada pola sentenza desta Sala...”



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Partindo da acertada diferenciación, antes comentada, entre “vinculación” e “creación de normas xurídicas”, non parece, en calquera caso, que a nova redacción do artigo 5.1 implique a vontade do prelexislador de outorgar á xurisprudencia o carácter de fonte do Ordenamento Xurídico -no sentido de creadora de normas- senón que a norma fai referencia ao aspecto do seu valor vinculante. Sen embargo, tal como está redactado o precepto e a teor da inevitable evolución xurisprudencial, requirirá matizacións, de forma que se eviten situacións indesexables de descoñecemento dos pronunciamentos do Tribunal Supremo por parte doutros tribunais, pero sen entender ese deber de aplicar as leis e regulamentos consonte á interpretación que dos mesmos realízase o Tribunal Supremo como un vínculo indisoluble e inalterable coa doutrina xurisprudencial -vínculo que nin o propio Tribunal Supremo mantén coa súa doutrina, xa que isto impediría a evolución xurisprudencial- senón como o deber dos órganos inferiores de non separarse de forma libre, inustificada ou arbitraria da xurisprudencia, pero sen descoñecer a posibilidade de que se razoe e motive a existencia de circunstancias relevantes que fagan necesario separarse da doutrina xurisprudencial. O contrario sería tanto como recoñecer á xurisprudencia a mesma forza vinculante que á Lei, podendo comprometer a independencia xudicial, consagrada no artigo 117 da Constitución e proclamada no artigo 1 da LOPX.

Na súa literalidade, este parágrafo limita a forza vinculante só ao caso en que o TS fixase doutrina respecto das mesmas leis ou regulamentos que estea aplicando un xuíz ou tribunal; polo tanto, non existirá esa forza vinculante:



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

-Se o xuíz ou tribunal aplica outra lei ou regulamento distinto do que fose interpretado polo Tribunal Supremo, a pesar de que haxa comunidade de institutos respecto dos que pode aplicarse unha doutrina idéntica (vgr. legalidade, tipicidade, boa fe, consumación dos contratos, aceptación de herdanza, concesión administrativa, etc).

-Debido a que polas regras da casación o Tribunal Supremo queda como supremo intérprete só do Dereito estatal, non haberá vinculación cando os xuíces ou tribunais interpreten normas autonómicas aínda que regulen institutos comúns, ligados á chamada teoría xeral do Dereito.

Por outra banda, é mellor substituír a expresión “interpretación uniforme e reiterada” por “xurisprudencia” xa que:

-O Anteproxecto parece que desexa evitar a palabra “xurisprudencia” (artigo 1,6 do CC) coma se a expresión e o concepto de xurisprudencia deixase de existir debido a que hai outros tribunais dos que emana doutrina legal (TC, TSX, TXUE).

-A simple referencia a “xurisprudencia” de por si leva ao concepto tradicional do artigo 1,6 del CC.

-En todo caso na LEC séguese empregando o termo “xurisprudencia”.

Modifícase tamén o **punto 4 do mesmo artigo 5**, para introducir o inciso “*nos termos que estableza a lei*” na norma que atribúe ao Tribunal Supremo a competencia para coñecer do recurso de casación sempre que se fundamente na infracción de precepto constitucional, calquera que sexa a materia, o dereito aplicable e a orde xurisdiccional. Inciso que se explica en función do novo deseño que da casación se fai no



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Anteproxecto polo que se modifican diversas leis procesuais, e que constitúe o obxecto esencial do presente informe, debendo poñerse en relación coa modificación, entre outros, dos artigos 848 da LECr, 86 da Lei reguladora da Xurisdición Contencioso administrativa e 478 e concordantes da LEC.

Ademais, modifícase o **artigo 57.2 da Lei Orgánica do Poder Xudicial**, creando o marco orgánico para a efectividade da dobre instancia penal nas causas contra aforados. Prevese que en ditas causas a Sala Segunda do Tribunal Supremo estará formada por dúas Seccións, de primeira instancia e de apelación, a primeira presidida polo Maxistrado máis antigo e formada polos dous Maxistrados que lle sigan en antigüidade e polos dous máis modernos, a Sección de apelación, que coñecerá dos recursos de apelación contra as sentencias ditadas pola Sala de instancia, estará presidida polo Presidente da Sala e formada polo resto dos Maxistrados da mesma. A designación de instrutor farase entre os membros da Sala que non vaian formar parte da Sección de primeira instancia, sen que o instrutor poida formar parte tampouco da Sección de apelación.

Este precepto debe poñerse en relación coa redacción do artigo 846 bis.2 contida no Anteproxecto de Lei pola que se modifica, entre outras, a LECr, que será obxecto de posterior comentario.

No **artigo 71**, ao proclamar que o Tribunal Superior de Xustiza estenderá a súa xurisdición ao ámbito territorial da Comunidade Autónoma, engádese a salvidade do disposto no **artigo 73.1 a)**, que establece as competencias da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza en materia civil, cuxa redacción se modifica para facer extensiva a competencia para coñecer do recurso de casación a todas



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

as resolucións que ditén os órganos xurisdiccionais da orde civil con independencia do territorio onde teñan a súa sede, sempre que o recurso se funde en infracción de normas de dereito civil, foral ou especial, ou dereito propio da comunidade na que teña a súa sede o Tribunal Superior de Xustiza, e cando o correspondente Estatuto de Autonomía previse esta atribución. A modificación, que como dixemos, se limita a suprimir a restrición que no texto vixente se fai ás resolucións ditadas polos órganos xurisdiccionais da orde civil “con sede na comunidade autónoma”, parece oportuna por canto favorece a función unificadora da casación na interpretación e aplicación das normas do dereito civil propio da comunidade autónoma, evitando que as resolucións que, por razóns de veciñanza civil dos litigantes ou algún deles, ditén órganos con sede fóra do territorio da comunidade autónoma e nas que se aplique ese dereito civil, foral ou especial, propio, queden excluídas do ámbito casacional atribuído á Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza da correspondente comunidade.

O **artigo 73.1 b)** modifícase tamén para dar unha nova configuración ao actual recurso de revisión competencia da Sala do Civil e Penal, como Sala do Civil, dos Tribunais Superiores de Xustiza, na redacción do Anteproxecto substitúese a referencia a “recurso extraordinario de revisión” por “revisión” -o que non presenta especial cuestión, xa que será a Lei procesual a que estableza o deseño e natureza da revisión-, e amplíase ás sentencias ditadas por órganos xurisdiccionais da orde civil, con sede na comunidade autónoma, eliminando a vixente restrición ás sentencias ditadas en materia de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

dereito civil, foral ou especial propio da comunidade autónoma, sempre que o correspondente Estatuto de Autonomía preveise tal atribución.

Esta reforma está en liña cunha das propostas de reforma do Tribunal Supremo en atención ás súas funcións constitucionais, elaboradas no ano 2000 no seo do propio Tribunal, na que se dicía *“non hai razón que obxectivamente xustifique hoxe a competencia do Tribunal Supremo para coñecer dos recursos de revisión, que podería atribuírse sen inconveniente ningún ás correspondentes Salas dos Tribunais Superiores de Xustiza”*. Por outra banda, como se dixo anteriormente, no Pacto de Estado para a reforma da Xustiza, entre os principios, obxectivos e procedementos que deben conformar un novo modelo de Xustiza, e sobre as accións e os medios que cómpre impulsar para facelo realidade, acordábase, respecto do Tribunal Supremo: *“Modificarase o recurso de revisión, de xeito que o Tribunal Supremo coñeza exclusivamente dos recursos de revisión contra sentencias firmes da Audiencia Nacional e do propio Tribunal Supremo”*.

Non obstante, mesmo cando a redefinición das competencias dos Tribunais Superiores de Xustiza está presidida polo criterio de adaptación da Xustiza ao Estado das Autonomías, compromiso que se asumiu no referido Pacto de Estado, adecuando o papel dos Tribunais Superiores de Xustiza á súa condición de órgano que culmina a organización xudicial no ámbito territorial da correspondente comunidade autónoma, que predica o artigo 70 Lei Orgánica do Poder Xudicial, parece cuestionable que a atribución de competencias á Sala do Civil e Penal, tanto en materia de casación como de revisión, se deixe en último termo ao azar do que prescriban sobre tal cuestión os respectivos Estatutos de Autonomía, o cal aínda que non constitúe unha novidade



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

no Anteproxecto de Lei Orgánica si adquire maior relevancia como consecuencia da ampliación do ámbito da revisión, xa comentada.

O artigo 149.1.6ª da Constitución outorga ao Estado competencia exclusiva sobre “...*lexislación procesual, sen prexuízo das necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das Comunidades Autónomas*”. Así, a *lexislación procesual* é competencia exclusiva do Estado coa salvidade das necesarias especialidades que deriven das particularidades do dereito substantivo de cada Comunidade Autónoma. O Tribunal Constitucional a través de diversas resolucións sentou doutrina sobre o significado e alcance das fórmulas constitucional e estatutaria de distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas en materia de *lexislación procesual*, doutrina que se condensa na STC 47/2004, de 25 de marzo, recaída no recurso de inconstitucionalidade promovido polo Presidente do Goberno contra a Lei de Galicia 11/1993, de 15 de xullo, sobre o recurso de casación en materia de Dereito civil especial, e que xa foi analizada no informe ao Anteproxecto de Lei sobre a casación foral aragonesa, aprobado polo Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial de 9 de marzo de 2005. Á luz de dita doutrina destácanse os seguintes criterios: en primeiro lugar, que a atribución ao Estado da competencia exclusiva sobre *lexislación procesual* responde á necesidade de salvagardar a uniformidade dos instrumentos xurisdicionais (SSTC 71/1982, de 30 de novembro; 83/1986, de 26 de xuño; 173/1998, de 23 de xullo); en segundo lugar, que a competencia asumida polas Comunidades Autónomas ao amparo da salvidade recollida no artigo 149.1.6.ª CE non lles permite, sen máis, introducir no seu ordenamento normas procesuais polo mero feito de ter promulgado regulacións de Dereito substantivo no exercicio das súas competencias, é dicir, innovar o ordenamento procesual en relación coa defensa xurídica daqueles



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

dereitos e intereses que materialmente regulen, o que equivalería a baleirar de contido ou privar de todo significado á especificidade con que a materia procesual se contempla no artigo 149.1.6.^a CE, senón que, como indica a expresión “necesarias especialidades” do citado precepto constitucional, tan só poden introducir aquelas innovacións procesuais que inevitablemente se deduzan, dende a perspectiva da defensa xudicial, das reclamacións xurídicas substantivas configuradas pola norma autonómica en virtude das particularidades do Dereito creado pola propia Comunidade Autónoma, ou, dito noutros termos, as singularidades procesuais que se permiten ás Comunidades Autónomas deben limitarse a aquelas que, pola conexión directa coas particularidades do Dereito substantivo autonómico, veñan requiridas por estas (SSTC 71/1982, de 30 de novembro; 83/1986, de 26 de xuño; 121/1992, de 28 de setembro; 127/1999, de 1 de xullo), correspondendo ao lexislador autonómico ou, no seu defecto, aos que asuman a defensa da Lei no seu caso impugnada, ofrecer a suficiente xustificación sobre a necesidade de alterar as regras procesuais comunmente aplicables por vir requiridas polas particularidades do Dereito substantivo autonómico, salvo que do propio exame da Lei se poidan desprender ou inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de xullo).

Dado que a atribución da competencia xurisdiccional corresponde en exclusiva ao lexislador estatal (SSTC 121/1992; 114/1994; 91/1998; 173/1998) e que o primeiro dos criterios da doutrina constitucional antes analizada incidía en que a atribución ao Estado da competencia exclusiva sobre lexislación procesual responde á necesidade de salvagardar a uniformidade dos instrumentos xurisdicionais, cabe agora formular a conveniencia de garantir esa



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

uniformidade e non manter a subordinación da atribución de competencias que prevé o artigo 73 da Lei Orgánica do Poder Xudicial a que a establezan os Estatutos de Autonomía. Cómpre ter en conta, ademais, que a necesidade de que o correspondente Estatuto de Autonomía prevea a atribución de competencias da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza pode incidir negativamente no logro da uniformidade dos instrumentos xurisdicionais entre as distintas Comunidades Autónomas con dereito civil propio e, en todo caso, condiciona o propio ámbito competencial do Tribunal Supremo.

O Anteproxecto de Lei Orgánica introduce un **artigo 74 bis** no que atribúe o coñecemento do recurso de casación para a unificación de doutrina, fundado en normas emanadas da Comunidade Autónoma, a unha Sección da Sala do Contencioso-Administrativo que teña a súa sede no Tribunal Superior de Xustiza, que estará composta polo presidente da Sala, que a presidirá, polo Presidente ou Presidentes das demais Salas do Contencioso-Administrativo e, no seu caso, das Seccións das mesmas, en número non superior a dous, e polos Maxistrados da referida Sala ou Salas necesarios para completar un total de cinco membros. Ademais, establécese a posibilidade de que o presidente convoque o Pleno da Sala e que, en función do número de asuntos, se cree unha sección na Sala para coñecer dos recursos de casación para a unificación de doutrina e en interese da lei, fundados na infracción de normas emanadas das Comunidades Autónomas.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

O vixente artigo 74 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, que non é obxecto de modificación, nos seus números 5 e 6, atribúe ás Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza o coñecemento do recurso de casación para a unificación de doutrina e do recurso de casación en interese da lei, nos casos previstos na Lei reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa. Efectivamente, a Lei 29/1998, de 13 de xullo, nos seus artigos 99 e 101 establece os supostos nos que caben ditos recursos, respectivamente, e o artigo 99.3, ao que se remite o 101.3, regula a composición da Sección da Sala que debe coñecer de ditos recursos, de idéntica forma á que se establece no novo artigo 74 bis do Anteproxecto de Lei Orgánica, que introduce como novidade a facultade do Presidente de convocar Pleno da Sala. Por outra banda, prevese a posible creación dunha Sección na Sala para coñecer de ambos os dous recursos, cando o aconselle o número de asuntos.

Malia que, como dixemos, a Lei reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa xa regula a composición do órgano que debe coñecer dos mencionados recursos de casación, regulación que era imprescindible ante o silencio da Lei Orgánica do Poder Xudicial ao respecto, a introdución do novo precepto en dita Lei Orgánica non é gratuíta, daquela, ademais de completar a regulación da lei procesual, vén a outorgarlle á norma o rango orgánico e a situación que lle corresponde, en atención ao seu contido, por canto o artigo 122.1 da Constitución encomenda á Lei Orgánica do Poder Xudicial a determinación da constitución, funcionamento e goberno dos Xulgados e Tribunais. Por outra banda, a previsión da posibilidade de crear unha Sección permanente na Sala para coñecer dos recursos de casación



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

para a unificación de doutrina e en interese da lei, fundados na infracción de normas emanadas das Comunidades Autónomas, resolve unha situación especialmente complicada para os Tribunais Superiores de Xustiza integrados por máis dunha Sala do Contencioso-Administrativo, para a que resulta insatisfactoria a previsión do vixente artigo 99.3.

Por último, para garantir a segunda instancia penal dos aforados - que será obxecto de posterior comentario- á Sala prevista no **artigo 77** atribúeselle o coñecemento dos recursos de apelación contra as sentencias ditadas en primeira instancia, nos procesos penais, pola Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza.

E a redacción do **artigo 82** modifícase unicamente en función á súa adecuación á existencia de novos órganos xurisdicionais derivados da proxectada Xustiza de Proximidade e da Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

V

OBSERVACIÓNS AO ANTEPROXECTO DE LEI POLA QUE SE MODIFICA A LEI DE AXUIZAMENTO CRIMINAL, A LEI REGULADORA DA XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA E A LEI DE AXUIZAMENTO CIVIL

I.- Reforma da Lei de Axuizamento Criminal.

1. Observacións xerais.

As reformas proxectadas introducen unha substancial modificación do actual sistema de recursos da Lei de Axuizamento Criminal, que afecta fundamentalmente ao recurso de apelación contra sentencias definitivas e ao de casación, e en menor medida aos recursos contra determinadas resolucións interlocutorias. As finalidades principais que se pretenden, segundo se desprende das respectivas Exposicións de Motivos de ambos os dous Anteproxectos, son, en primeiro lugar, a xeneralización da dobre instancia no proceso penal por esixencias do art. 14.2 do Pacto Internacional de Dereitos Civís e Políticos de 19 decembro 1966 e tralos Ditames do Comité de Dereitos Humanos de Nacións Unidas sobre esta materia en asuntos nos que foi parte o Estado español; e en segundo lugar, extraer do recurso de casación determinadas adherencias de carácter fáctico que converteron á Sala Segunda do Tribunal Supremo nun tribunal de segunda instancia, o que tivo como contrapunto para compensar o anterior, a necesidade de reducir significativamente o ámbito do recurso de casación, limitado a infraccións penais das que coñecen en única instancia os tribunais



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

colexiados e en segunda instancia no Proceso por Xurado -sen prexuízo doutras infraccións que accedesen á casación por conexión-, en detrimento da función principal do Tribunal Supremo de sentar xurisprudencia en todo ou na maior parte do Dereito Penal.

A) A REFORMA DO RECURSO DE APELACIÓN PENAL

a) Preliminares.

Para unha mellor comprensión do deseño do novo sistema de recursos, sirva o seguinte esquema da proxectada distribución funcional de competencias no recurso de apelación contra sentencias ditadas en procesos por delito:

Tribunais de Primeira Instancia

1º Xulgado do Penal.

2º Xulgado Central do Penal.

3º Audiencia Provincial.

4º Maxistrado-Presidente do Tribunal
Tribunal
do Xurado no ámbito da Audiencia
Provincial.

Tribunais de Apelación

Audiencia Provincial.

Sala do Penal da
Audiencia Nacional

Sala do Civil e Penal do
Tribunal Superior de
Xustiza.

Sala do Civil e Penal do
Superior de Xustiza.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

5º Sala do Penal da Audiencia Nacional.

Sala de Apelación da Audiencia Nacional.

6º Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza

Sala do Tribunal Superior de Xustiza prevista no art. 77 da LOPX.

7º Sección de primeira instancia da Sala Segunda do Tribunal Supremo.

Sección de apelación da Sala Segunda do Tribunal Supremo.

Respecto ao procedemento, a reforma mantén as cinco regulacións actuais do recurso de apelación existentes na Lei de Axuizamento Criminal en procesos por delito, que dependen da resolución recorrida e do tipo de procedemento. Trátase dos recursos de apelación:

1º Fronte a autos ditados por Xulgados en Procedemento ordinario (arts. 216 e ss.).

2º Fronte a autos ditados por Xulgados en Procedemento abreviado (art. 766).

3º Fronte a sentencias ditadas en primeira instancia en Procedemento abreviado (arts. 790 e ss.).

4º Fronte a sentencias e autos ditados polo Maxistrado-Presidente do Tribunal do Xurado, e autos ditados por Audiencias Provinciais e a Sala do Penal da Audiencia Nacional resolvendo sobre artigos de previo pronunciamento [arts. 846 bis a) e ss.].



5º Fronte a sentencias ditadas por Xulgados no Procedemento para o axuizamento rápido de determinados delitos (art. 803).

A esta situación engádese a regulación proxectada do recurso de apelación contra sentencias ditadas en Procedemento ordinario, con remisión case completa ao previsto para este recurso contra sentencias ditadas en Procedemento abreviado. Esta disparidade aconsella unha regulación xeral do recurso, que distinga segundo o tipo de resolución recorrida (auto ou sentenza), que se desenvolva en sede de Procedemento ordinario e á que en boa técnica se remita aquela apelación que precise algunha especialidade.

b) A xeneralización da dobre instancia no proceso penal.

a') Sobre a súa necesidade.

Como é sabido, a **Constitución Española** non esixe que toda resolución xurisdiccional poida ser susceptible de impugnación en vía ordinaria, senón que inclúe o dereito a utilizar os recursos legalmente establecidos como contido do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva (art. 24.1), segundo a interpretación que deste dereito realizou o Tribunal Constitucional. Non obstante, observouse que a única excepción a esta regra xeral procede do art. 14.5 do **Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos**, norma de dereito interno español (art. 96.1 da CE) que ao mesmo tempo debe terse en conta na interpretación das normas constitucionais sobre dereitos fundamentais e liberdades públicas (art. 10.2 da CE), conforme ao cal «toda persoa declarada culpable dun delito terá dereito a que o fallo condenatorio e a pena que se lle impuxese sexan sometidos a un tribunal superior,



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

conforme ao prescrito pola lei». Iso si, este dereito á revisión do fallo condenatorio e da pena por un tribunal superior non ten como correlato necesario a implantación dun recurso de apelación que abra a segunda instancia.

Sobre esta cuestión e como é sobradamente coñecido, o **Ditame do Comité de Dereitos Humanos da Organización das Nacións Unidas de 20 de xullo de 2000** (Comunicación Nº 701/1996, Gómez Vázquez c. España, decisión de 20 de xullo 2000), cuxas *consideracións sobre o fondo* se reafirman en Ditames posteriores (Comunicación Nº 986/2001, Sineiro Fernández c. España, decisión de 7 de agosto de 2003; Comunicación Nº 1007/2001, Semey c. España, decisión de 30 de xullo de 2003; Comunicación Nº 1101/2002, Alba Cabriada c. España, decisión de 1 de novembro de 2004, e Comunicación Nº 1104/2002, Martínez Fernández c. España, decisión de 29 de marzo de 2005), concluíu que a inexistencia no recurso de casación de posibilidade de que o fallo condenatorio e a pena do autor sexan revisadas integramente, limitándose dita revisión aos aspectos formais ou legais da sentenza, non cumpre coas garantías que esixe o parágrafo 5, artigo 14, do Pacto, polo que ao condenado lle foi denegado o dereito á revisión do fallo condenatorio e da pena, con violación do citado precepto. O Comité tamén manifestou que o Estado Parte ten a obriga de tomar as disposicións necesarias para que no sucesivo non ocorran violacións parecidas.

Ante estas consideracións do citado Comité, reiteradamente declarou o **Tribunal Constitucional** (cfr. a Sentencia núm. 105/2003, de 2 de xuño, que cita as súas Sentencias núms. 70/2002, de 3 de abril, e 80/2003, de 28 de abril) que existe unha asimilación funcional entre o recurso de casación e o dereito á revisión da declaración de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

culpabilidade e a pena declarado no art. 14.5 do citado Pacto Internacional, sempre que se realice unha interpretación ampla das posibilidades de revisión en sede casacional e que o dereito recoñecido no Pacto se interprete, non coma o dereito a unha segunda instancia con repetición íntegra del xuízo, senón coma o dereito a que un Tribunal superior controle a corrección do xuízo realizado en primeira instancia, revisando a correcta aplicación das regras que permitiron a declaración de culpabilidade e a imposición da pena, no caso concreto. Pola súa banda, a **Sala Segunda do Tribunal Supremo**, manifestouse de modo constante neste mesmo sentido nos Acordos de Pleno non xurisdiccional de 13 de setembro de 2000 e de 28 de setembro de 2001, no Auto de 14 de decembro de 2001 e en distintas Sentencias, podendo citarse entre as máis recentes a núm. 1487/2004, de 13 de decembro.

Non obstante, en resposta ás Declaracións do Comité de Dereitos Humanos, o lexislador español deu un primeiro paso na implantación de forma xeneralizada dun sistema de dobre instancia coa promulgación da **Lei Orgánica 19/2003, de 23 de decembro, de reforma da Lei Orgánica do Poder Xudicial**, que introduciu un novo art. 64 bis e modificou o art. 73.3, creando no primeiro a Sala de Apelación da Audiencia Nacional para coñecer dos recursos desta clase contra resolucións ditadas pola Sala do Penal, mentres que ao segundo dos artigos se engadiu ás competencias da Sala do Civil e Penal, como Sala do Penal, do Tribunal Superior de Xustiza, o coñecemento dos recursos de apelación contra as resolucións que diten en primeira instancia as Audiencias Provinciais.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

b') Sobre a súa configuración.

Ao enfoque dado polo lexislador aos Ditames da Comisión de Dereitos Humanos da ONU, engádese a situación creada ante a nova orientación xurisprudencial do noso **Tribunal Constitucional**, iniciada a partir da **Sentencia do Pleno núm. 167/2002, de 18 de setembro**, reiterada en numerosas Sentencias, sendo as máis recentes as núms. 202, 203 e 208/2005, todas de 18 de xullo. O Tribunal Constitucional considera que o respecto aos principios de publicidade, intermediación e contradición, contidos no dereito a un proceso con todas as garantías (art. 24.2 da CE), impón inexorablemente que toda condena se fundamente nunha actividade probatoria que o órgano xudicial examinase directa e persoalmente e nun debate público no que se respecte a posibilidade de contradición, polo que, cando a apelación se formule contra unha Sentencia absolutoria e o motivo de apelación concreto verse sobre cuestións de feito suscitadas pola valoración ou ponderación de probas persoais das que dependa a condena ou absolución do acusado, resultará necesaria a celebración de vista pública na segunda instancia para que o órgano xudicial de apelación poida resolver tomando un coñecemento directo e inmediato de ditas probas. E, igualmente, a constatación da anterior vulneración determina, tamén, a do dereito á presunción de inocencia (art. 24.2 da CE) se os aludidos medios de proba indebidamente valorados na segunda instancia son as únicas probas de cargo nas que se fundamente a condena.

Como se indicou, para afrontar estes problemas, a citada Lei Orgánica 19/2003 creou órganos de apelación e remitiuse na disposición final segunda aos proxectos de lei que o Goberno debería remitir ás Cortes Xerais no prazo dun ano. En virtude deste mandato, a reforma



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

obxecto do presente informe completa o panorama orgánico e regula a materia procesual, seguindo respecto á segunda instancia o modelo de apelación limitada adoptado na actual regulación do Procedemento abreviado.

c) Segunda instancia e apelación limitada

A segunda instancia ou revisión da primeira instancia, se se quere empregar unha denominación máis xenérica que supere distincións doutrinais entre "segunda instancia" e "apelación", constitúe unha nova fase do proceso de declaración que se abre con ocasión da interposición do recurso de apelación e se inicia trala súa admisión, permitindo un novo exame tanto dos feitos coma do dereito por un tribunal distinto e superior (efecto devolutivo), tendente a deixar sen efecto a resolución xudicial de primeira instancia e a substituíla por outra. Esta posibilidade de novo axuizamento integral do obxecto da primeira instancia, tanto dos feitos coma do dereito, e dentro deste, do substantivo e do procesual, é o que caracteriza ao recurso de apelación que abre a segunda instancia e o distingue doutros recursos ordinarios -coma os de reforma, apelación e queixa contra resolucións interlocutorias- e do recurso extraordinario de casación.

Como é sabido, a natureza xurídica da segunda instancia difire nas súas especies segundo a amplitude coa que se configure o seu obxecto procesual: como unha nova primeira instancia (*novum iudicium*) ou como un control do decidido e resolto na primeira instancia (*revisio prioris instantiae*). Á súa vez, a revisión nos termos expresados admite dous modelos ou sistemas atendendo ao ámbito material do recurso: apelación plena e apelación limitada, correspondentes respectivamente aos conceptos de *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae*. A apelación



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

plena supón un novo xuízo nas mesmas condicións que o de primeira instancia, salvo no relativo ao órgano de axuizamento, que se encontra fronte á impugnación investido das mesmas facultades que o órgano de primeiro grao, con iguais plenos poderes tanto para a decisión como para a formulación do material de cognición. Pola contra, na apelación limitada non se está ante un novo xuízo -unha segunda instancia en sentido propio-, senón ante o control do decidido e resolto na primeira instancia.

Como se apuntou, a apelación do noso proceso penal segundo está implantada no Xuízo de faltas e no Procedemento abreviado -non así na *sui generis* apelación contra as sentencias do Maxistrado-Presidente do Tribunal do Xurado- segue o modelo de apelación limitada con excepcións á regra de preclusión, que á vez son concesións ao modelo de apelación plena, ao permitir tanto a práctica de novas probas de modo excepcional en supostos taxados (*nova producta* e *nova reperta*), como a nova valoración do material probatorio da primeira instancia, salvando a excepción relativa ás probas persoais trala recente xurisprudencia do Tribunal Constitucional antes citada.

A segunda instancia que deseña a reforma segue as pautas do actual recurso de apelación en sede de Procedemento abreviado, cuxa tramitación permanece substancialmente igual e se estende ao Procedemento ordinario, con certas modificacións que se verán máis adiante na parte dedicada á análise do articulado. Non obstante, merece ser tratado neste momento el modo en que se intenta salvar o escollo que para a nova valoración das probas persoais por parte do tribunal de apelación supuxo a doutrina do Tribunal Constitucional.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

A fin de situar mellor o problema e con carácter previo á análise da resposta ao mesmo que se propón na reforma, convén repasar as posibles solucións que a esta cuestión se propuxeron, algunhas delas compatibles entre si:

1ª Establecer a **irrecorribilidade** das sentencias absolutorias cando o recurso de apelación se basee en erro de feito cometido na valoración de probas persoais.

2ª Impedir con carácter xeral unha segunda valoración da proba, limitándose o control en apelación a revisar as eventuais **infraccións do ordenamento xurídico** que se cometesen durante o procedemento e a propia sentenza, así como a denuncia de violación da presunción de inocencia en casos de ausencia absoluta de proba ou de ausencia de proba de contido incriminatorio.

3ª Limitar na apelación os poderes do tribunal *ad quem*, de forma que sendo posible a revisión da proba en casos de **manifesto e patente erro de apreciación**, as facultades do tribunal de apelación se reduzan a termos compatibles coas esixencias do principio de inmediación, excluindo a nova valoración das probas persoais ou, en todo caso, limitar a revisión a constatar erros patentes de percepción sensorial padecidos polo xulgador *a quo*.

4ª Documentar a través de **medios de gravación e reprodución** a práctica das probas persoais, esixindo unha motivación rigorosa da súa ponderación ao órgano *a quo*, para posibilitar a nova valoración polo tribunal *ad quem*, solución que topa coa extremada dificultade de explicar a valoración das probas persoais, o cal esixiría ao xulgador



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

unha previa e complicada tarefa de introspección a fin de coñecer os compoñentes racionais e intuitivos que interveñen na inmediación e que son premisa das súas conclusións.

5ª Implantar un sistema mixto coa introdución dun *novum iudicium* circunscrito á **repetición das probas persoais** cuxa nova valoración se repute imprescindible, a fin de colocar ao órgano de apelación en parella situación -non na mesma, xa que as declaracións prestadas e a súa percepción polo xulgador son irrepitibles, pero tampouco nunha significativamente peor- que ao de primeira instancia en relación cos materiais que han servir de base ao seu convencemento.

As tres primeiras propostas supoñen que determinadas valoracións fácticas do tribunal de primeira instancia produto da inmediación serían inatacables en apelación -salvo en supostos extraordinarios de erros de percepción sensorial-, o cal non suporía ningunha novidade no terreo legal ante os "motivos" do recurso de apelación no marco do Proceso por Xurado, nin tampouco no terreo práctico, ante a tendencia dos tribunais de apelación a non cuestionar a valoración das probas persoais efectuada polos tribunais de instancia.

Pasando á quinta posibilidade, deixando para o final a cuarta, cómpre advertir dos perigos de perda de probas e de mingua do valor potencial do medio de proba polo transcurso do tempo, polo que a repetición das probas non vai supoñer que a súa valoración sexa máis adecuada ou mellorable, mesmo contado coa maior experiencia do órgano de apelación. Ademais, non hai razóns de índole epistemolóxica para pensar que o segundo axuízamento fáctico poida ser máis acertado cando o tribunal *a quo* tamén é colexiado, polo que carece de base na realidade das cousas afirmar que supón unha garantía para o xusticiable



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

unha revisión do xuízo sobre os feitos por outro tribunal que está en peores condicións para valorar as probas de natureza persoal. O sentido que teñen os recursos devolutivos e a garantía que isto supón, baséase non na mera revisión do caso que non se xustifica por si mesma, senón na confianza que inspira a reconsideración do asunto por un órgano superior cuxos membros suponse que son máis doutos, gozando de maior preparación e experiencia, e que por tal razón están en mellores condicións para tomar a decisión correcta.

Finalmente, queda por analizar a cuarta posibilidade, que é a que se asume na reforma, previndo o art. 790.3 proxectado que o recorrente que fundamente a súa apelación no erro na apreciación das probas de carácter persoal vinculadas ao principio de inmediación, poderá solicitar a reprodución ante o tribunal *ad quem* da gravación da práctica da proba practicada en primeira instancia, disposición que debe poñerse en relación coa do último parágrafo do apdo. 1 art. 791, conforme ao cal a celebración de vista será obrigatoria sempre que, solicitada por algunha das partes, se funde na impugnación de probas persoais e se solicite a revogación de sentencias absolutorias ou unha agravación da pena imposta ao condenado, sendo este o único suposto en que a celebración de vista é preceptiva.

Esta fórmula, que aspira a non distorsionar o sistema de apelación limitada e á vez a permitir a nova valoración das probas persoais sen necesidade de que reproduzan de forma real en



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

segunda instancia, non pode considerarse satisfactoria por presentar as seguintes obxeccións:

1º É claro que a visión e escoita dunha gravación non proporciona ao xulgador as mesmas impresións que a realidade obxecto da gravación, polo que ambos os dous tribunais participan de distinto grao de intermediación, en prexuízo do que ten a última palabra. En palabras do Auto da Sala Segunda do Tribunal Supremo de 16 de febreiro de 2004:

«Nin sequera a gravación videográfica de xuízo de instancia, sería suficiente, porque son imaxes do pasado, que só permiten coñecer o escenario, pero non as vivencias directas e intransferibles dos protagonistas, polo que abonda cunha disección e análise da adecuación do criterio da Sala, ás pautas esixidas pola lóxica e a experiencia».

2º En todo caso, a gravación non serviría para poñer de manifesto erros de valoración na formación en conciencia da íntima convicción polo tribunal, senón unicamente erros crasos e palmarios de percepción sensorial por parte do xulgador *a quo* respecto ao resultado obxectivo da proba practicada, erros polo xeral inusuais e ademais insólitos tratándose de tribunais colexiados.

3º Mesmo esixíndoselle ao recorrente a imprescindible identificación do erro e o punto exacto da gravación onde puidese ser localizado, correríase o perigo de que o manifestado no xuízo oral puidese ser obxecto de tratamento selectivo e illado para mostrar aparentes erros de percepción, sacando así de contexto



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

pasaxes da proba que son obxecto de valoración conxunta por parte do tribunal de primeira instancia.

4º Ao ser preceptiva a celebración de vista unicamente no caso de que o recurso se funde na impugnación de probas persoais e se solicite a revogación de sentencias absolutorias ou de agravación de la pena imposta ao condenado, chégase á conclusión de que o condenado carece do mesmo dereito a que se celebre vista en apelación.

Recoñecendo que o réxime de celebración de vista que adopta a reforma responde cabalmente á doutrina do Tribunal Constitucional á que se fixo referencia e que arranca da STC 167/2002, sentada en casos de revogación en segunda instancia de sentencias absolutorias de primeira instancia tras unha nova valoración das probas persoais sobre o escrito na acta do xuízo, obsérvase que se o que está en xogo é o dereito a un proceso con todas as garantías, que é independente do sentido do fallo e no que se insire a inmediación como unha das formas do xuízo oral, a vista debía ser tamén obrigada en casos de impugnación de sentencias condenatorias, xa que o Tribunal Constitucional distingue nestes casos entre a vulneración do dereito a un proceso con todas as garantías —do que é titular o reo con independencia do sentido do fallo— e a do dereito á presunción de inocencia, producíndose a deste último se os medios de proba indebidamente valorados na segunda instancia son as únicas probas nas que se fundamenta a condena do acusado absolto en primeira instancia.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

A regulación proxectada abre a posibilidade legal, discriminatoria para os condenados, de que os tribunais de apelación non celebren vista nos casos de impugnación de sentencias condenatorias e que a falta de inmediación les impida proceder a unha revisión das probas persoais practicadas en primeira instancia.

5º É de supoñer que as partes farán uso desta posibilidade que lles brinda a lei, polo que é previsible o colapso dos tribunais de segunda instancia se deben dedicar a cada recurso de apelación un tempo non moi inferior ao empregado polos tribunais de primeira instancia, xa que a maior parte do tempo invertido nos xuízos orais que se consume na práctica de probas persoais. Este risco só se evitaría aumentando o número de tribunais de apelación aproximándoo ao de tribunais de primeira instancia.

Á vista do anterior, as alternativas poden resumirse nas seguintes:

1ª Suprimir o recurso de apelación en caso de sentenza absolutoria, máxime se o tribunal *a quo* é colexiado, superándose o problema que deu lugar á xurisprudencia do Tribunal Constitucional sobre esta cuestión. En canto ás sentencias condenatorias, só serían revisables os erros de percepción sensorial e non de valoración se se trata de probas persoais suxeitas a inmediación, mentres que se admitiría a revisión dos erros de valoración no resto das probas.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

2ª Admitir a revisión tanto das sentencias absolutorias como das condenatorias, con á súa vez dúas posibilidades:

a) Que só nas sentencias absolutorias o apelante poida postular unha nova e total valoración conxunta das probas persoais, pero non así o condenado nas sentencias condenatorias, limitando nestas a revisión a erros precisos de percepción sensorial. Pero en tal caso, colocárase ao condenado en posición desigual respecto aos acusados absoltos en primeira instancia.

b) Que os recursos de apelación fronte sentencias absolutorias e condenatorias reciban o mesmo tratamento, estendendo a impugnación nunhas e outras ao erro valorativo respecto ás probas en xeral, é dicir, á formación da convicción subxectiva do tribunal *a quo* respecto á totalidade da proba practicada. Isto, tendo en conta o número de sentencias que son recorridas polos condenados por disenso coa valoración das probas, conduciría a unha situación de colapso dos tribunais de apelación, situación que só se evitaría se, en tal caso, aumentase o número dos órganos de segunda instancia para que puidesen dar resposta nun prazo razoable aos recursos de apelación, tendo en conta o tempo que deberían dedicar á visión e audición das gravacións das probas practicadas nos xuízos orais celebrados en primeira instancia.

En conclusión, ou se incorporan ao sistema as sentencias condenatorias, o que produciría unha situación de colapso na segunda instancia, ou non se lles aplica o mesmo réxime que ás sentencias absolutorias, o que leva á desigualdade. Nesta tesitura, a solución máis



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

airosa pasa porque as sentencias absolutorias por motivos probatorios sexan irrecorribles.

d) En particular, a introdución da segunda instancia nas causas axuizadas en primeira instancia pola Sala do Penal do Tribunal Supremo

Á parte dos problemas que se sinalaron respecto á revisión do xuízo de feito emitido en primeira instancia por un tribunal colexiado, que son compartidos no suposto do recurso de apelación introducido contra sentencias ditadas en causas de aforados pola Sala Segunda do Tribunal Supremo, a novidade que se pretende ofrece os seguintes problemas derivados da natureza xurídica deste Tribunal:

1º Non debe considerarse imprescindible crear un recurso de apelación cando a sentenza foi ditada polo Tribunal Supremo, situado na cúspide da orde xurisdiccional penal (ex art. 123 de la CE), porque, en pura lóxica xurídica e en abstracto, o pronunciamento que dite en única instancia non é perfectible.

2º Esta excepcional posición que ocupan Tribunais como o Tribunal Supremo, foi considerada xa polo Protocolo Adicional, número 7, ao Convenio Europeo de Dereitos Humanos, de 22 de novembro de 1984, relativo a *Novas medidas tendentes a asegurar a garantía colectiva de determinados dereitos e liberdades*, respecto ao cal o Estado Español non depositou ata a data o instrumento de ratificación.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Pois ben, tras establecer no art. 2.1 que «[T]oda persoa declarada culpable dunha infracción penal por un tribunal terá dereito a que a declaración de culpabilidade ou de condena sexa revisada por un órgano xurisdiccional superior. O exercicio dese dereito, incluídos os motivos polos que poderá exercerse, regularanse por lei», no punto 2 do mesmo artigo matízase que **«[E]ste dereito poderá ser obxecto de excepcións (...) cando o interesado fose xulgado en primeira instancia polo máis alto órgano xurisdiccional (...)»**.

3º O Tribunal Constitucional declarou con reiteración, en relación co foro de Deputados e Senadores, que

«Determinadas persoas gozan, *ex Constitutione*, en atención ao seu cargo, dunha especial protección que contrarresta a imposibilidade de acudir a unha instancia superior, podendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores e Deputados desculpan a falta dun segundo grao xurisdiccional, por elas mesmas e porque o órgano encargado de coñecer nas causas en que poidan atoparse implicados é o superior na vía xudicial ordinaria», con outras palabras, ter «sido xulgado polo máis alto Tribunal da Nación, que é o dato que impide a revisión da súa sentenza» (S núm. 51/1985, de 10 de abril).

E en relación co art. 2.2 do citado Protocolo, as Sentencias do Tribunal Constitucional núms. 64 e 66/2001, ambas as dúas de 17 de marzo, declararon que «aínda que a literalidade do art. 71.3 CE non impón o coñecemento das causas penais contra Deputados e



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Senadores en única instancia pola Sala do Penal do Tribunal Supremo, sen embargo, debe entenderse que o constituínte efectuou unha inicial ponderación do dereito ao dobre grao de xurisdición de Deputados e Senadores e das necesidades de protección tanto da independencia da propia institución parlamentaria coma do Poder Xudicial. Ponderación que, como tamén acabamos de recordar, non resulta allea ao entendemento dos países do noso entorno xurídico-constitucional respecto do alcance deste dereito, xa que como excepción ao mesmo se admite o caso no que o Tribunal Superior na orde penal coñecese en primeira e única instancia (art. 2.2 do Protocolo 7 CEDH)».

4º É contrario á natureza da segunda instancia que os órganos *quo e ad quem* estean ao mesmo nivel xerárquico, sendo anómalo que un mesmo órgano se constituía *ad casum*, aínda que conforme a criterios preestablecidos legalmente, en seccións funcionalmente subordinadas. A segunda instancia é, por definición, unha nova fase do proceso de declaración que se realiza ante un órgano xurisdiccional de grao superior.

A posibilidade apuntada por algún autor de atribuír o coñecemento desta apelación á Sala prevista no art. 61 da LOPX -de composición e competencias semellantes ás da Sala do Tribunal Superior de Xustiza prevista no art. 77 da LOPX, á que a reforma atribúe competencia como tribunal de apelación penal-, encontra como obstáculo, respecto a determinados aforados, o previsto nos arts. 71.3 e 102.1 da CE, que sinalan exclusivamente como órgano de axuízamento á Sala do Penal do Tribunal Supremo, sen compartir a competencia con outras Salas do mesmo Alto Tribunal.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

E para terminar, repárase en que a reforma non prevé todas as posibilidades legais de axuizamento de causas penais no Tribunal Supremo, en concreto o tribunal de apelación nos procesos seguidos contra os Presidentes de Sala ou contra os Maxistrados dunha Sala, cando sexan xulgados todos ou a maior parte dos que a constitúen, cuxo coñecemento se atribúe á Sala especial prevista no art. 61 da LOPX (art. 61.1, 4º).

B) A REFORMA DO RECURSO DE CASACIÓN PENAL

a) O problema do que se parte: os efectos da dispersión de criterios interpretativos nas sentencias dos tribunais de instancia.

O dereito fundamental á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 de la CE), pola súa natureza prestacional, esixe que o Estado proporcione os medios necesarios para que os suxeitos xurídicos poidan exercelo. En principio, o dereito fundamental esixe que se abra aos suxeitos a posibilidade de que sobre as súas pretensións se pronuncie un órgano xurisdiccional en, polo menos, unha ocasión. De todos os xeitos, no ámbito penal, ademais das razóns que con carácter xeral xustifican que sexa viable a revisión dos pronunciamentos ditados ao resolver por vez primeira o asunto, existe outra de carácter imperativo derivada do tantas veces citado art. 14.5 do Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Abrindo a posibilidade legal de que a condena poida ser revisada por un tribunal superior, quedarían plenamente satisfeitas as esixencias constitucionais derivadas do dereito a tutela xudicial efectiva e, en particular, do dereito ao recurso como unha das súas facetas, podendo pecharse neste punto o marco procesual necesario dende a perspectiva do dereito subxectivo público ao proceso.

De todos os xeitos, a organización xurisdiccional constituída por distintos tribunais coas súas respectivas competencias implica, pola configuración graduada das sucesivas instancias, que unha parte deles estean situados no mesmo plano funcional, dando ocasión a que adopten decisións contraditorias en casos substancialmente iguais baseadas, á súa vez, en interpretacións discordantes das normas, sen prexuízo de que os cambios de criterio tamén poidan darse nun mesmo tribunal. A posibilidade de que se produza esta dispersión de criterio pode obedecer a diferentes causas, como son as imperfeccións técnicas das leis, a imposibilidade de regulación expresa de todos os posibles supostos de feito xerais con relevancia xurídica, as dificultades da súa adaptación a situacións xurídicas descoñecidas ao tempo de legislar ou o cambio das condicións que determinaron legislar nun determinado sentido ou, finalmente, as dificultades de harmonización con outras leis, entre outras causas.

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



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

En primeiro lugar, a desigualdade de trato ante situacións iguais dependendo do tribunal que decida.

E en segundo lugar, a inseguridade xurídica que provoca no suxeito xurídico a incerteza ao non poder prever con certeza as consecuencias xurídicas da súa conduta, o cal, se é de capital importancia en todos os aspectos da vida, o é especialmente cando se trata de condutas con proxección no ámbito penal.

Esta falta de certeza provoca outros efectos engadidos, como a perda de liberdade do individuo e a quebra do principio de legalidade, pezas clave do Estado de Dereito e do Dereito Penal. O suxeito non é libre para tomar as súas propias decisións cando se presentan casos nos que é impredecible o sentido que darán os tribunais ás normas ditadas de antemán, normas que son a garantía do principio de legalidade, especialmente relevante no campo do Dereito Penal, xa que a situación xerada pola diversidade de interpretacións xudiciais, todas vixentes, definitivas e contraditorias, é claro que neutraliza o natural efecto propio do principio de legalidade, ao suprimir a posibilidade dun cálculo apriorístico razoablemente seguro das consecuencias do propio comportamento, co que chega a desaparecer a seguridade xurídica que inicialmente o principio de legalidade, como norma escrita, previa e certa, debía producir.

Con outras palabras, a seguridade xurídica, entendida como razoable posibilidade de predición das consecuencias que un comportamento dado terá trala actuación dos poderes públicos na aplicación do Dereito, aparece por unha banda como o efecto natural e propio ao que se dirixe o principio de legalidade e por outra banda como



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

condición *sine qua non* dunha verdadeira protección da liberdade persoal.

A desigualdade na aplicación da lei, a inseguridade xurídica e a falta de liberdade, transcende ao conxunto da sociedade, a todos os cidadáns, superando a esfera individual do suxeito concreto afectado pola decisión.

b) As vías de solución ao problema formulado.

Ante a magnitude do problema e do interese público en xogo, séntese a necesidade de articular un sistema baseado na interrelación de tres elementos que, utilizando a división tradicional, afectan aos aspectos subxectivo, obxectivo e formal.

A) En primeiro lugar e empezando polo **elemento obxectivo**, éríxese a **doutrina xurisprudencial** que, situada nun lugar intermedio entre a xeneralidade da norma xurídica e a singularidade da decisión do caso concreto, fixe con autoridade e dentro dos límites das normas, o sentido destas que, como *ratio decidendi* dos diferentes casos, fosen obxecto de interpretacións discordantes por parte de órganos xurisdicionais diversos ante supostos substancialmente iguais, a fin de unificar toda a orde xurídica penal, sen deixar zonas escuras fóra do seu alcance.

O precedente xurisprudencial non debe confundirse coa frecuente cita xurisprudencial que se extrae da afirmación contendida nunha sentenza, á que se somete, primeiro, a un exercicio de abstracción respecto ao caso axuizado e, despois, a un proceso de xeneralización.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

B) En segundo lugar, o **elemento subxectivo**, descansando o sistema na intervención dun único órgano xurisdiccional, o **Tribunal Supremo**, superior en todas as ordes, salvo no disposto en materia de garantías constitucionais (art. art. 123.1 da CE), ao ser un factor inherente á tarefa de unificar criterios discordantes sobre interpretación de todas as normas estatais de natureza penal, en sentido amplo, que a función se asigne ao órgano que se sitúa na cúspide da organización xudicial. O Tribunal Supremo pasaría así de pronunciarse moitas veces sobre poucas materias, a elaborar autorizada doutrina xurisprudencial sobre todas elas sempre que fose necesario en beneficio dunha correcta aplicación da lei penal igual para todos os cidadáns, evitando ao mesmo tempo que a máxima interpretación se residencie en cada un dos tribunais inferiores, con perigo de desvertebración da orde xurídica penal.

C) E en terceiro lugar, o **elemento formal ou instrumental**, consistente no mecanismo procesual idóneo para que a función xurisdiccional de elaborar doutrina penal poida ser exercida pola Sala Segunda do Tribunal Supremo. Sen descartar outras fórmulas, a vía xeralmente empregada foi a do **recurso de casación**, que debe estar inspirado pola necesidade de producir unha verdadeira e vinculante unificación de doutrina, xa que non se trata de instaurar unha terceira instancia para dar satisfacción ao suxeito xurídico dándolle a posibilidade de volver a reformular a súa discrepancia sobre aquilo que xa foi por dúas veces obxecto de axuízamento. O recurso é, por tanto, de carácter extraordinario, non só polos presupostos que poidan condicionalo, senón porque responde á protección do interese público afectado pola discrepancia entre tribunais.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Dito o anterior, o sistema quedaría incompleto se non se establecese un mecanismo que garanta en toda España a efectividade da declaración xurisprudencial do Tribunal Supremo, proxectada *ad extra*, alén do proceso en que se produce e de cuxo problema de fondo, en certa medida, xa non depende, xa que de non ser así se correría o perigo de que se reproduza o desorde xurídico que levou a pronunciarse ao Tribunal Supremo. É por tal razón pola que **os criterios normativos da doutrina interpretativa do Tribunal Supremo deben vincular aos tribunais inferiores**, que sen embargo non teñen que verse privados da facultade de separarse da doutrina xurisprudencial se presentan sólidos argumentos xurídicos. En certa medida, asigna ao recurso de casación así concibido o efecto propio do recurso de casación en interese da lei, diferenciándose en que neste o decidido non afecta ás situacións xurídicas particulares que puidese crear a resolución recorrida.

Debe resaltarse que en coherencia cos contornos dunha nova casación e sendo conscientes da proclamación do art. 1.6 do Código Civil, o precedente non ten que ser necesariamente "reiterado" para formar xurisprudencia, xa que a repetición de resolucións nun mesmo sentido para formar xurisprudencia se explica se esta é consecuencia indirecta da resolución de casos análogos, pero non cando a finalidade específica do recurso é unificar doutrina e sentar un precedente para futuros casos; obsérvase ademais que a "reiteración" dos pronunciamentos non se esixe cando se trata da interpretación vinculante que resulte das resolucións do Tribunal Constitucional (cfr. art. 5.1 da LOPX).



Chegados a este punto, convén deterse un instante nunha das fórmulas complementarias que como medio preventivo permitiría á Sala Segunda do Tribunal Supremo sentar xurisprudencia, pero sen necesidade de chegar ao recurso de casación tras esgotar as dúas instancias. Trátase das "**cuestións prexudiciais**", configuradas segundo o modelo dos arts. 234 do Tratado da Unión Europea e 35 da Lei Orgánica do Tribunal Constitucional. No aludido *Informe e propostas do Tribunal Supremo* recoméndase a institución da cuestión prexudicial consistente, no proceso penal, en establecer o deber dos tribunais que coñezan de recursos de apelación de formular ao Tribunal Supremo, antes de ditar sentenza, as cuestións de interpretación das leis que sexan relevantes para a decisión da causa:

- a) cando existan precedentes doutros Tribunais en diversos sentidos dos que consideran correctos (diverxencias horizontais) ou
- b) cando estimen que deberían apartarse da doutrina xurisprudencial do propio Tribunal Supremo (diverxencias verticais) ou
- c) cando estimen que se trate dunha cuestión nova, sobre a que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo.

Estas cuestións serían resoltas polo Pleno da Sala do Penal e o tribunal da causa deberá aplicar ao caso a doutrina así establecida, que sería obrigatoria para todos os Tribunais.

A cuestión prexudicial permitiría asegurar unha unidade eficaz da orde xurídico, sen manter a contradición que permite a "casación". En realidade, este procedemento prexudicial sería complementario do recurso de casación e permitiría adiantar a protección xurídica para evitar preventivamente a interpretación de normas de xeito singular cuxa incorrección foi constatada polo Tribunal Supremo. Ademais, o Tribunal



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Supremo non se vería obrigado a intervir en todos os casos, senón só unha única vez nunha cuestión que poida afectar moitos deles e na medida en que só pode formulala un tribunal de apelación eliminaríase o perigo dos excesos defensivos das partes.

Esta materia non se atopa no Anteproxecto obxecto do presente Informe. Non obstante, dada a súa enorme importancia e, entendemos tamén, a súa eficacia dende o punto de vista dos obxectivos que se pretenden alcanzar pola reforma proxectada, na parte final do Informe unirase unha proposta de texto articulado, que parte das ideas básicas apuntadas no citado *Informe e propostas do Tribunal Supremo*, pero con dúas importantes diferenzas: 1ª, concíbense como mecanismo de utilización facultativa por parte do tribunal de apelación; 2ª, adáptanse ao réxime da casación penal que agora se propugna por este Consello, limitando as cuestións prexudiciais a aqueles supostos nos que o tribunal de apelación entenda que debe separarse da doutrina do Tribunal Supremo (*diverxencias verticais*), ou cando estime que se trata dunha cuestión nova sobre a que non exista xurisprudencia do Alto Tribunal.

c) Os presupostos procesuais do recurso de casación penal.

Como acaba de sinalarse, o recurso de casación unificador de doutrina ten que ser o instrumento procesual para a elaboración de doutrina por parte do Tribunal Supremo. Este recurso extraordinario debe ter condicionada a súa admisión á concorrencia de específicos presupostos procesuais, que son os seguintes:



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

1º Resolucions recorribles deben ser as ditadas en segunda instancia en todo tipo de procesos penais, xa que, doutro xeito, espazos xurisdicionais quedarían subtraídos ao efecto beneficioso da labor unificadora que se pretende do Tribunal Supremo e que procura o Anteproxecto.

2º A cuestión controvertida debeu ser obxecto de interpretacións contraditorias por distintos tribunais de apelación. A sentencia "de contraste" convértese en esixencia ineludible coa que se xustificaría obxectivamente a necesidade dunha decisión por parte do Tribunal Supremo. É dicir a Sentencia de contraste non se traería a colación máis que para acreditar o obxectivo estado de división doutrinal nos tribunais de instancia, o que se denominou "interese casacional", que sería un dos presupostos obxectivos que condiciona a posibilidade de que decida o Tribunal Supremo unha impugnación, para a cal a soa discrepancia persoal do recorrente xa non abondaría por si soa, unha vez que tivo a oportunidade de ventilar as súas pretensións nunha dobre instancia.

Como pode verse, esta configuración do novo ámbito casacional non se leva a cabo mediante unha selección casuística duns cantos asuntos de "interese casacional", segundo a apreciación subxectiva dos membros da Sala, senón mediante a constatación dun dato obxectivo como é a disparidade de criterio, o que supón unha garantía tanto para o recorrente como para a efectividade do propio sistema.

3º Unha excepción constituiríana as sentencias ditadas pola Sala de Apelación da Audiencia Nacional en materias da súa



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

exclusiva competencia, dado que se trata dun tribunal único e non son posibles sentencias contraditorias procedentes doutros tribunais, polo que necesariamente o recurso de casación, a través do cal o Tribunal Supremo poida sentar xurisprudencia en relación con estas materias, non debe quedar condicionado ao anterior presuposto.

4º O tribunal de segunda instancia debe ter incorrido na súa resolución en erro de dereito ("infracción de lei"), distinguíndose dous supostos:

a) Aquel en que exista xurisprudencia sobre a cuestión controvertida: neste caso, o acceso á casación condicionaríase a que o motivo casacional se articulase sobre a base da oposición ou contradición da sentenza recorrida coa xurisprudencia do Tribunal Supremo.

b) Aquel en que non haxa doutrina do Tribunal Supremo: aquí cabería a impugnación polo razoamento do propio impugnante demostrativo do erro xurídico, sen cita do referente xurisprudencial. Nótese que unha cousa é a contradición entre as sentencias dos tribunais de instancia e outra cousa distinta a contradición que, unha vez contrastada a anterior, poida haber coa xurisprudencia.

Con esta concepción dos presupostos procesuais sáese ao paso dunha das principais obxeccións que se fixeron ao recurso de casación unificador de doutrina, a saber, o perigo de "petrificación" da xurisprudencia. Afírmase ás veces por algúns que pode producirse un anquilosamento da xurisprudencia nun sistema no que se combine o precedente vinculante coa existencia de xurisprudencia contraditoria como presuposto de admisibilidade do recurso de casación. Continúa o



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

argumento que se todos os tribunais deben atermos á doutrina do Tribunal Supremo, que é parte nun proceso e non estea conforme coa decisión de segunda instancia, non poderá acceder ao Tribunal Supremo se a sentenza apelada se ativo á xurisprudencia, o que significa que o motivo non superará o trámite de admisión, traendo como consecuencia que o Tribunal Supremo non terá a oportunidade de volver sobre a súa doutrina para rectificala se a considera errónea ou para adaptala á realidade social.

Ante esta obxección debe partirse de que o suxeito tivo á súa disposición dúas instancias para convencer aos tribunais das súas teses contrarias á xurisprudencia; pero se lograrse que a súa postura fose acollida polo tribunal de apelación, a parte contraria agraviada podería - ou debería, tratándose do Ministerio Fiscal-, recorrer en casación e tal impugnación, en principio, debería ser admitida, salvo outros óbices procesuais, ao concorrer os presupostos fundamentais de recorribilidade (resolución recorrida ditada en segunda instancia; interpretacións discordantes -a da sentenza recorrida e a dos tribunais que seguen a xurisprudencia-; e infracción de lei en oposición á doutrina do Tribunal Supremo), polo que o órgano de casación está en situación de analizar a interpretación discordante seguida polo tribunal de apelación e, no seu caso, modificar a súa doutrina. A submisión dos tribunais, inclusive o Tribunal Supremo, aos precedentes non é perpetua por definición, senón evolutiva, no sentido de que se respecta a liberdade de criterio interpretativo, inclusive para cambialo, aínda que deberá facerse de forma consciente e razoada, de xeito que resulte afastada toda posible aparencia de arbitrariedade.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

d) A nova configuración do recurso de casación penal no Anteproxecto de Lei.

A reforma do proceso penal que agora se aborda xeneralizando a segunda instancia, pretende indirectamente descargar o recurso de casación e, por tanto, á Sala Segunda do Tribunal Supremo, de toda revisión do xuízo de feito e reconducir a súa intervención a sentar e consolidar xurisprudencia sobre todo o Dereito Penal, corrixindo as desviacións da doutrina xurisprudencial en que incorran os Tribunais inferiores, creando un modelo de casación no que a única finalidade aparente é a unificación de doutrina, polos indubidables beneficios que aporta á igualdade na aplicación da lei e á seguridade xurídica.

Para conseguir este obxectivo, a reforma constrúese sobre os seguintes piares:

1º A xeneralización da segunda instancia para extraer do recurso de casación as cuestións de feito, nas que a práctica da propia Sala se estendera para compensar o que consideraba un déficit da única instancia.

2º A recorribilidade en casación esténdese a todas as sentencias ditadas en segunda instancia en causas por delito, a fin de que a Sala Segunda teña a oportunidade de pronunciarse sobre a totalidade desta clase de infraccións penais.

3º Establécense tres motivos de casación, sendo o principal deles a contradición da sentenza recorrida coa xurisprudencia do Tribunal Supremo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

4º Unha vez limitada a revisión casacional a cuestións de dereito, procúrase o reforzamento da doutrina do Tribunal Supremo coa introdución do precedente vinculante nun novo parágrafo do art. 5.1 da LOPX.

Exposto esquematicamente o sistema que se diseña, merece a pena deterse no que se considera un grave erro de concepción dos motivos de casación, sen entrar noutras deficiencias como a limitación do recurso de casación ás causas por delito.

A reforma suprime os actuais motivos de casación por infracción de lei (art. 849 LECr), por quebrantamento de forma (arts. 850 e 851 LECr) e por infracción de precepto constitucional (art. 852 LECr), substituíndoos por tres motivos comprendidos no art. 848, cuxo texto completo é o seguinte:

«1. O recurso de casación fundamentarse nalgún dos seguintes motivos:

a) Contradición da sentenza coa xurisprudencia do Tribunal Supremo.

b) Contradición da sentenza con outra sentenza ditada polo mesmo tribunal ou por outros Tribunais Superiores de Xustiza ou Audiencias Provinciais sempre que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo que resolva a alegada contradición.

c) Resolución dunha cuestión sobre a que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

2. A contradición alegada como fundamento dos motivos a) e b) ou a cuestión sobre a que non exista xurisprudencia á que se refire o motivo c) do presente artigo, deberá evidenciar unha infracción de normas constitucionais ou legais que sexa relevante para o fallo da sentenza recorrida."

O motivo primeiro [letra a)] pode considerarse principal, mentres que os outros dous configúranse como motivos residuais, que amparan o recurso cando non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo e se dea algún destes dous supostos:

- ou ben existe contradición con outra sentenza ditada polo mesmo tribunal ou por outros tribunais inferiores ao Tribunal Supremo [letra b)];
- ou ben, aínda que non haxa tal contradición, o Tribunal Supremo aínda non conformase xurisprudencia sobre esa "cuestión " [letra c)].

Os motivos, tal como veñen configurados, merecen as seguintes obxeccións á vista dos razoamentos que se expuxeron no presente Informe ao tratar os presupostos do recurso de casación penal:

1ª A existencia de sentencias contraditorias procedentes de diferentes tribunais de apelación ante situacións iguais, que é a razón de existencia do recuso de casación, non se erixe no Anteproxecto como un presuposto xeral de admisibilidade del recurso, senón que se engade -mutilado, xa que omite facer referencia á igualdade substancial dos casos- a un dos tres motivos de casación, o da letra b).



2ª Como consecuencia do anterior, a discordancia xurídica entre tribunais, que debería figurar como premisa para a intervención correctora do Tribunal Supremo, podería ser que nin sequera se alegase se o recorrente decidise ampararse nos motivos a) ou c), nos que, por outra parte, o recorrente sempre podería apoiar o seu recurso xa que estes dous motivos completan o círculo de posibilidades coas dúas únicas posibilidades lóxicas: que exista xurisprudencia do Tribunal Supremo ou que non exista. É dicir, no motivo segundo [letra b)] mestúranse a contradición entre sentencias -presuposto de admisibilidade independente-, e a inexistencia de xurisprudencia do Tribunal Supremo, que constitúe o terceiro motivo de casación ([letra c)].

3ª "A contradición da sentenza con outra sentenza ditada polo mesmo tribunal", un dos supostos do segundo motivo [letra b)], non debe incluírse nos motivos de casación polas razóns nas que se insistiu que xustifican este recurso extraordinario, ao tratarse dun suposto de desigualdade na aplicación da lei polo *mesmo tribunal*, con vulneración do art. 14 da Constitución que poderá ser obxecto de recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional.

4ª A "*evidenciada*" infracción de normas legais ou constitucionais non constitúe o motivo de casación, senón que pasa a ser un elemento complementario do motivo baseado na contradición coa xurisprudencia.

5ª A "relevancia" que a infracción de normas legais ou constitucionais debe ter para o fallo da sentenza recorrida, é unha



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

esixencia necesaria para suprimir da casación as posibles infraccións de menor entidade cometidas na construción argumental da sentenza (vgr., os *obiter dita*). Agora ben, esta relevancia necesaria non debe estar referida ao sentido do fallo, senón á propia argumentación da sentenza como antecedente xurídico do fallo.

En consecuencia, a desaparición da alegación de sentencias contradictorias procedentes de tribunais de segunda instancia como filtro principal de admisión do recurso de casación, unido ao acceso á casación das sentencias ditadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais, ademais de desnaturalizar un recurso de casación que se pretende unificador de doutrina, pode traducirse nun grave problema de saturación de asuntos na Sala Segunda de Tribunal Supremo.

Como colofón ás *observacións xerais* que se veñen formulando nesta parte do Informe, advírtese que a resposta que dá a reforma ao problema da revisión en segunda instancia das probas persoais, xunto coa defectuosa articulación dos presupostos de admisibilidade do recurso de casación, poden non só frustrar as expectativas de solución dos problemas que se pretenden resolver, senón de agravalos ao colocar aos tribunais penais, Sala Segunda do Tribunal Supremo inclusive, nunha situación crítica. Abonde para advertilo que ao amparo do novo motivo c) do art. 848.1, simplemente porque se trate da "resolución dunha cuestión sobre a que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo", poderán acceder ao Tribunal Supremo a maior parte dos asuntos que ao día de hoxe son resoltos en última instancia polas Audiencias Provinciais (19892 sentencias de apelación en Procedemento abreviado no ano 2003 e 19490 no ano 2004), xa que por



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

tal razón non existe xurisprudencia do Alto Tribunal respecto á maioría do dereito substantivo que aplican.

2. Análise do articulado

Neste apartado, dedicado ao estudo dos preceptos afectados polos dous Anteproxectos obxecto do presente informe no relativo aos recursos de apelación e casación penais, abordaranse exclusivamente aqueles artigos obxecto de reforma que pola súa entidade merezan algunha observación.

A) ANTEPROXECTO DE LEI ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DA LEI ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE XULLO, DO PODER XUDICIAL, EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DA ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA.

Ademais do xa exposto sobre esta materia no capítulo IV ao analizar este Anteproxecto, engádense comentarios aos seguintes artigos:

1º Dáse nova redacción ao apdo. 2 do **art. 57**, relativo ás competencias da Sala do Penal do Tribunal Supremo, previndo a constitución de dúas Seccións nas causas nas que se axuícen aforados a este Tribunal; unha de primeira instancia e outra de apelación, regulando a súa composición e respectiva competencia funcional, ademais de engadir á actual previsión relativa ao maxistrado instructor destas causas especiais, que non poderá ser dos chamados a formar parte da Sección de primeira instancia, nin tampouco poderá integrar a Sección de apelación.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Ante estas novas formas de constitución da Sala Segunda derivadas da implantación da segunda instancia nas causas de aforados, poden presentarse problemas por necesidade de integración da Sala se se mantén o cadro de persoal actual de Maxistrados da Sala Segunda do Tribunal Supremo -formada polo Presidente e catorce Maxistrados-, ante a posibilidade de que a Sección de apelación se constitúa en número par, co Presidente e o resto de Maxistrados, tras descartar a nove deles: o Maxistrado instrutor da causa, os tres Maxistrados que coñecesen de recursos devolutivos contra resolucións interlocutorias - dado que a Sección de apelación só coñece dos recursos de apelación contra as sentencias da Sección de primeira instancia- e os cinco Maxistrados desta Sección. Por último, é incorrecta unha fórmula de constitución da Sala de apelación que permita a súa formación cun número de membros inferior ao da Sala de primeira instancia (o Presidente e o resto dos Maxistrados da Sala Segunda).

2º Á Sala do Tribunal Superior de Xustiza prevista no **art. 77**, que actualmente coñece das recusacións contra o Presidente do Tribunal, os Presidentes de Sala ou de Audiencias Provinciais, entre outros, atribúeselle a nova competencia de coñecer das apelacións contra as sentencias ditadas en primeira instancia pola Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza, sen que poida formar parte daquela o maxistrado que integrase a Sala en primeira instancia.

Dada a composición desta Sala, que se integra polo Presidente do Tribunal Superior de Xustiza, os Presidentes de Sala e o Maxistrado máis antigo e máis moderno de cada unha delas, non parece a máis idónea para coñecer en apelación das sentencias ditadas por un órgano



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

especializado en materia penal como é a Sala do Civil e Penal actuando como Sala do Penal.

3º Engádesse un apartado 4 ao **art. 229**, primeiro do capítulo dedicado á oralidade, publicidade e lingua oficial das actuacións xudiciais, xeneralizando o rexistro da práctica da proba nos xuízos orais penais en soporte apto para a gravación e reprodución do son e da imaxe, que se realizará baixo a fe do secretario xudicial.

Esta modificación correspóndese coa de determinados artigos afectados polo Anteproxecto de reforma das leis procesuais que regulan o recurso de apelación e a segunda instancia penais: No Procedemento abreviado, os arts. 790.1 e 3 -solicitude polas partes de copias dos soportes das gravacións e proposición da reprodución da gravación no trámite de interposición do recurso- e 791 -admisión de reprodución da gravación e a súa práctica na vista de apelación-; e no Procedemento ordinario, o art. 846 bis -solicitude polas partes de copias dos soportes das gravacións-.

B) ANTEPROXECTO DE LEI POLA QUE SE MODIFICA A LEI DE AXUIZAMENTO CRIMINAL, LEI 29/1998, DE 13 DE XULLO, REGULADORA DA XURISDICIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, E A LEI 1/2000, DE 7 DE XANEIRO, DE AXUIZAMENTO CIVIL, EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN, DE DOBRE INSTANCIA PENAL E DE XUSTIZA DE PROXIMIDADE.

Merecen ser obxecto de atención no presente Informe os artigos da Lei de Axuizamento Criminal que a continuación se relacionan:



1º Reforma do recurso de apelación.

1.1. O novo **art. 238 bis** que introduce a reforma regula o **recurso de apelación contra os autos ditados polas Audiencias Provinciais e a Sala do Penal da Audiencia Nacional**, determinando, en primeiro lugar, a competencia funcional para resolvelos; en segundo termo, o procedemento -distinguindo as súas diferentes fases de interposición, admisión, substanciación, con posibilidade de celebración de vista, e decisión-, e, finalmente, o efecto suspensivo cando así se prevea expresamente, recollendo o apdo. 7 do mesmo artigo como un destes supostos o das apelacións contra os autos sobre suspensión ou substitución de penas consonte ao disposto no Código Penal. Agora ben, téñase en conta que este efecto suspensivo do recurso de apelación, que só se produce se está expresamente previsto [*vid.* o proxectado art. 238 bis.6], só se dará cando a resolución sobre suspensión ou substitución da pena fose ditada por determinados tribunais colexiados, xa que a eles se refire exclusivamente o art. 238 bis, **e non en cambio cando a decisión proceda dun tribunal unipersoal**, polo que o texto deberá ser modificado a fin de xeneralizar o efecto suspensivo que se pretende con independencia do tipo órgano *a quo*.

Tamén se observa que no apdo. 3 deste artigo se dispón que nos casos de "estimación parcial" do recuso de súplica que se formulase potestativamente con carácter previo ao de apelación, darase novo traslado ao recorrente para alegacións, **trámite que debería estenderse**



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

aos supostos de desestimación íntegra da súplica, como prevé o art. 766.2 para o suposto de total ou parcial desestimación do recurso de reforma interposto facultativamente.

Finalmente, ao non facerse mención á Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza nin á Sala do Penal do Tribunal Supremo, existe a incógnita de cal será o órgano que coñeza do recurso de apelación contra autos interlocutorios ou definitivos (*vgr.* autos de sobresemento definitivo ditado en Procedemento ordinario) nas causas en que aqueles Tribunais interveñan en primeira instancia, **xa que as respectivas Salas de apelación unicamente coñecerán de recursos de apelación contra sentencias** (*vid.* os arts. 57.2 e 77.2º da LOPX, e 846 bis da LECr, conforme aos Anteproxectos). Debe procurarse que a lei determine o órgano funcionalmente competente e non provocar situacións que obriguen a que as Salas de Goberno teñan que ditar acordos para colmar estas lagoas.

1.2. No art. 791.1 prevese que a **celebración de vista en apelación** sexa potestativa para o Tribunal («[S]e os escritos de formalización ou de alegacións conteñen proposición de proba ou reprodución da gravada, a Audiencia resolverá en tres días sobre a admisión da proposta e acordará, *no seu caso*, que o Secretario xudicial sinala día para a vista»), salvo para o suposto en que, interesada a vista por algunha das partes, a alegación se funde na impugnación de probas persoais e se solicite a revogación de sentencias absolutorias ou unha agravación da pena imposta.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Como se ve, a reforma é favorable ao trámite escrito en detrimento da oralidade como forma predominante no proceso penal (art. 120.2 da CE), o que pode considerarse, sen menosprezar as vantaxes que aportan unhas alegacións en forma escrita, un retroceso respecto á regulación actual, en que a celebración de vista é preceptiva «se os escritos de formalización ou de alegacións conteñen proposición de proba» (vixente art. 791.1). Que non sexa preceptiva a celebración de vista cando se admitan novas probas (por exemplo, novas testemuñas nos supostos do art. 790.3 da LECr), coa soa excepción de que a alegación se funde na impugnación de probas persoais e se solicite a revogación de sentencias absolutorias ou unha agravación da pena imposta, **supón que as probas se practiquen sen as garantías propias do debido proceso**, de forma anómala ao non intervir as partes, sen publicidade, oralidade nin contradición, xerando ademais **situacións de indefensión** se ante o novo material probatorio non se dá traslado ás partes non propoñentes e se lles priva da oportunidade de pronunciarse ao respecto, sen que se lles poida impoñer a carga de facelo ata que as novas probas sexan admitidas polo órgano *ad quem*, por máis que en moitas ocasións os novos documentos vaian unidos aos escritos de interposición ou de alegacións.

Por último, en canto a aspectos formais da redacción do precepto, obsérvase que a referencia á "Audiencia" é incompleta, xa que aínda podería comprender á "Audiencia Nacional" -impropiamente, en lugar de "Sala do Penal da Audiencia Nacional" ou "Sala de Apelación da Audiencia Nacional", segundo os casos-, pero non á Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza cando actúa como órgano *ad quem*. Por outra banda, debería corrixirse a expresión redundante



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

"gravación da *práctica da proba practicada* en primeira instancia", do último parágrafo do apartado 3.

1.3. O Anteproxecto introduce o novo **art. 846 bis**, no que se insiste (*cf.* art. 790.1) na recorribilidade en **apelación das sentencias ditadas en primeira instancia polas Audiencias Provinciais e pola Sala do Penal da Audiencia Nacional no ámbito do procedemento abreviado**, do que coñecerán os órganos de segunda instancia xa indicados. Tamén se fai extensivo o recurso de apelación ao procedemento ordinario [art. 846 bis.1], así como ás sentencias ditadas:

a) Pola **Sección de primeira instancia da Sala Segunda do Tribunal Supremo**, que serán recorribles ante a Sección de Apelación desa mesma Sala prevista no artigo 57.2 da LOPX [art. 846 bis.2].

b) En primeira instancia polas **Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza**, en canto Salas do Penal, que serán recorribles ante a Sala prevista no artigo 77 da mesma Lei Orgánica [846 bis.3].

Non existen diferenzas coa regulación da apelación no procedemento abreviado en canto á interposición do recurso [art. 846 bis.4], remitíndose expresamente ao apartado 4 aos arts. 790 a 792 no relativo á "formalización" -termo máis propio de recursos nos que se distinguen as fases de preparación e formalización- e tramitación do recurso, salvo nos prazos para o sinalamento de vista e para ditar sentenza, cuxa duración se aumenta ao dobre [art. 846 bis.5].



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Ademais do anterior, sobre este artigo deben facerse outras consideracións:

1ª Debería aclararse o **Título no que se inclúe o novo artigo**, xa que doutro xeito cabería entender que se coloca a continuación do artigo inmediatamente precedente, o 846, co que aquel se situaría nun lugar sistematicamente incorrecto, como é o Título VII do Libro IV (*Do procedemento contra reos ausentes*).

2ª O **apartado 1** resulta á vez reiterativo e fonte de equívocos: **reiterativo**, porque volve sobre a recorribilidade en apelación das sentencias ditadas en primeira instancia polas Audiencias Provinciais en Procedemento abreviado, xa tratada no art. 790.1, ademais de volver a mencionar *in fine* ás ditadas pola Sala do Penal da Audiencia Nacional; e **motivo de confusión**, pola alusión ao "procedemento abreviado", cando parece que o conxunto do artigo ten por obxecto a apelación contra sentencias ditadas en Procedemento ordinario, sen prexuízo de establecer, por vez primeira no texto da LECr, a apelación contra as sentencias ditadas en primeira instancia pola Sección de primeira instancia da Sala Segunda del Tribunal Supremo e da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza, determinando os respectivos Tribunais *ad quem*.

Por outra banda, a correlación entre o Procedemento abreviado exclusivamente coas Audiencias Provinciais e a Sala do Penal da Audiencia Nacional, que se desprende do art. 790.1 e do que agora se comenta, **pode dar lugar a interpretar que as causas seguidas contra aforados tanto na Sala do Civil do Tribunal Superior de**



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Xustiza como na Sala Segunda do Tribunal Supremo deben substanciarse, en todo caso, polas vías do Procedemento ordinario, que, ademais de contravir as regras xerais sobre tipo de procedemento nas que a LECr non contempla excepción ningunha, supón trazar un paralelismo entre dous presupostos procesuais como son a adecuación de procedemento e a competencia do órgano.

- Materias non comprendidas na reforma que gardan relación co recurso de apelación penal.

A pesar do profundo calado da reforma e que o enunciado dun dos dous Anteproxectos faga referencia á "dobre instancia penal", o que pode levar á conclusión de que se proxecta unha reforma do recurso de apelación contra sentencias para colmar as carencias que se detectaron na regulación do procedemento, advírtese trala lectura do articulado que a reforma afecta fundamentalmente ao aspecto competencial e, secundariamente, á adaptación da regulación ás esixencias de doutrina do Tribunal Constitucional en materia de condicións para a nova valoración en segunda instancia de probas persoais practicadas en primeiro grao, sen que se aproveite a ocasión para colmar unha serie de lagoas detectadas e postas de manifesto pola doutrina científica e os tribunais, entre as que podemos destacar as seguintes:

a. No aspecto competencial, a determinación do tribunal competente para coñecer do recurso de apelación cando a sentenza de primeira instancia fose ditada polo Maxistrado-Presidente do Tribunal do Xurado constituído no ámbito do Tribunal Superior de Xustiza ou no do Tribunal Supremo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

b. En sede de procedemento:

1º A distinción dos efectos da sentenza de apelación -reenvío ou emenda e resolución polo tribunal *ad quem*- dependendo do *quebrantamento da forma esencial do procedemento* que se cometese (art. 792.2).

2º O efecto extensivo dos efectos favorables da sentenza estimatoria do recurso interposto por un condenado aos demais non recorrentes.

3º Os criterios legais a aplicar na sentenza de apelación en materia de costas.

4º A posibilidade de acordar de oficio a práctica de probas en segunda instancia ex art. 729 da LECr, sempre que tratándose de probas admisibles conforme ao art. 790.3, se encamiñen a contrastar e verificar a proba sobre os feitos, con observancia das esixencias xerais derivadas da forma acusatoria do proceso penal e a prohibición da *reformatio in peius*.

5º A configuración da adhesión a un recurso de apelación xa interposto, a modo de *apelación incidental*, e, no seu caso, a autonomía ou supeditación -como sucede no recurso de apelación contra a sentenza do Maxistrado-Presidente do Tribunal do Xurado [art. 846 bis b) da LECr]- entre ambas as dúas impugnacións, determinado no segundo suposto se a relación é de dependencia formal (o desistimento da apelación principal provoca o decaemento da adhesiva) e/ou material



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

(suxeición da pretensión da apelación adhesiva aos termos da apelación principal).

6º A determinación do prazo para interpoñer recurso de queixa fronte ao auto de inadmisión do recurso de apelación ditado polo órgano *a quo* (ex arts. 790.4 en relación cos arts. 213 e 218 LECr).

7º A notificación ás partes -a quen conforme á lei o órgano *a quo* non empraza ante o tribunal *ad quem*-, dos integrantes deste a efectos de recusación, ex arts. 203.2 -respecto ao maxistrado relator- e 223.1.1º -no que se consigna o momento e o prazo para propoñer a recusación- da LOPX.

8º A recorribilidade da resolución do órgano *ad quem* sobre admisión de probas.

9º A citación e asistencia do encausado á vista de apelación.

10º Os supostos, requisitos e efectos do desistimento e a deserción do recurso.

Ademais e dada a relación sistemática que teñen na Lei de Xuizamento Criminal os recursos de apelación e anulación, procedería igualmente fixar os tribunais *ad quem* funcionalmente competentes para coñecer do recurso de anulación cando a sentenza de primeira instancia fose ditada en ausencia pola Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza, a Sala do Penal da Audiencia Nacional ou a Sección de primeira instancia da Sala Segunda do Tribunal Supremo, salvo que se interprete que a expresión "con iguais requisitos" do art. 793.2 da LECr,



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

que remite á regulación do recurso de apelación contra sentencias, inclúa a determinación do órgano decisorio do recurso de anulación.

2º) Reforma do recurso de casación.

2.1. O **art. 847** relativo ás **resolucións recorribles en casación**, distingue:

- Por unha banda, as sentencias definitivas ditadas en segunda instancia en causas seguidas por delito [letras a), b) e c) do apartado 1], sen incluír as ditadas por Sección de Apelación da Sala do Penal do Tribunal Supremo,

- Por outra banda, as resolucións ás que se remite o apartado 2, conforme á Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, reguladora da responsabilidade penal dos menores (art. 42: recurso de casación para unificación de doutrina) e á Disposición Adicional 5ª da Lei Orgánica do Poder Xudicial (apartado 7: recurso de casación contra o auto polo que se determine o máximo de cumprimento ou se denegue a súa fixación; e apartado 8: recurso de casación para a unificación de doutrina contra os autos das Audiencias Provinciais e, no seu caso, da Audiencia Nacional, resolvendo recursos de apelación, que non sexan susceptibles de casación ordinaria).

A redacción do apartado 1 podería abreviarse se alterar o seu contido con dispoñer que son recorribles en casación as sentencias ditadas en segunda instancia en causas por delito, salvo as procedentes da Sección de Apelación da Sala Segunda do Tribunal Supremo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

A exclusiva referencia ás resolucións en forma de sentenza deberá interpretarse como unha **tácita derogación daquelas disposicións da LECr que manteñen o recurso de casación fronte a determinados autos**. Así como a reforma modifica os arts. 636 e 988 substituindo o recurso de casación polo de apelación, debería pronunciarse ás mencións que ao recurso de casación se fan nos arts. 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43, 69 e 625.

En canto ao **recurso de casación para unificación de doutrina establecido na Lei Orgánica reguladora da responsabilidade penal dos menores**, a reforma límitase a remitirse ao xa establecido, sen dar solución aos importantes problemas interpretativos detectados pola Sala Segunda do Tribunal Supremo, que en Sentencia núm. 115/2003, de 5 de febreiro, refire a existencia de «puntos que na regulación legal quedaron escuros ou insuficientemente resoltos malia a primordial remisión á Lei de Xuizamento Criminal», para sinalar como modelos que deben ser tidos en conta a fin de salvar os problemas hermenéuticos, en primeiro lugar, o recurso para unificación de doutrina regulado nos arts. 216 e ss. do Texto Refundido da Lei de Procedemento Laboral e, en segundo termo, o recurso de revisión regulado nos arts. 954 e ss. da LECr.

Situación similar á anterior produciuse respecto ao **recurso de casación para unificación de doutrina en Dereito penitenciario**, ao non facerse eco a reforma dos particulares problemas procesuais que suscita este recurso en materia de requisitos, substanciación e decisión, que a Sala Segunda do Tribunal Supremo intentou emendar no Acordo do Pleno non xurisdiccional de 22 de xullo de 2004, cuxos termos foron recollidos en Sentencias núms. 1097/2004, de 30 de setembro, e 1388/2004, de 24 de novembro.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Finalmente e ante o interese xeral afectado pola extraterritorialidade da lei penal española, debería contemplarse a recorribilidade en casación das resolucións ditadas en materia de xurisdición penal internacional.

2.2. O art. 848 ten por obxecto os **motivos del recurso de casación**, remitíndonos ao exposto sobre este punto nas "Observacións xerais", deixándose sen contido os arts. 849 (motivos de casación por infracción de lei), 850 (motivos de casación por quebrantamentos de forma durante a substanciación de xuízo oral), 851 (motivos de casación por quebrantamentos de forma na constitución irregular do Tribunal de modo irregular ou por adoeecer a sentenza de determinados vicios procesuais) e 852 (motivo de casación por infracción de precepto constitucional).

2.3. O art. 856, en sede de *preparación* do recurso de casación, en liña co parágrafo primeiro do vixente art. 855, tras establecer como requisito do **escrito de preparación** a expresión del motivo en que se ampara, introduce a novidade a ter en conta o xuízo de admisión nesta primeira fase, de esixir certa **motivación** concretada nas «razóns xurídicas que se alegarán no ulterior escrito de interposición do recurso e en que sentido afecta ao fallo da sentenza que se pretende recorrer, a contradición ou a ausencia de xurisprudencia que se alega».

En particular, tratándose de recursos fundados nos motivos a) e b) do art. 848, o apartado 2 do artigo esixe a expresión das sentencias que poñan de manifesto, respectivamente, a contradición coa xurisprudencia do Tribunal Supremo ou a sentenza dos Tribunais Superiores de Xustiza



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

ou Audiencias Provinciais que resulta contradictoria coa que se pretende recorrer.

A expresión "xurisprudencia contradictoria", para referirse á xurisprudencia do Tribunal Supremo contradicha pola resolución impugnada [motivo a)], debería ser substituída por outra que non tache de contradictoria á xurisprudencia.

2.4. O art. 859, tamén incluído na regulación da **preparación** do recurso de casación **mantén a posibilidade de adhesión ao recurso de casación neste trámite, adhesión que polos termos en que está expresada pode ser principal ("alegando os razoamentos que lle conveñan") e non supeditada**, o que supón outorgar a quen non recudiu en prazo novas oportunidades para impugnar (durante o emprazamento ante a Sala Segunda -art. 873 e 874- ou no prazo para instrución trala formalización do recurso preparado pola parte recorrente). Este tratamento da adhesión foi rexeitado reiteradamente pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, ao entender que:

«a adhesión ao recurso de casación non pode consistir nun novo recurso sen relación co preparado, senón que debe referirse a este, mesmo cando se apoie en motivos diferentes, xa que adherirse significa asociarse ou unirse no recurso complementando os esforzos en prol dun mesmo obxectivo, dando novas razóns que apoiem a tese mantida, dentro dos mesmos fundamentos, xa que de non ser así e exercitar contradictorias pretensións non se produciría adhesión, senón que se tería formalizado un novo recurso cando o dereito para



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

exercitalo caducase» (Sentencia núm. 383/2002, de 6 de marzo, reiterando as Sentencias núms. 1023/1999 e 393/2000).

En canto á precisión do léxico empregado, a palabra "termo" debería substituírse por "prazo" para referirse ao lapso de tempo que comprende un emprazamento. Este uso incorrecto repítese nos arts. 868 e 873.

2.5. No **art. 870**, relativo ao *recurso de queixa por denegación do testemuño pedido para interpoñer o de casación*, **suprímense as referencias a unha cuestión relevante como son os efectos da estimación ou desestimación da queixa** (parágrafos primeiro e segundo do texto vixente), que quedan sen determinar.

2.6. O **art. 874**, en materia de *interposición* do recurso de casación, está dedicado ao **contido dos escritos de interposición e de adhesión**, así como aos documentos que deberán acompañar, no que se mantén substancialmente a redacción actual, aínda que, por unha banda, se suprimen as referencias aos motivos de casación que desaparecen -como a reclamación para emendar o quebrantamento de forma que se supoña cometido-, e, por outra banda, engádense novas esixencias relevantes a efectos de admisión do recurso, entre as que destacan:

1º A cita e argumentación arredor das sentencias cuxa xurisprudencia é contradicha pola resolución recorrida, ou das sentencias dos Tribunais Superiores de Xustiza ou Audiencias Provinciais que resultan contraditorias coa que se recorrer, en relación co art. 848.1, a) e b).



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

2º O achegamento, en número equivalente ao de partes comparecentes, de copia certificada da sentenza ou sentencias alegadas con mención da súa firmeza ou, no seu defecto, de copia simple do seu texto e xustificación documental de terse solicitado aquela, en cuxo caso, o secretario xudicial a reclamará de oficio, contemplándose a posibilidade de emenda da falta de achegamento de copias.

En relación con cuestións de segunda orde, sinalar que a esixencia de achegamento do poder outorgado ao procurador non é procedente cando se trata de representación pola quenda de oficio. E como xa se dixo con ocasión do art. 856.2, volve a empregarse no número 3 do art. 874 a desafortunada expresión "doutrina xurisprudencia contradictoria", para referirse á xurisprudencia do Tribunal Supremo contradicha pola resolución impugnada [motivo a) do art. 848.1].

2.7. O art. 882 bis, en sede de *substanciación* do recurso, suprime a previsión actual que faculta ás partes a solicitar a **celebración de vista**, dedicándose o texto da reforma á decisión do Tribunal sobre este punto -agora no art. 893 bis a) e que a reforma deixa sen efecto-, o cal acordará a celebración vista en todos aqueles casos en que considere que existe un interese relevante e sinalará os puntos sobre os que versará o acto. Desaparecen, por tanto, os supostos en que era preceptiva a celebración de vista, que se deixa ao criterio exclusivo da Sala.

2.8. O art. 884, relativo ás **causas de inadmisión** total ou parcial do recurso, mantén no mesmo artigo as dos actuais arts. 884 e 885, coas seguintes modificacións:



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

1º Esíxeselles a unidade de alegacións entre el escrito de preparación e o de interposición (art. 884.1º).

2º Adáptanse as causas de inadmisión á supresión dos motivos hoxe existentes, desaparecendo as referencias ao documento demostrativo do erro de feito na apreciación da proba (art. 884.6º en relación co 849.2º) e á reclamación da emenda da falta mediante os recursos procedentes ou a oportuna protesta nos quebrantamentos de forma do art. 850 (art. 884.5º). Salvo que se entenda que esta última causa da regulación vixente pode incluírse no núm. 4º proxectado ("[C]ando non se observasen os requisitos que a Lei esixe para a súa preparación ou interposición"), debería manterse en coherencia co requisito de formular protesta previsto nos arts. 659, 709 e 786.2 da LECr.

3º Concrétanse os supostos de carencia manifesta de fundamento (núm. 5º): inexistencia de contradición coa xurisprudencia do Tribunal Supremo; falta de pronunciamentos contraditorios o cando, mesmo existindo estes, a contradición estivese resolta pola xurisprudencia do Tribunal Supremo; e existencia de xurisprudencia do Tribunal Supremo aplicable ao caso no suposto que se alegase o parágrafo c) do artigo 848 (resolución dunha cuestión sobre a que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo).

Como se ve, a reforma mantén a configuración actual do trámite, baseada en sinalar *causas de inadmisión*, cando a tendencia reformadora que se está producindo en sede de recursos extraordinarios e de amparo substitúe as causas de inadmisión por **causas de admisión**, facendo bascular o xuízo de admisibilidade dende unha perspectiva negativa *-inadmisión* só se concorren determinados



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

supostos que a determinan-, cara a outra perspectiva positiva, conforme á cal só se acordará a admisión do recurso cando concorran todos e cada un dos requisitos expresamente previstos.

2.9. O **art. 893**, referido á **resolución sobre admisión do recurso e**, no seu caso, da adhesión, establece como importante e positiva novidade que a forma que aquela revista dependerá de se se dixo por unanimidade -providencia- ou por maioría -auto-. No caso de que se resolva por providencia, debería esixirse unha sucinta motivación que exprese a causa de inadmisión ou o requisito de admisión que se incumpre.

2.10. En materia de **decisión do recurso**, déixase **sen contido ao art. 893 bis a)**, relativo á decisión con ou sen previa **celebración de vista**, que queda, por tanto, ao arbitrio da Sala, ao desaparecer os supostos actuais en que a vista é preceptiva.

2.11. No **art. 901**, relativo ao **contido da sentenza de casación**, distínguese segundo sexa o sentido -estimatorio ou desestimatorio- do fallo, incorporando no seu apartado 1 o sentido do actual art. 902, sobre a segunda sentenza no caso de estimación de motivos fundados en infracción de lei, e engádese que, tras casar a resolución impugnada e resolver sobre o asunto, se declarará o que corresponda segundo os termos en que se producise a oposición á doutrina xurisprudencial e, no suposto de que o recurso de casación se fundamentase no motivo b) do art. 848, efectuarase o pronunciamento sobre a contradición alegada.

O teor da reforma en canto ao contido do fallo da sentenza de casación (a Sala «resolverá sobre o asunto, declarando o que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

corresponda segundo os termos en que se producise a oposición á doutrina xurisprudencial»), deixa aberta a posibilidade de reenvío a instancias anteriores cando a contradición coa xurisprudencia "evidencie" a infracción dunha norma procesual determinante de nulidade de actuacións con efectos *ex tunc*. Non obstante, é aconsellable que os efectos da sentenza de casación veñan claramente preestablecidos, dependendo do contido do fallo, singularmente cando a contradición afecte a normas procesuais reguladoras da sentenza (vgr., sobre congruencia, exhaustividade ou motivación) que se veu asimilando a estes efectos aos erros *in iudicando*.

2.12. A derogación do **art. 902** implica a **supresión da "segunda sentenza"** (denominada sentenza rescisoria), na que se aplica correctamente o dereito unha vez ditada a sentenza que casa a resolución impugnada (sentencia rescindinte) -respondendo a dualidade de sentencias ao carácter orixinario da casación (casación da sentenza impugnada e reenvío para nova sentenza)-, polo que se acumulan ambos os dous pronunciamentos nunha única resolución.

2.13. O **art. 903** modifícase en concordancia coa xurisprudencia contraditoria que se puidese alegar como fundamento do motivo de casación, para **excluir dos efectos da sentenza de casación as situacións xurídicas creadas polas sentencias distintas da impugnada**, facéndose referencia ás sentencias de contraste cuxa interpretación xurídica sexa rexeitada pola sentenza de casación.

O texto proxectado substitúe integramente o contido actual do artigo, segundo o cal a nova sentenza aproveitará aos demais procesados non recorrentes no que lles fose favorable, disposición que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

debería manterse para evitar pronunciamentos contraditorios *contra reo* nun mesmo asunto.

Finalmente, observar que a pesar da modificación do teor deste artigo, a remisión ao mesmo permanece no art. 861 bis b), polo que tal remisión perderá o seu sentido se este último artigo non se adapta ao texto reformado.

II.- Reforma da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa.

1. Observacións xerais.

O recurso de casación no proceso contencioso-administrativo foi introducido no noso ordenamento xurídico pola Lei 10/1992, de 30 de abril, malia que estaba previsto dende a Lei Orgánica del Poder Xudicial (artigo 58), de 1 de xullo de 1985, respondendo o recurso ordinario ao modelo da casación civil -na Lei de Axuizamento Civil anterior á 1/2000-, aínda que a diferenza da casación civil na que o Tribunal de casación coñece a impugnación de resolucións ditadas en segunda instancia, no recurso de casación ordinario administrativo o Tribunal superior axuíza por primeira vez a resolución ditada na instancia. Non encontran, sen embargo, paralelismo na LEC os recursos de casación para a unificación de doutrina e o recurso de casación en interese da lei, o primeiro porque era naquel momento descoñecido na xurisdición civil, e o segundo pola distinta configuración e finalidade que perseguen nunha e outra xurisdición.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Xunto á finalidade de defensa do *ius constitutionis* que tradicionalmente se outorga á casación, a través da dobre función de salvagarda da norma, ou función nomofiláctica, e uniformadora da xurisprudencia na interpretación e aplicación do dereito obxectivo para lograr a unidade do ordenamento xurídico, a casación española veu asumindo a defensa do *ius litigatoris*, tutelando os dereitos dos litigantes, sen acudir ao reenvío ao órgano de instancia para que resolva de novo, salvo no suposto de que se aprecie quebrantamento das formas esenciais do xuízo. Esta dobre función reforzou o carácter xurisdiccional da casación española, que se resolve no marco do proceso, por unha Sala composta por maxistrados profesionais, con criterios exclusivamente xurídicos, e que se caracteriza por ser un recurso extraordinario, ao que teñen acceso só determinadas resolucións e por motivos taxados, cuxa tramitación vén revestida dun especial rigor formal.

A vixente Lei 29/1998, regula nos artigos 86 e 87 as resolucións susceptibles de ser impugnadas en casación, seguindo a sistemática da Lei 10/1992, que fai unha primeira diferenciación dos recursos partindo da clase de resolución que se pretende impugnar (sentencias e autos), aínda que os límites da casación se configuran en torno ao obxecto procesual, ás pretensións deducidas na instancia e á contía das mesmas. Séntase un principio xeral de recorribilidade de todas as sentencias que ditén os órganos colexiados, establécense unha serie de excepcións en razón do obxecto litixioso (art. 86.2) e do propio fundamento do recurso (art. 86.4), abrindo con carácter xeral a casación a determinados procesos (art. 86.3). Esta sistemática non se considerou moi afortunada por algún sector da doutrina, como González-Cuellar Serrano, que entende que cabe restrinxir o acceso á casación non pola relevancia dos obxectos litixiosos ou as materias axuizadas, senón polos motivos que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

se aducen nela, singularmente como instrumento idóneo para lograr a unificación da xurisprudencia, calquera que sexa a instancia ou grao que coñecese, sendo, ademais, indiferente a materia ou contía que se estivese ventilando no proceso.

As modificacións que en materia de organización da Administración de Xustiza contén o Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, impón a adaptación das normas procesuais, concretamente no que agora nos ocupa, da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa ao novo modelo competencial deseñado no citado Anteproxecto de Lei Orgánica.

Non obstante, no Anteproxecto de Lei obxecto deste informe abórdase unha modificación da Lei 29/1998 máis ampla que a que impón a modificación da Lei Orgánica do Poder Xudicial, no que afecta aos órganos da xurisdición contencioso-administrativa. A incidencia da reforma nesta materia gravita, fundamentalmente, sobre o novo deseño do recurso de casación, aínda que se introducen algunhas variacións en relación coa competencia territorial dos Xulgados e Tribunais Superiores de Xustiza, coa determinación do valor económico da pretensión e coa contía aplicable nos asuntos procedentes do Tribunal de Contas, ás que se fará referencia ao analizar o articulado.

No novo esquema da casación pódese establecer unha primeira clasificación en razón do órgano ao que se atribúe a competencia para o seu coñecemento, distinguindo entre os recursos dos que coñece o



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Tribunal Supremo dos recursos atribuídos ás Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza.

Dentro dos recursos de casación atribuídos ao Tribunal Supremo, contéplase un recurso de casación amplo ou xeral contra as sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, nos supostos de que a sentenza declarase nula ou conforme a Dereito unha disposición xeral, que fose ditada en asuntos cuxa contía exceda de 300.000 euros, ou, con independencia da contía, cando a resolución do recurso presente *interese casacional*, interese casacional que se define no artigo 86.3 sobre dúas circunstancias: a) que a sentenza recorrida contradiga a doutrina do Tribunal Constitucional ou a xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada na interpretación e aplicación dos dereitos fundamentais que cita o artigo 53.2 da Constitución; b) que o recurso afecte a un gran número de situacións transcendendo do caso obxecto do recurso. Quedando excluídas do acceso á casación as sentencias que se refiran a cuestións de persoal ao servizo das Administracións Públicas, salvo as que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira. Os motivos nos que deberá fundarse este recurso son os establecidos no vixente artigo 88 da Lei 29/1998.

Igualmente, son recorribles en casación os Autos ditados pola Audiencia Nacional que se relacionan no artigo 87 do Anteproxecto, ditados en procedementos nos que se formule a declaración de nulidade ou conformidade a Dereito dunha disposición xeral ou cando a contía do asunto exceda de 300.000 euros, sempre que previamente se interpuxese recurso de súplica.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Contra as sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, establécese un recurso de casación para unificación de doutrina, ante o Tribunal Supremo, do que quedan excluídas as sentencias ditadas sobre cuestións de persoal ao servizo das Administracións Públicas, salvo que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira, as ditadas en materia electoral e as ditadas no procedemento para a protección do dereito fundamental de reunión, do art. 122. Este recurso ten como presuposto que concorran conxuntamente as circunstancias de que a sentenza recaese en asuntos cuxa contía exceda de 150.000 euros ou fose indeterminada, que se produza contradición entre a sentenza recorrida e outra ou outras ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional ou as doutros Tribunais Superiores de Xustiza, porque en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos, e que a contradición revele unha infracción na aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo relevantes e determinantes do fallo recorrida, que fosen invocadas no proceso ou consideradas pola Sala sentenciadora. Ademais, poden ser impugnadas por esta vía as sentencias recaídas en asuntos cuxa contía non exceda de 150.000 euros cando a contradición presente interese casacional, nos termos do artigo 86.3. Os motivos nos que debe fundarse este recurso son os previstos no artigo 88.1, coa salvidade de que se o motivo invocado é o previsto no apartado c) de dito precepto –quebrantamento das formas esenciais do xuízo- abondará que a resolución recorrida se opoña á xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada en casos substancialmente iguais, en relación coa aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Prevese no artigo 96 bis a impugnación a través deste recurso de casación para unificación de doutrina dos autos relacionados no artigo 87.1 ditados en procedementos en que a sentenza, por razón da contía sexa susceptible de recurso de casación para a unificación de doutrina, contra os que se interpuxese recurso de súplica, sendo único presuposto que o auto conteña un pronunciamento oposto á xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada en casos substancialmente iguais, en relación coa aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo.

Tamén coñecerá o Tribunal Supremo do recurso de casación para unificación de doutrina contra as sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo cando, respecto dos mesmos litigantes ou outros en idéntica situación e en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos.

Para coñecer deste recurso mantense no artigo 98.2 a atribución, xa prevista no vixente artigo 96.6, a unha Sección composta polo Presidente do Tribunal Supremo, o da Sala do Contencioso-Administrativo e cinco maxistrados desta mesma Sala, que serán os dous máis antigos e os tres máis modernos.

No apartado quince do artigo segundo do Anteproxecto engádese unha nova sección quinta cun único artigo (99 bis) no que se regula o denominado “recurso de casación por infracción de normas de Dereito estatal en relación coas disposicións emanadas das Comunidades Autónomas e Entidades locais”, do que coñecerá o Tribunal Supremo, e ao que terán acceso as sentencias ditadas en única instancia polas



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza que declarasen nula ou conforme a Dereito unha disposición xeral, cando o recurso se funde na infracción de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo que fosen invocadas no proceso ou consideradas pola sala sentenciadora. Este recurso tramitarase polas normas establecidas na sección terceira para o recurso de casación, coas especialidades que respecto do escrito de preparación do recurso establece o artigo 99 bis 2, e deberá fundarse nalgún dos motivos do artigo 88.1.

Por último, mantense o recurso de casación en interese da Lei, regulado no artigo 100, que non se modifica, do que coñece o Tribunal Supremo cando se axúice a correcta interpretación e aplicación de normas emanadas do Estado que fosen determinantes do fallo recorrido.

Mantendo o modelo establecido na Lei 29/1998, atribúese ás Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza o coñecemento do recurso de casación para a unificación de doutrina, contra sentencias ditadas en única ou segunda instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais de Xustiza, cando se funde na infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma (art. 99), cuxa regulación sofre algunha modificación que será obxecto de posterior comentario, e o recurso de casación en interese da Lei para axuizar a correcta interpretación e aplicación de normas emanadas das Comunidades Autónomas que fosen determinantes do fallo recorrido, regulado no vixente artigo 101, que non sofre modificación ningunha.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

O recurso de casación ordinario ou amplo que se deseña no Anteproxecto resérvase ás sentencias ditadas en única instancia á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, quedando excluídas as ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, que só terán acceso ao recurso de casación para unificación de doutrina, nas condicións que se establecen no Anteproxecto. Daquela, restrínxese o ámbito obxectivo do recuso, en razón do órgano do que emane a resolución impugnada, e, por outra banda, modifícanse os seus presupostos, de maneira que mantendo o xa previsto no vixente artigo 86, de que a sentencia impugnada declarase nula ou conforme a Dereito unha disposición xeral e o de carácter cuantitativo, que se eleva a 300.000 euros, introdúcese como un dos presupostos da casación o “interese casacional”, permitindo o acceso á casación das sentencias nas que concorran -nos termos definitorios que establece o art. 86.3-, mesmo cando a contía do asunto en que se ditou non alcance ese límite cuantitativo, polo que se modera a relevancia que agora ten a contía del asunto, a efectos do acceso á casación.

Non prevé o Anteproxecto unha casación ordinaria atribuída aos Tribunais Superiores de Xustiza, polo que a casación autonómica seguiría quedando reducida aos recursos para a unificación de doutrina e en interese da Lei, o que deixa fóra da casación determinadas materias -entre elas as de Dereito urbanístico-, materias que cando estean residenciadas en primeira instancia nas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza non teñen recurso de apelación e tampouco van ter acceso á casación fóra do estreito límite que configura a vía da unificación de doutrina. Xa que se debe ter en conta que o recurso para a unificación de doutrina ten como único



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

presuposto a contradición de sentencias ditadas respecto de situacións idénticas e en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, e o recurso de casación en interese da Lei non cabe contra sentencias ditadas en única instancia polos Tribunais Superiores de Xustiza, conforme ao artigo 101 da Lei xurisdiccional.

En consecuencia, no Anteproxecto, a casación “ordinaria” queda reservada tan só para as sentencias e autos da Audiencia Nacional; pola contra, se proveñen dos Tribunais Superiores de Xustiza só caben dúas posibilidades de fixar xurisprudencia: a casación para unificación de doutrina e a casación en interese de lei. En todo caso, xamais poderá o Tribunal Supremo fixar doutrina senón tan só sobre Dereito estatal ou comunitario europeo.

Este esquema leva a que:

-Se un TSX incorre na súa sentenza ou auto nalgún dos motivos de casación do artigo 88 LXCA pero non contradí ningunha outra sentenza, non terá oportunidade o TS de fixar doutrina. Poderase dicir que ese oco queda cuberto co recurso de casación en interese de lei, pero para que poida acudirse a este recurso se esixe non só que a doutrina sexa gravemente errónea ou danosa –o que engade un plus de admisibilidade-, senón que unha Administración territorial teña interese en que esa doutrina se rectifique xa que son as que están lexitimadas.

-Tampouco caberá que o TS poida fixar xurisprudencia se aplicando Dereito autonómico un TSX contraría a xurisprudencia do TS



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

respecto de leis que reproduzan a lexislación estatal ou, sen facelo, recollan figuras ou institutos xurídicos comúns.

-Á súa vez, a regra xeral de que os TSX son os tribunais naturais para fixar doutrina legal sobre o Dereito autonómico quebra se, por exemplo, se demanda á Administración do Estado ante a Audiencia Nacional por ditar un acto que infrinxa o Dereito autonómico.

Polo tanto, suxírese para reforzar ao TS:

-O xa antes dito respecto do artigo 5. 1. 2º LOPX.

-Que se reconsidere a figura do “interese casacional” para que, incluso por medio dese interese poida recorrerse ao TS aínda que se impugnen sentencias ditadas pola AN ou TSX en segunda instancia.

-Que mesmo cando se aplique Dereito autonómico, se ventila a fixación de doutrina sobre lexislación básica ou de normas que regulan institutos xurídicos comúns, se regule a posibilidade de que o TS fixe doutrina.

2. Comentarios ao articulado.

O artigo segundo do Anteproxecto de Lei modifica o **artigo 14** da Lei da xurisdición, en relación coa competencia dos Xulgados e Tribunais Superiores de Xustiza, ao que engade un parágrafo 3, no que a elección de foro, que con carácter xeral reconece a regra segunda do punto 1 a favor do demandante, cando o recurso se dirixa contra actos administrativos en materia de persoal, propiedades especiais e sancións,



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

limitase á circunscrición do Tribunal Superior de Xustiza en que teña a súa sede o órgano que ditase o acto orixinario impugnado, cando se trate de órganos das Administracións das Comunidades Autónomas ou das entidades da Administración Local.

O foro domiciliar electivo en materia de persoal, propiedades especiais e sancións, foi mal acollido pola doutrina (Moreno Catena, Gimeno Sendra, Garberí Llobregat, González-Cuéllar) que alertou sobre os inconvenientes teóricos e loxísticos que xeraría a instauración do foro domiciliar, polo que pode optar libremente o demandante nos recursos sobre as indicadas materias, xa que a aplicación de tal foro pode levar a que a actividade dunha Deputación Provincial ou dun Concello sexa fiscalizada por un órgano xudicial pertencente a outra provincia, na mesma ou distinta Comunidade Autónoma, e, de igual xeito, a que a actuación dunha Administración autonómica sexa controlada por órganos xurisdicionais cuxa circunscrición se encontre noutra Comunidade Autónoma, en función do domicilio do demandante. Isto comporta o problema de que, en ditas materias, os Tribunais Superiores de Xustiza, a través das súas Salas do Contencioso-Administrativo, non teñen o monopolio na aplicación e interpretación do correspondente Dereito Administrativo autonómico, o que abre un espazo de exención á unificación de doutrina, dende a óptica do recurso de casación para a unificación de doutrina regulado no vixente artigo 99 LXCA. Por outra banda, os servizos xurídicos das Entidades Locais e das Comunidades Autónomas vense obrigados a desempeñar a súa función en órganos xudiciais radicados fóra do territorio da Comunidade e incluso moi afastados do mesmo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

É por esta razón que se debe considerar moi oportuna a limitación que á elección de foro se inclúe no Anteproxecto, restrinxíndoa á circunscrición do Tribunal Superior de Xustiza en que teña a súa sede o órgano que ditase o acto impugnado.

Non obstante, cómpre sinalar que tanto neste artigo coma nos artigos 8. 3. 2º e 10. 1. i) mantense, por inercia, a dicción do antigo artigo 10.1.b) da LXCA de 1956, na súa redacción trala Lei 10/73, e que viña a continuar coa terminoloxía -e regulación- xa desfasada do Título IV do Libro II do Código Civil que se refería ás augas, minas e propiedade intelectual, seguindo a liña da Lei de 1956. Este desfase é aínda máis acentuado dende o momento en que, por exemplo, respecto de bens demaniais, a orde contencioso-administrativa non é competente para resolver en litixios sobre a titularidade dos mesmos, de aí que careza de sentido manter a dicción do Código Civil que cuxa lóxica era regular o réxime dos elementos de titularidade privada respecto dos bens de dominio público alí referidos (minas e augas). Hoxe en día a regulación do Código Civil está derogada tanto pola Lei de augas como pola Lei de Minas e Hidrocarburos e o réxime da Propiedade Intelectual queda regulado na oportuna norma especial.

Polo tanto, por litixios referidos a “propiedades especiais” haberá que entender, xenericamente e por unha banda, os referidos aos diferentes tipos de bens públicos (demaniais, patrimoniais, de propios, comunais), é dicir, xestionados ou administrados polas Administracións ou que sexan da súa titularidade e, por outra banda, que eses litixios sexan consecuencia do exercicio por parte das Administracións das súas potestades administrativas (deslindes, títulos de uso, potestade sancionadora, recuperación de oficio, etc.) Non obstante, esa



equivalencia entre dominio público e propiedades especiais rómpese no artigo 8.3.2º que diferencia entre ambas as dúas categorías xurídicas, o que non deixa de ser unha incorrección.

Proponse que nos artigos 8. 3. 2º, 10. 1. i) e 14. 1, Segunda –este último é o informado- se cambie “propiedades especiais” por “bens integrantes do patrimonio das Administracións” ou se se opta por unha categoría específica, “bens demaniais”, todo en consonancia coa Lei 33/2003, de 3 de novembro, do Patrimonio das Administracións Públicas.

A modificación do **artigo 42 2.** consiste na adición dun segundo parágrafo que vén a completar a norma no que se refire aos recursos que se reputan de contía indeterminada, por razón da materia que constitúe o obxecto dos mesmos, para engadir aos xa previstos na norma os recursos interpostos contra *actos que teñan por obxecto a inscrición de empresas, formalización da protección fronte a riscos profesionais, tarifación, cobertura da prestación de incapacidade temporal, afiliación, alta, baixa e variacións de datos de traballadores.*

Esta adición vén a completar a relación de supostos nos que a contía do recurso se considera indeterminada, sobre a base de situacións concretas ás que deben dar resposta os órganos da Xurisdición contencioso administrativa, co risco certo de que recaian resolucións dispares dos distintos órganos xurisdicionais sobre a posible cuantificación ou non dos asuntos que se refiran a ditas cuestións. Aínda que resulta sumamente imprecisa a referencia á “tarifación”, que enunciada con carácter tan xeral pode dar lugar a razoables dúbidas de interpretación ante os diversos supostos concretos que en relación con



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

tal cuestión poden presentarse, especialmente cando non haxa problema para determinar con certeza a contía do asunto.

No que respecta á **regulación da casación** que, como se dixo anteriormente constitúe o núcleo e fundamental obxecto da modificación da Lei xurisdiccional contida no Anteproxecto que se informa, vense afectados pola reforma os preceptos que integran as seccións terceira e cuarta do Capítulo III do Título IV, engádese unha nova sección quinta (art. 99 bis) e as actuais seccións quinta e sexta pasarán a ser sexta e sétima, respectivamente.

No **artigo 86** exclúense do ámbito do recurso de casación ordinario ante o Tribunal Supremo as sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, quedando reservado este recurso para as sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional. Mantense a exclusión, por razón da materia, das sentencias que se refiran a cuestións de persoal ao servizo das Administracións Públicas, salvo que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira. Os supostos nos que caberá a casación fórmulanse de forma positiva, en lugar de utilizar a técnica da exclusión ou da excepción do precepto vixente, sendo do seguinte teor literal: *a) cando a sentenza declarase nula ou conforme a Dereito unha disposición xeral; b) as sentencias recaídas en asuntos cuxa contía exceda de 300.000 euros; c) cando a resolución do recurso presente interese casacional, malia terse ditado a sentenza nun asunto cuxa contía non exceda de 300.000 euros ou fose indeterminada.* O interese casacional do recurso concrétese en dous



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

supostos: -que a sentenza recorrida contradiga a doutrina do Tribunal Constitucional ou a xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada na interpretación e aplicación dos dereitos fundamentais que cita o artigo 53.2 da Constitución; -que o recurso afecte a un gran número de situacións transcendendo do caso obxecto do recurso.

Por último, determínase unha *summa gravaminis* ou límite cuantitativo para que as resolucións do Tribunal de Contas en materia de responsabilidade contable sexan susceptibles de recurso de casación, nos casos establecidos na súa Lei de funcionamento. Este precepto debe poñerse en relación co artigo 81 da Lei 7/1988, de funcionamento do Tribunal de Contas, que dispón:

“1. O coñecemento do recurso de casación en materia de responsabilidade contable corresponde exclusivamente á Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo.

2. Son susceptibles de recurso de casación:

1º As sentencias definitivas pronunciadas polas Salas do Tribunal en apelación ou en única instancia cando a contía do procedemento exceda de 3.000.000 pts..

Esta contía entenderase, no seu caso, elevada ou diminuída, sen necesidade de precepto legal que así o exprese, na medida en que o sexa para o recurso de casación no proceso civil.

2º Os autos ditados polas Salas do Tribunal de Contas, en asuntos de que coñezan en única instancia, por virtude dos cales non se dea lugar á incoación do procedemento xurisdiccional correspondente.

3º Os autos ditados polas mesmas Salas en apelación, confirmatorios dos pronunciados en primeira instancia polos Conselleiros de Contas, non dando lugar á incoación do procedemento xurisdiccional que corresponda.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

3. O recurso de casación poderá interpoñerse polo Ministerio Fiscal, ou polos que, sendo actores ou figurando como demandados no procedemento xurisdicional de que traian causa poidan resultar prexudicados pola sentenza ou resolución recorrida, sempre que non consentisen outra previamente recaída sobre igual obxecto e no mesmo proceso.”

Sen embargo, a referencia á contía determinada para o recurso de casación civil quedará obsoleta e sen efectividade se prospera a reforma que na casación civil introduce o Anteproxecto, no que a contía do preito deixa de ser presuposto da casación para configurar como presuposto único o “interese casacional”, o cal, unido á desproporción existente na contía inicialmente fixada pola Lei 7/1988, respecto da *summa gravaminis* establecida para a casación ordinaria administrativa, determina a necesidade e a oportunidade de fixar o límite cuantitativo de acceso á casación na Lei reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa e a conveniencia de facelo con unidade de criterio.

Daquela, fronte ao principio xeral de recorribilidade en casación ordinaria das sentencias ditadas en única instancia polos órganos colexiados da orde xurisdicional contencioso-administrativa, que establece o vixente artigo 86 da LXCA, o Anteproxecto reserva este recurso unicamente para as ditadas pola Audiencia Nacional, mentres que as ditadas polas Salas dos Tribunais Superiores de Xustiza só terán acceso á casación pola vía da unificación de doutrina. Opción legislativa que non se xustifica na exposición de motivos do Anteproxecto, no que se explica o novo modelo do recurso para a unificación de doutrina pero non os motivos que levaron a excluír da casación xeral ou ordinaria as referidas sentencias dos Tribunais Superiores de Xustiza. Por tanto,



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

cabe pensar que se trata de reforzar a función do Alto Tribunal de dar uniformidade na interpretación e aplicación do Dereito, respecto das normas estatais ou comunitarias europeas, estreitando as marxes da casación, e, para iso, de alixeirar a carga competencial do mesmo. Non obstante, bótase de menos na exposición de motivos a xustificación do distinto tratamento que dá ás resolucións en única instancia da Sala do Contencioso administrativo da Audiencia Nacional e ás resolucións da Sala dos Tribunais Superiores de Xustiza, cando nelas se apliquen normas dereito comunitario ou estatal.

O mantemento da exclusión do ámbito da casación das cuestións de persoal ao servizo das Administracións Públicas, salvo que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira, parece en principio xustificada, xa que se trata de cuestións que, aínda que graviten sobre a defensa de situacións subxectivas individuais, afectan ou poden afecta a un gran número de funcionarios, polo que de non manter a exclusión se abriría o acceso á casación de todo tipo de cuestións de persoal, pola vía do interese casacional, do artigo 86.3 b) do Anteproxecto. Non obstante, non cabe descoñecer que, reservada a casación ordinaria ás sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, na práctica os efectos da exclusión son moi relativos, xa que a competencia de dita Sala en materia de persoal se limita aos actos dos Ministros e dos Secretarios de Estado que se refiran ao nacemento ou extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira. E, cando se trate de actos dos órganos centrais do Ministerio de Defensa, coñece dos referidos a ascensos, orde e antigüidade de escalafonamento e destinos.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Elévase a 300.000 euros o límite cuantitativo de acceso á casación, o que supón unha notoria restrición da casación en función do criterio cuantitativo, sen embargo, á vez, a relevancia de dito criterio queda atenuada ao introducir como presuposto da casación a concorrencia de interese casacional, con independencia de cal sexa a contía do recurso, dando un xiro no deseño da casación cara ao modelo que veu propugnando un sector da doutrina, que, en xeral, foi moi crítica co establecemento de criterios cuantitativos para delimitar o acceso á casación, ao tratarse de criterios aleatorios que non sempre dan relevancia ao contido xurídico. Parece, por tanto, un avance relegar o amortecer a transcendencia xurídica do criterio cuantitativo a favor do interese casacional, que se define pola contradición da sentenza recorrida coa doutrina do Tribunal Constitucional ou a xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada na interpretación e aplicación dos dereitos fundamentais que cita o artigo 53.2 da Constitución, ou porque o recurso afecte a un gran número de situacións transcendendo do caso obxecto do recurso. Este segundo aspecto xa vén contemplado na vixente Lei xurisdiccional que, no seu artigo 93.2, establece como causa de inadmisión do recurso en asuntos de contía indeterminada que non se refiran á impugnación directa ou indirecta dunha disposición xeral, cando o motivo invocado sexa a infracción de normas do ordenamento xurídico ou da xurisprudencia aplicables para resolver as cuestións debatidas, a apreciación de que o recurso carece de interese casacional por non afectar a un gran número de situacións ou non posuír o suficiente contido de xeneralidade.

En canto ao interese casacional, debe introducirse un suposto c) que diga:



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

«c) Cando no haxa xurisprudencia sobre a cuestión debatida ou se trate da aplicación de normas sobre as que o Tribunal Supremo non fixase doutrina legal»

Neste sentido é máis completa a regulación do interese casacional que fai o Anteproxecto para a LEC, pero esta regulación non é de aplicación supletoria (artigo 4 LEC) xa que a da LXCA é esgotadora.

O **artigo 87**, en canto aos autos susceptibles de casación non sofre máis modificación que a que vén imposta pola modificación do artigo anterior, ao que se remite, pero agora con referencia exclusivamente aos supostos das letras a) e b) do art. 86. 1, mantendo inalterada a relación de autos susceptibles de ser impugnados en casación.

No que respecta aos motivos de casación, non se introduce modificación ningunha no vixente artigo 88, polo que o recurso deberá fundarse nos mesmos motivos agora previstos na Lei, conforme á interpretación que dos mesmos fai a xurisprudencia.

En canto á tramitación do recurso, introdúcense algunhas modificacións nos **artigos 89, 90 e 93**. Así, na fase de preparación (artigo 89), amplíase a quince días o prazo para a preparación do recurso ante a Sala que ditase a resolución recorrida, e engádese ás formalidades do escrito de preparación “a xustificación, no seu caso, da concorrencia de interese casacional. Ademais suprímese o actual parágrafo 2, como consecuencia da modificación do artigo 86 e a exclusión do ámbito da casación ordinaria das sentencias ditadas polas



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza.

No artigo 90 introdúcese un novo parágrafo 3, no que se establece un primeiro filtro de fondo ao recurso de casación cando se alegue concorrencia de interese casacional, xa que se impón á Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional ditar auto razoado sobre a concorrencia ou non do interese casacional invocado, en relación cos dous supostos previstos no artigo 86.3. Non obstante, aínda que neste suposto concreto parece que se quere reforzar ese filtro previo a ter por preparado o recurso, esixindo expresamente a fundamentación da decisión que ao respecto adopte a Sala *a quo*, isto non supón que no resto dos supostos a decisión non teña que ser motivada. Pola contra, no parágrafo 2 do mesmo precepto dispónse, con carácter xeral, que a denegación da preparación do recurso se acordará en auto motivado.

Por outra banda, a apreciación do interese casacional debe quedar por enteiro ao TS, de aí que a posibilidade de ter por non preparado o recurso de casación pola AN (artigo 90.3) debe referirse a cando sexa manifesta esa falta de interese casacional.

En canto á forma que debe adoptar a resolución, se nos atemos ao disposto nos parágrafos 2 e 4 do artigo 90, ditaríase auto para denegar o emprazamento das partes e a remisión das actuacións ao Tribunal Supremo, mentres que a resolución tería a forma de providencia cando se teña por preparado o recurso, sen embargo, no novo parágrafo 3, para o caso de que se alegue interese casacional, faise referencia ao “auto que teña por preparado o recurso ou denegue a preparación”. Non parece adecuado que a forma da resolución que teña por preparado o



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

recurso de casación sexa diferente en función do suposto que dea lugar ao recurso, polo que parece conveniente que en todos os supostos, e dado que a resolución precisa de motivación, aínda que sexa sucinta, adopte a forma de auto.

Ademais, limítase a oposición á admisión do recurso, esixindo que se funde nalgunha das causas previstas no artigo 93.2 a), b), c) e d) da Lei, causas que fan referencia á inobservancia dos requisitos de preparación do recurso, que a resolución impugnada non sexa susceptible de casación, que se invoque motivo ou motivos non comprendidos no artigo 88, non se citasen as normas ou a xurisprudencia cuxa infracción se denuncia, as citas non garden relación coa cuestión debatida, non haxa constancia de que se pedise a emenda da falta cando sexa necesario facelo, e que o recurso non presente interese casacional.

Parece que se trata de limitar a oposición á admisión do recurso á invocación daquelas causas de inadmisión que presentan un carácter eminentemente formal, exceptuando as causas de inadmisión previstas nos apartados e) e f) do Anteproxecto, que atenden fundamentalmente ao fondo do asunto e que esixen un exame preliminar do obxecto do litixio, dos fundamentos da pretensión deducida e dos fundamentos da impugnación. Non obstante, cabe facer a salvidade do suposto de ausencia de interese casacional, que presenta ambos os dous aspectos, segundo se formula con referencia ao artigo 86. 3 a) ou co 86. 3 b).

Por tanto, non parece xustifico que se impida á parte recorrida opoñerse á admisión do recurso alegando que este carece



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

manifestamente de fundamento ou que se desestimasen no fondo outros recursos substancialmente iguais, reservando eses casos de inadmisión á apreciación de oficio polo Tribunal, e si se permita a oposición con fundamento en ausencia de interese casacional. Se do que se trata é de outorgar un tratamento diferente a eses supostos de inadmisión, ao requirir a súa apreciación un exame e razoamento por parte do Tribunal sobre cuestións de fondo, en relación coa doutrina xurisprudencial, facendo valoracións que nalgúns casos corresponderían máis propiamente á sentenza, en liña coa relevancia que a ditos casos de inadmisión outorga o mesmo artigo 93. 4 ao esixir que o auto de inadmisión se dite por unanimidade dos membros da Sección correspondente, debe terse presente que esa mesma unanimidade se esixe cando a causa de inadmisión é a do apartado d) do art. 93.2 “*se o recurso non presenta interese casacional*”. Daquela, parece máis conveniente que esa causa de inadmisión reciba o mesmo tratamento que as establecidas nos apartados d) e f), no que se refire á súa invocación pola parte recorrida na oposición á admisión do recurso de casación, no trámite de comparecencia.

Por último, engádese un segundo parágrafo ao artigo 93.3, no que se contempla unha excepción ao trámite de audiencia ás partes sobre as posibles causas de inadmisión, previamente a resolver sobre tal cuestión, que establece o primeiro parágrafo do art. 93.3. Prevese nel que non se dea dito trámite cando a Sala acordase reiteradamente a inadmisión doutros recursos pola mesma causa en supostos substancialmente iguais. Esta limitación parece oportuna, xa que alixeira a tramitación ao eliminar unha actuación que resulta irrelevante, ante a existencia dunha doutrina uniforme en supostos substancialmente iguais, e que, sen embargo, esixe actos de comunicación coas partes e demora a resolución sobre a admisión ou inadmisión do recurso. Neste sentido,



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

malia que o vixente artigo 93.3 non establece excepción ningunha ao trámite de audiencia, o Tribunal Supremo en diversas ocasións pronunciouse sobre a inutilidade ou non necesidade de tal trámite, cando a Sala se pronunciase reiteradamente sobre a causa de inadmisión alegada na oposición en trámite de comparecencia (entre outros, AATS 1/7/02, 11/3/04). No primeiro destes Autos dise: *“hai que advertir que a coincidencia na identidade da parte recorrente en asuntos análogos, no que aquí importa, a outros xa resoltos, fixo innecesario o trámite de audiencia, que de terse observado rigorosamente só daría lugar a actuacións inútiles e gravosas para a propia institución recorrente...”* Na segunda das resolucións citadas precísase: *“...como dixo esta Sala reiteradamente –o que fai innecesario a apertura do trámite de audiencia para que o recorrente poida realizar alegacións respecto a dita oposición- no trámite de oposición...”*

A Sección cuarta do Capítulo III do Título IV da Lei 29/1998 (artigos 96 a 99) dedicada aos recursos para unificación de doutrina, sofre unha importante modificación que se irá comentando ao analizar cada artigo, pero convén de maneira esquemática presentar o sistema do Anteproxecto, distinguindo entre a unificación de doutrina da que coñece o Tribunal Supremo, cando o conxunto normativo aplicable sexa o Dereito estatal ou comunitario europeo cuxa infracción se formule (arts. 96, 96 bis, 97, 97 bis, 98 e 98 bis), e a unificación de doutrina da que coñecen os Tribunais Superiores de Xustiza, cando o recurso se funde en infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma (art. 99). E, dentro dos primeiros, o Anteproxecto regula por separado a unificación de doutrina contra sentenza e autos das Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza (arts. 96, 96 bis, 97 e 97 bis) e as sentencias ditadas polo Tribunal Supremo (art. 98).



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

O **artigo 96** do Anteproxecto regula o recurso de casación para unificación de doutrina, ante o Tribunal Supremo, contra sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, establecendo ademais do ámbito obxectivo do recurso -mediante unha regra xeral de recorribilidade e as súas excepcións-, os presupostos que deben concorrer para que proceda dicho recurso.

Este recurso, que se introduciu na Lei da xurisdición contencioso-administrativa pola Lei 10/1992, atribúe ao Tribunal de casación unha das finalidades que son propias da casación en xeral, e a máis importante, que é a de dar uniformidade á xurisprudencia, sen relegar a defensa da Lei, xa que en todo caso a contradición entre a sentenza impugnada e as que se toman como referente debe revelar unha infracción de normas determinantes do fallo. A través del presérvase ademais do principio constitucional de seguridade xurídica, consagrado no artigo 9.3 da Constitución -que garante unha determinada resposta do ordenamento ante unha concreta situación xurídica-, o principio de igualdade, do artigo 14 da Constitución -que garante un trato igual para todos os cidadáns na mesma situación-.

Poñendo en relación o vixente artigo 96 da Lei xurisdicional coa redacción que polo mesmo artigo dá o Anteproxecto, pódese dicir que se acolle agora unha modalidade de casación para unificación de doutrina distinta, xa que se na norma vixente se establece o recurso sobre a base da contradición existente entre resolucións ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo do mesmo tribunal (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunais Superiores de Xustiza) ou, tratándose da Audiencia Nacional e dos Tribunais Superiores de Xustiza, tamén cando



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

a contradición se producise respecto de sentencias do Tribunal Supremo, en todo caso ditadas en situacións idénticas e en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, o Anteproxecto ademais de excluír da unificación de doutrina ás sentencias ditadas en única instancia pola Audiencia Nacional e regular por separado o recurso contra as sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, amplía a unificación de doutrina contra as sentencias ditadas polos Tribunais Superiores de Xustiza aos supostos de contradición entre a sentenza recorrida e outra ou outras ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional ou doutros Tribunais Superiores de Xustiza.

Establece o artigo 96, como presuposto para que proceda o recurso en unificación de doutrina, que deben concurrir conxuntamente as seguintes circunstancias: a) que a sentenza impugnada recaese en asunto cuxa contía exceda de 150.000 euros ou fose indeterminada; b) que se produza contradición entre a sentenza recorrida e outra ou outras ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional ou as doutros Tribunais Superiores de Xustiza, porque en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos; c) que a contradición revele unha infracción na aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo relevantes e determinantes do fallo recorrido, que fosen invocadas oportunamente no procedemento ou consideradas pola Sala sentenciadora. Igualmente, establécese a recorribilidade das sentencias nas que non concorra a circunstancia de que a contía do asunto exceda de 150.000 euros cando a contradición



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

presente interese casacional, nos termos do artigo 86.3. E mantense a exclusión, a efectos do acceso a este recurso, das sentencias que se refiren a cuestións de persoal ao servizo das Administracións públicas, coa salvidade de que afecten ao nacemento ou á extinción da relación de servizo de funcionarios de carreira, as ditadas en materia electoral e as ditadas no procedemento para a protección do dereito fundamental de reunión ao que se refire o artigo 122.

Daquela, altéranse as actuais marxes da casación para unificación de doutrina ampliando o referente de contradición ás sentencias ditadas pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e polas doutros Tribunais Superiores de Xustiza, sen embargo non se contempla a contradición con outras sentencias do propio Tribunal, opción que non parece xustificada, máxime se se ten en conta que existen Tribunais Superiores de Xustiza que teñen máis dunha Sala do Contencioso-Administrativo, con sede en distinta localidade e xurisdición sobre distintas provincias, que actúan como tribunais independentes, sendo máis que probable que nalgunhas das súas resolucións se produza a contradición que dá lugar á casación para unificación de doutrina, conforme ao artigo 96.1. Por outra banda, aínda que se eleva a 150.000 euros a contía do asunto, a partir da cal a sentencia será recorrible, sempre que concorran o resto de condicións, a relevancia dese límite cuantitativo se atenúa, ao permitir que, mesmo sen que concorra esa circunstancia, a sentencia sexa impugnada por esta vía, cando a contradición presente o interese casacional que define o artigo 86.3, criterio este máis xustificado que o puramente cuantitativo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

O mantemento da exclusión de determinadas materias, como as de persoal, aínda que se pode xustificar no intento de non sobrecargar ao Tribunal Supremo, como se dixo ao comentar o artigo 86, presenta inconvenientes ao posibilitar a existencia de resolucións contraditorias entre as distintas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza sobre un mesmo acto administrativo, que non van ter acceso á unificación de doutrina.

O Anteproxecto introduce na Lei un novo **artigo 96 bis** no que se fai extensivo o acceso á casación para unificación de doutrina aos autos que se relacionan no artigo 87.1 que fosen ditados en procedementos nos que a sentenza, por razón da contía, fose susceptible de recurso de casación para a unificación de doutrina. Sendo presuposto suficiente que o auto conteña un pronunciamento oposto á xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada en asuntos substancialmente iguais, en relación coa aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo. Igual que acontece co recurso de casación ordinario (art. 87.2), cómpre, en todo caso, a previa interposición de recurso de súplica.

Esta prescrición legal vén a emendar unha cuestión que, ante o silencio da Lei 29/1998, deu lugar a distintas posturas doutriniais sobre a recorribilidade dos autos ditados en procesos nos que si se autoriza a casación para unificación de doutrina. Algúns autores (entre outros Gimeno Sendra e Moreno Catena) sosteñen que debería admitirse polo menos contra os autos que rexeiten o recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa continuación, cando contradigan outras resolucións do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional ou dos Tribunais Superiores de Xustiza, opinión que non é compartida por



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

outros autores (Xiol). Tampouco esa opinión foi acollida pola doutrina xurisprudencial, que en diversas ocasións (entre outros, ATS 18/2/00) se pronunciou sobre o tema afirmando que *“o recurso de casación para a unificación de doutrina, a diferenza do de casación propiamente dito, só pode interpoñerse contra sentencias, nunca contra autos, como con toda nitidez dispón o artigo 102 a) da Lei desta Xurisdición, versión de 1992, aplicable ao caso, e na actualidade os artigos 96 e seguintes da vixente Lei. A razón estriba en que se trata dunha modalidade subsidiaria da casación propiamente dita, creada coa finalidade exclusiva de reconducir á unidade doutrinas diverxentes en torno á cuestión litixiosa obxecto do proceso principal”*.

Os artigos **97 e 97 bis** completan a regulación do recurso de casación para a unificación de doutrina facéndoo de maneira máis precisa e detallada que o vixente artigo 97, o cal parece responder ao carácter e relevancia que adquire este recurso na reforma que se proxecta, xa que a reserva da casación ordinaria ás sentencias ditadas en única instancia pola Audiencia Nacional, mentres que as ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza só terán acceso á casación pola vía da unificación de doutrina, determina que xa non se poida predicar deste recurso o seu carácter de residual ou subsidiario respecto da casación ordinaria, como sucede coa normativa vixente -en canto cabe unicamente contra aquelas resolucións non susceptibles de ser recorridas en casación ordinaria-.

Mentres que o vixente artigo 97 non fai referencia aos motivos da casación para a unificación de doutrina, o que levou a considerar que o



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

único motivo existente é a “contradición” entre resolucións xudiciais, a redacción que de dito artigo contén o Anteproxecto, en relación co artigo 96, permite afirmar que esa contradición é un presuposto de recorribilidade, mentres que os motivos do recurso son os establecidos no artigo 88.1, tal como reza o novo precepto, que fai a salvidade de que tratándose do motivo previsto no artigo 88.1 c) -quebrantamento de forma- abundará que a resolución recorrida se opoña á xurisprudencia do Tribunal Supremo ditada en casos substancialmente iguais, en relación coa aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo. Así, a mera existencia de contradición entre resolucións, xunto co resto dos presupostos ou circunstancias establecidas no artigo 96.1, non é suficiente para que sexa admisible o recurso, senón que ademais debe concorrer algún dos motivos establecidos para a casación ordinaria, é dicir, a contradición debe poñerse en relación cos motivos do recurso.

Resulta difícil comprender as razóns que levaron ao prelexislador a establecer uns presupostos de recorribilidade, que deben concorrer conxuntamente (art.96), un dos cales é que a contradición revele infracción na aplicación de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo relevantes e determinantes do fallo recorrido, que fosen invocadas no proceso ou consideradas pola Sala sentenciadora, para condicionar a continuación a “admisión” do recurso á concorrencia dun dos motivos establecidos para a casación ordinaria. Por outra banda, o establecemento da necesidade de que o recurso se funde nalgún dos motivos do artigo 88.1 non se corresponde coa regulación do trámite do recurso contida no novo artigo 97 bis, cuxo apartado 2 establece que *“o auto que teña por preparado o recurso ou denegada a preparación, exporá as razóns polas que se considera que concorren as identidades*



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

do artigo 96 ou as diferenzas apreciadas, así como a relevancia, no seu caso, da contradición que precise unificación ou da presenza de interese casacional". É dicir, ese primeiro control ou filtro que corresponde facer ao tribunal a quo prescinde absolutamente da adecuada invocación ou da concorrencia dalgún dos motivos do artigo 88.1. E isto, a pesar de que no parágrafo 1 do mesmo artigo se di que o escrito de preparación do recurso expresará "o motivo en que pretenda fundarse o recurso..."

Ademais, no artigo 97 bis.3 que introduce o Anteproxecto, establécese que o recurso se interporá –hai que entender que unha vez que se teña preparado pola Sala sentenciadora- ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, no prazo de 30 días, *sendo aplicable á preparación, interposición, substanciación e resolución do recurso, o disposto na sección anterior en canto resulte aplicable".* Parece obvio que non procede a referencia á "preparación", unha vez que sobre tal extremo resolveu o órgano a quo, e, sen embargo, non se menciona o trámite de admisión. A remisión en bloque ás normas da sección anterior non permiten pensar que é vontade do prelexislador omitir tal trámite, subtraendo da capacidade de decisión do Tribunal Supremo a admisión ou inadmisión do recurso, polo que tal omisión parece responder a un erro involuntario.

O artigo 97.2 precisa que debe coñecer da casación para unificación de doutrina a Sala do Tribunal Supremo consonte ás regras xerais de reparto na Sala, sen embargo, cando as sentencias do Tribunal Supremo que se citen como infrinxidas proveñan, e se faga constar así no escrito de preparación polo recorrente, dunha Sección distinta daquela á que corresponde coñecer conforme ás normas de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

reparto, coñecerá do recurso a Sección á que se refire o artigo 98.2, é dicir, a Sección establecida para coñecer dos recursos para unificación de doutrina contra sentencias da propia Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo. Esta norma transcribe o xa disposto no vixente artigo 96. 6 e 7.

O **artigo 98** dá unha regulación independente ao recurso de casación para unificación de doutrina contra sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, que no vixente artigo 96 se regula de maneira conxunta co interposto contra sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional ou polas Salas dos Tribunais Superiores de Xustiza. Aínda que non introduce ningunha novidade en canto aos presupostos do recurso e á Sección da Sala que debe coñecer do mesmo, limitándose o parágrafo 1 do art. 98 a reproducir o parágrafo 1 do vixente artigo 96, coa salvidade de que se contrae exclusivamente ás sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, e o parágrafo 2 reproduce, en canto á Sección *ad hoc*, o actual parágrafo 6 do artigo 96, coincidente co contido do artigo 61.3 da Lei Orgánica do Poder Xudicial.

Neste suposto mantense o modelo actual de recurso para unificación de doutrina, no cal o único motivo é a contradición de resolucións, cando estas se ditasen en supostos nos que concorran as identidades ás que fai referencia o precepto. Sendo labor do Tribunal Supremo comparar a resolución impugnada coas invocadas como referencia, que, en todo caso, deben ser anteriores á recorrida (SSTS



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

12/6/87; 3/2/89; 4/6/90;10/4/02), e determinar cal dos criterios opostos é o correcto, decisión da que dependerá a estimación ou desestimación do recurso, xa que para que prospere o recurso non é suficiente con constatar a existencia de contradición, senón que será necesario que a Sala considere que o criterio acertado é o da resolución ou resolucións anteriores, xa que se considera máis acertado o criterio mantido na sentenza impugnada o declarará así e desestimaré o recurso (SSTS 22/11/88; 8/3/89; 21/6/04, entre outras).

O Anteproxecto introduce un novo **artigo 98 bis** que reproduce case textualmente o contido do vixente artigo 98, en canto aos efectos dos pronunciamentos do Tribunal Supremo ao resolver os recursos de casación para a unificación de doutrina, declarando que en ningún caso afectarán ás situacións xurídicas creadas polas resolucións precedentes á impugnación. En caso de que a sentenza sexa estimatoria do recurso, casará a resolución impugnada e resolverá o debate presentado con pronunciamentos axustados a Dereito, modificando as declaracións efectuadas e as situacións creadas pola sentenza recorrida.

Chama a atención que a única variación entre o precepto vixente e o artigo 98 bis do Anteproxecto sexa a substitución do termo “sentencias precedentes á impugnada” por “resolucións precedentes á impugnada”, o que podería interpretarse no sentido de que se abre a posibilidade de invocar como resolucións de contraste outras distintas da sentenza -autos-. Sen embargo, tal hipótese debe rexeitarse, sen lugar a dúbida, a teor do disposto no artigo 61.3 da Lei Orgánica do Poder Xudicial que fale de contradición “*entre sentencias ditadas en única instancia...*”, porque este recurso só cabe contra sentencias (art. 98) sen



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

que se prevea a posibilidade de recurso contra autos, como se fai no novo artigo 96 bis respecto da casación para unificación de doutrina contra resolucións das Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, e á luz da doutrina xurisprudencial, que non só limita as resolucións de contraste ás sentencias senón que precisa que *“cando se trata de sentencias desta Sala, cómpre, como veu a facer explícito o apartado 3 do artigo 61 da Lei Orgánica do Poder Xudicial (engadido pola Lei Orgánica 6/1998, de 13 de xullo), que a contradición se produza entre sentencias ditadas en única instancia por Seccións distintas de dita Sala”* (STS 20/10/03).

Non se establece no Anteproxecto un trámite específico para este recurso contra sentencias ditadas en única instancia pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, polo que debería entenderse que será de aplicación ao respecto o disposto no artigo 97 bis. Sen embargo, a modificación que se introduce na casación para unificación de doutrina contra resolucións das Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, ao establecer presupostos de recorribilidade específicos, motivos de recurso e reforzar a función de filtro do órgano sentenciador, ao examinar o escrito de preparación do recurso e a concorrencia dos requisitos establecidos nos artigos 96, 96 bis e 97, así como a necesidade de ditar auto tanto no caso de que se teña por preparado o recurso como no de denegación da preparación, fai inadecuado este procedemento para a substanciación do recurso contra sentencias do propio Tribunal Supremo. Por esta razón parece aconsellable que se prevea un procedemento específico para este recurso, que se axuste ás peculiaridades do mesmo.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Modifícase o **artigo 99**, que regula o recurso de casación para unificación de doutrina das sentencias ditadas polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, cando se funde na infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma. En canto ás resolucións que terán acceso a este recurso precisase que o serán as *“sentencias ditadas en única ou segunda instancia polas Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, se existen varias destas Salas ou as Salas teñen varias Seccións”*. Amplíase así o ámbito obxectivo do recurso, xa que a actual redacción do precepto, nunha interpretación conxunta dos seus parágrafos primeiro e segundo, leva á conclusión de que este recurso só cabe contra sentencias ditadas en única instancia, xa que o parágrafo segundo dispón que o recurso procederá contra sentencias non susceptibles de casación ou de casación para unificación de doutrina “por aplicación exclusiva do previsto no artigo 86.4 e cando a contía litixiosa supere os tres millóns de pesetas”, en ambos os dous casos a referencia faise a sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, limitándose o acceso ao recurso ante o Tribunal Supremo aos supostos en que se invoque infracción de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo. Por outra banda, suprímese o límite cuantitativo establecido no vixente artigo 99, que esixe que a contía litixiosa supere os tres millóns de pesetas.

O Anteproxecto mantén a atribución de competencia para coñecer deste recurso a unha Sección da Sala do Contencioso-Administrativo que teña a súa sede no Tribunal Superior de Xustiza, así como a composición desta Sección, sendo a única novidade a atribución expresa ao Presidente da facultade de convocar o Pleno da Sala.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Previsión que merece unha acollida favorable, como posibilidade de acudir a dita medida para afrontar asuntos de especial relevancia ou que desen lugar a notables discrepancias, aínda que deberá entenderse que se trata dunha facultade da que os presidentes deberán facer un uso ponderado e sempre xustificado. Ademais, como novidade, establécese a posibilidade de que se cree unha sección fixa na Sala para coñecer dos recursos de casación para a unificación de doutrina e en interese da lei, fundados na infracción de normas emanadas das Comunidades Autónomas, cando o número de asuntos o aconselle. Non se precisa na norma cal será a composición desta Sección fixa encargada de coñecer dos referidos recursos, nin se as súas competencias se limitarán a ditos recursos, cuestións que deberían quedar reguladas de maneira clara, xa que non parece adecuada para esta sección “especial” a composición prevista no artigo 99.2, especialmente para aqueles Tribunais Superiores de Xustiza que contan con máis dunha Sala do Contencioso-Administrativo con sede en distintas localidades, como é o caso de Castilla-León, Canarias ou Andalucía, nos que o presidente da Sala sita fóra da localidade onde teña a súa sede o Tribunal así como, no seu caso os presidentes de sección e os maxistrados correspondentes terían que formar parte dunha sección fixa e permanente da Sala con sede no Tribunal Superior de Xustiza, cos conseguintes inconvenientes persoais e funcionais para a Sala á que pertenzan.

Introduce o Anteproxecto unha nova Sección quinta coa rúbrica *“Recursos de casación por infracción de normas de Dereito estatal en relación coas disposicións emanadas das Comunidades Autónomas e Entidades Locais”*, que se integra por un novo **artigo 99 bis**, que amplía o recurso de casación ás sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza que declarasen nula ou conforme a Dereito unha disposición



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

xeral, cando o recurso se funde na infracción de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo que fosen invocadas oportunamente no proceso ou consideradas pola Sala sentenciadora. Este recurso debe fundarse nalgún dos motivos do artigo 88.1 e sonlle aplicables as normas establecidas na sección terceira, en canto a preparación, interposición substanciación e resolución, coa salvidade de que no escrito de preparación debe expresarse unicamente o motivo no que pretende fundarse o recurso e a xustificación de que a infracción de norma estatal ou comunitaria europea foi relevante e determinante do fallo da sentenza.

Introdúcese un novo recurso que responde ou se axusta á casación ordinaria, xa que, como se di no artigo 99 bis 2, se rexe polas normas da sección terceira tanto na tramitación como na resolución, polo que a sentenza que recaia terá os efectos establecidos no artigo 95, radicando a principal especialidade deste recurso no seu ámbito obxectivo e nos seus presupostos, xa que en cuanto ao seu obxecto se concreta ás sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza “*que declarasen nula ou axustada a Dereito unha disposición xeral*”, e é presuposto do recurso que se funde na infracción de normas de Dereito estatal ou comunitario europeo que fosen invocadas oportunamente no proceso ou consideradas pola Sala sentenciadora. O termo “*oportunamente*” que se emprega neste precepto, igual que se fai no artigo 96.1 c) pode interpretarse dende un punto de vista formal, como a necesidade de que se invocase no momento procesual adecuado ou, dende un aspecto substantivo, como a esixencia de que ese precepto invocado - cuxa infracción se denuncia en casación- teña relevancia xurídica para a resolución do recurso contencioso-administrativo, polo



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

que deberá ser a doutrina xurisprudencial a que interprete e precise o alcance dese adverbio, cuxa necesidade ou oportunidade é cuestionable.

Aínda que a remisión do novo precepto ás normas da sección terceira, para a preparación, tramitación e resolución do recurso, o obxecto e presuposto deste, así como a exposición de motivos e o informe sobre necesidade e oportunidade, non deixan dúbida sobre a atribución ao Tribunal Supremo da competencia para coñecer deste recurso, si se bota de menos a referencia ao órgano competente no artigo 99 bis. Por outra banda, a redacción do parágrafo segundo do punto 2 de dito artigo é confusa, dando a sensación de que ou ben se omitiu unha conxunción entre *“fallo da sentenza”* e *“que fosen invocadas...”* ou esta última frase se debe incluír na terceira liña, a continuación de *“norma estatal ou comunitaria europea”*. Esta última opción semella a máis correcta.

Por último, mantéñense inalteradas as normas reguladoras dos recursos de casación en interese da lei (artigos 100 e 101) e de revisión das sentencias firmes (artigo 102), que unicamente cambian o seu número de sección como consecuencia da introdución da nova sección quinta, pasando a ser as seccións sexta e sétima, respectivamente.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

III.- Reforma da Lei de Axuizamento Civil.

1. Observacións xerais.

A reforma da Lei de Axuizamento Civil que se regula no artigo terceiro do Anteproxecto de Lei obxecto do presente informe -así como a reforma da Lei de Axuizamento Criminal e da Lei reguladora da Xurisdición Contencioso Administrativa-, trae causa, como xa se comentou, da modificación da Lei Orgánica do Poder Xudicial, en materia de organización da Administración de Xustiza, contida no Anteproxecto de Lei Orgánica tamén sometido a informe deste Consello. Por razóns de sistemática, así como se analizan no presente informe preceptos do Anteproxecto de Lei Orgánica pola que se modifica a Lei Orgánica do Poder Xudicial, no que afecta á nova atribución de competencias entre o Tribunal Supremo e os Tribunais Superiores de Xustiza, omítese a análise dos preceptos do Anteproxecto de Lei que constitúe o obxecto principal deste informe no que respecta á Xustiza de Proximidade, que é obxecto de análise no informe ao mencionado Anteproxecto de Lei Orgánica, a fin de tratar de maneira conxunta e uniforme os distintos aspectos das cuestións máis relevantes de ambos os dous Anteproxectos.

En liñas xerais, e no que afecta á xurisdición civil, a modificación da Lei Orgánica do Poder Xudicial que, como dixemos, crea o marco das reformas procesuais, concrétese na previsión da posibilidade de creación dos Xulgados de Proximidade, aos que se atribúe a substanciación en primeira instancia, fallo e execución dos procesos, así



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

como das medidas de conciliación e mediación, que expresamente lles atribúa a Lei, e modifica o sistema de recursos, coa finalidade proclamada de reservar para o Tribunal Supremo a función unificadora de doutrina e de ampliar a competencia das Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza a todo o Dereito Civil propio da Comunidade Autónoma, con independencia da sede do órgano xudicial que coñecese na instancia, contemplando a posibilidade de que se lles atribúa o coñecemento da revisión contra sentencias ditadas polos órganos xudiciais sitos na respectiva comunidade Autónoma.

Dicimos que esa é a intención proclamada na exposición de motivos tanto do Anteproxecto de Lei de reformas procesuais como no Anteproxecto de Lei Orgánica, xa que en realidade, como xa se expuxo ao analizar o Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei Orgánica 6/1985, a teor da redacción que se dá ao artigo 73.1 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, as leis estatais non farían senón crear o marco ou posibilitar o logro destes fins, pero deixando a decisión sobre atribución de competencias aos Tribunais Superiores de Xustiza -e indirectamente ao Tribunal Supremo- ao azar do que ao respecto dispoñan os Estatutos de Autonomía. Así, modifícase o artigo 73.1 da Lei Orgánica do Poder Xudicial para atribuír á Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza, como Sala do Civil, o coñecemento: *“a) do recurso de casación que estableza a lei contra resolucións de órganos xurisdicionais da orde civil, aínda que teñan a súa sede fóra do territorio da Comunidade Autónoma, sempre que o recurso se funde en infracción de normas de dereito civil, foral ou especial, ou de dereito propio da comunidade na que teña a súa sede o Tribunal Superior de Xustiza, e cando o correspondente Estatuto de Autonomía previse esta atribución”;* *“b) da revisión que estableza a Lei contra sentencias ditadas por órganos xurisdicionais da orde civil, que teñan a súa sede na*



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Comunidade Autónoma, se o correspondente Estatuto de Autonomía previu esta atribución.”

Cómpre chamar a atención especialmente sobre o apartado b), xa que se remite á atribución de competencia polos Estatutos de Autonomía, o coñecemento pola Sala do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza da revisión de sentencias ditadas polos órganos da xurisdición civil con sede na Comunidade Autónoma, sen limitar ese coñecemento ao dereito civil, foral ou especial, propio da respectiva Comunidade, de xeito que por esa vía se permitiría a atribución de competencias nos Estatutos de Autonomía sobre o dereito civil común. Non obstante, debemos remitirnos neste punto ás obxeccións que a esa norma se fan no presente informe ao Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei Orgánica do Poder Xudicial, no que se refire exclusivamente á redefinición de competencias do Tribunal Supremo e dos Tribunais Superiores de Xustiza.

En consecuencia coas mencionadas modificacións da Lei Orgánica do Poder Xudicial, o Anteproxecto de Lei ao que se refire este informe configura un recurso de casación civil cuxa finalidade é unificadora, que se articula sobre o presuposto do interese casacional e ao que terán acceso unicamente as sentencias que produzan efecto de cousa xulgada material. Por outra banda, a eliminación do recurso extraordinario por infracción procesual permite que en casación poidan ser alegadas a infracción de normas substantivas e procesuais, aínda que neste último caso cómpre que a infracción procesual se producise na segunda instancia.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Unha parte importante das modificacións que se introducen na Lei de Axuizamento Civil se contraen á eliminación das referencias ao recurso extraordinario por infracción procesual (artigos 41, 48.2, 67.2, 206.2, 237.1, 240.1, 398, 449, 494, 497, 500, 535.2 e 723.2), que se suprime, ou ás referencias aos Xulgados de Proximidade (artigos 46 bis, 68, 108, 110, 170, 257, 455 e 813).

A Lei 1/2000, de Axuizamento Civil, deseñou un novo sistema de recursos extraordinarios que veu a modificar o réxime destes, ao distinguir entre cuestións procesuais e substantivas, derivando as primeiras á vía do recurso extraordinario por infracción procesual contra sentencias e autos ditados polas Audiencias Provinciais que poñan fin á segunda instancia, para cuxo coñecemento se atribuíu a competencia ás Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza, e as substantivas ao recurso de casación, do que coñece o Tribunal Supremo, salvo no suposto específico en que a competencia vén atribuída ás Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza, cando o recurso se funde en infracción de normas do dereito civil, foral ou especial propio da Comunidade, sempre que o correspondente Estatuto de Autonomía previse tal atribución. Completa o sistema o recurso en interese da Lei, para a unidade da doutrina xurisprudencial, respecto das sentencias que resolvan recursos extraordinarios por infracción de lei procesual, cando as Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza sostivesen criterios discrepantes sobre a interpretación de normas procesuais (art. 490 LEC).

Sen embargo, este sistema de recursos, que supuña diseccionar o recurso de casación -nas súas modalidades de infracción de lei e quebrantamento de forma- en dous novos recursos –aínda que non hai identidade en ámbito obxectivo duns e outros-, coa nova atribución



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

competencial prevista na Lei 1/2000, non chegou a aplicarse, senón que se consolidou o réxime provisional establecido na disposición final décimo sexta *“réxime transitorio en materia de recursos extraordinarios”* que dispón: *“En tanto non se confira aos Tribunais Superiores de Xustiza a competencia para coñecer do recurso extraordinario por infracción procesal, dito recurso procederá, polos motivos previstos no artigo 469, respecto das resolucións que sexan susceptibles de recurso de casación conforme ao disposto no artigo 477”*. Na devandita disposición final establécense as regras para a preparación, interposición e resolución de dito recurso extraordinario.

Esa disgregación do tradicional recurso de casación en dous novos recursos extraordinarios, que requirían unha nítida delimitación do ámbito de cada un deles, deu lugar a unha copiosa doutrina do Tribunal Supremo ao abordar os distintos supostos que se foron presentando en relación co ámbito do recurso de casación e das cuestións propias del, chegándose a pronunciamentos nos que se rexeitaba a inclusión no seu ámbito de cuestións relacionadas coa incompetencia de xurisdición, a lexitimación das partes, o litisconsorcio, a incompetencia de xurisdición, a litispendencia, a cousa xulgada, a carga e valoración da proba, a condena en costas, a falta de motivación das resolucións xudiciais, entre outras. O Alto Tribunal restrinxiu o ámbito da casación aos supostos de infracción de normas substantivas, en consonancia coa función *nomofiláctica* -gardadora da lei- e ao propio ámbito establecido no artigo 477.1 da Lei 1/2000, que ao referirse a leis aplicables *“para resolver as cuestións obxecto do proceso”* identifica este coa pretensión material deducida, entendendo que as cuestións procesuais, en sentido amplo, deben verse no recurso por infracción procesal, excluindo a posibilidade de que o interese casacional poida basearse en



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

xurisprudencia ou normas relativas a temas de natureza adxectiva (Autos de 27/11/2001, 23/4/2002).

Atendendo á exposición de motivos da Lei 1/2000, infírese que a razón desa disgregación de recursos foi reforzar a seriedade na formulación das cuestións procesuais, ampliar e intensificar a tutela xudicial ordinaria dos dereitos fundamentais de índole procesual. Sen embargo, a reforma non tivo boa acollida entre a doutrina, que en gran parte considerou inadecuada dende a denominación “recurso extraordinario por infracción procesual” ata a regulación do mesmo. Sendo de destacar, de entre as numerosas críticas dos procesualistas, a opinión de Arias Lozano, ao resaltar a diabólica situación en que se sitúa ao xusticiable que obtivo unha sentenza desfavorable en segunda instancia, xa que se ve obrigado a elixir entre un recurso ou outro con carácter excluínente; ademais, Navarro Hernán destaca como especialmente negativo que se veda ao Tribunal Supremo a súa inestimable labor de seguir garantindo coa súa uniforme doutrina, a aplicación igualitaria da lei, ao que se engade que se subtrae a dito Tribunal o coñecemento por vía casacional das infraccións do artigo 24 da Constitución.

A isto hai que engadir que non existe tampouco un fundamento que xustifique a atribución competencial a favor das Comunidades Autónomas, xa que o ordenamento procesual civil é competencia exclusiva do Estado e só se contempla a excepción relativa ás "necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das Comunidades Autónomas" (artigo 149.1.6 C.E.).



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Daquela, parece que non é de lamentar a supresión do chamado recurso extraordinario por infracción procesual, que non chegou a aplicarse, como se dixo anteriormente, e que non deixa de ser un recurso de casación, como se deduce do seu carácter extraordinario - require a concorrencia de motivos taxados na Lei- e dos efectos da sentenza que nel recaia, xa que o artigo 76 da LEC fala repetidamente de “casar” a resolución impugnada.

Coa reforma proxectada refórzase, entón, o papel do Tribunal Supremo como de garante da igualdade e seguridade xurídica na interpretación e aplicación do ordenamento xurídico estatal, ao ampliarse o ámbito obxectivo da casación, incluíndo no artigo 477.2 como motivo da mesma *“a infracción das normas procesuais reguladoras da sentenza, e das que rexen os actos e garantías do proceso cando a lei determine a nulidade ou se producise indefensión...”* Neste caso será preciso ter esgotado os recursos ordinarios para a denuncia da infracción da norma procesual e todos os medios que ofrece a lei para a emenda.

Tal como comenta Xiol Ríos no seu relatorio sobre a posición constitucional do Tribunal Supremo, nas Xornadas de conmemoración do XXV aniversario da Constitución de 1978, os tribunais de casación non teñen como razón de ser a de asegurar o predominio absoluto da lei fronte ao poder creador do xuíz, senón a garantía da unidade do sistema xurídico, da súa harmonización cos sistemas supraestatais e a efectividade dos principios de igualdade nos procesos de concreción da norma e de seguridade na resolución dos conflitos xurídicos. O propio Tribunal Supremo nas propostas de reforma en atención ás súas funcións constitucionais, ás que xa se fixo referencia neste informe, parte do punto de vista do seu cometido de unificación de doutrina e de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

harmonización do sistema no seu conxunto e cos ordenamentos supraestatais.

Fronte á situación actual, en que o interese casacional é un máis dos presupostos de recorribilidade en casación das sentencias ditadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais, xunto co obxecto do procedemento [de tutela xudicial civil de dereitos fundamentais -con excepción dos recoñecidos no artigo 24 da Constitución-] e a contía do asunto, no Anteproxecto de Lei, como se sinalou anteriormente, o recurso de casación configúrase en torno ao “interese casacional”, que constituirá o presuposto da casación e que se entenderá concorrente nos supostos taxados na Lei, en función de que o recurso se fundamente na infracción de normas substantivas ou de normas procesuais. No primeiro caso, o interese casacional descríbese no artigo 478 do Anteproxecto de forma semellante á vixente redacción do artigo 477.3, aínda que este precepto se viu matizado de forma profunda polos criterios adoptados no Acordo da Sala Primeira do Tribunal Supremo de 12 de decembro de 2000 que, no que se refire ao interese casacional o pon en relación coas sentencias recaídas en procesos ordinarios, verbais ou especiais determinados por razón da materia, excluindo os procesos ordenados por razón da contía, entendendo que estes teñen acceso á casación a través do presuposto do artigo 477.2.2º. Mantense, daquela, a opción legislativa de predeterminar na Lei que se entende por interese casacional ou mellor en que supostos se entende que concorre dito interese casacional, co cal, aínda que se permite o acceso á casación de calquera materia, se priva ao Tribunal de casación da posibilidade de valorar, con carácter amplo e fóra dos supostos enunciados na Lei, se un determinado asunto presenta interese casacional.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

2. Observacións ao articulado.

A nova regulación do recurso de casación estrutúrase nos Capítulos IV “Do recurso de casación”, V “Do recurso de casación competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza”, e VI “Do recurso en interese da lei”.

No Capítulo IV, que contén os **artigos 477 a 487**, contense a regulación do **recurso de casación** en todos os seus aspectos, ocupándose o 477 da determinación das resolucións recorribles e os motivos de casación, mentres que o artigo 478, de forma separada, recolle os presupostos da casación.

Polo que respecta ao ámbito obxectivo da casación, fronte á vixente normativa (art. 477.2 LEC), que restrinxen a casación ás sentencias ditadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais, cando concorran determinados presupostos -aos que se fará referencia a continuación- o Anteproxecto, no artigo 477.1 amplía ese ámbito a:

1º. As sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza, resolvendo as demandas de responsabilidade civil a que se refire o artigo 73.2 da Lei Orgánica do Poder Xudicial; tamén aos autos definitivos recaídos neses xuízos, exclusivamente en relación coa infracción de normas procesuais.

2º. As sentencias de segunda instancia das Audiencias Provinciais, sempre que producisen efectos de cosa xulgada.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

3º. As demais sentencias de apelación e os autos definitivos, ditados polas Audiencias Provinciais, unicamente respecto da vulneración de normas procesuais.

Esta ampliación que se recolle nos anteriores números 1 e 3, especialmente a do punto 3, xustifícase pola desaparición do recurso extraordinario por infracción procesal, cuxo coñecemento se atribúe, na vixente Lei de Axuizamento Civil ás Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza e cuxo obxecto o constitúen as sentencias e autos ditados polas Audiencia Provinciais que poñan fin á segunda instancia (actual art. 468 LEC), aínda que, como xa se dixo anteriormente, o réxime que de dito recurso deseña a Lei 1/2000 non chegou a aplicarse, rexendo ata agora o réxime transitorio da disposición final décimo sexta. Ademais, posibilitáase o acceso a casación das sentencias ditadas en única instancia polas Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza, nos supostos previstos no artigo 73.2 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, e dos autos definitivos recaídos en ditos procedementos, limitando a impugnación á vulneración de normas procesuais.

Por outra banda, respecto das sentencias ditadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais -recorribles en casación sen restrición por razón do motivo-, introduce o Anteproxecto a precisión de *“que producen efectos de cosa xulgada”*. Abórdase e dá resposta así a unha cuestión que deu lugar a un amplo debate doutrinal, xa que ante o que algún autor define como “ausencia manifesta de criterio legal do precepto” os maxistrados da Sala Primeira do Tribunal Supremo, en Xunta Xeral de 12 de decembro de 2000, adoptaron unha serie de *Criterios sobre recorribilidade, admisión e réxime transitorio en relación cos recursos de casación e extraordinario por infracción procesal regulados na nova LEC*, excluindo do recurso de casación as



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

resolucións xurisdicionais relativas a cuestións incidentais, como as resolucións pronunciadas en segunda instancia relativas a medidas provisionais ou definitivas en procesos de nulidade, separación e divorcio, as tercerías de dominio ou as impugnacións de taxacións de custas. Ditos criterios foron ben acollidos por algúns procesualistas e moi criticados por outros, que os cualificaron de “torpedo á casación”, entre eles De la Oliva Santos entendeu que o Acordo no que se adoptaron os mencionados criterios non era conforme nin á letra nin ao espírito da LEC, sendo o seu único fin o de conseguir unha notable redución da recorribilidade legal. Outros, como Blasco Gastó ou Aguilera Morales, aínda que non o comparten en todos os seus termos, consideran que o Acordo é un acto de defensa do Tribunal Supremo ante a configuración da casación na Lei 1/2000, que se non converte ao Tribunal Supremo nunha terceira instancia, abre tanto o acceso á casación a través do interese casacional que impedirá á Sala Primeira unha das súas funcións máis importantes no noso sistema, como é formar un corpo de doutrina xurisprudencial que sosteña a interpretación uniforme do ordenamento privado. Consideran ditos autores que se trataba de encontrar unha solución que permitise reconciliar o irreconciliable, é dicir, non excluír ningunha materia civil ou mercantil do ámbito da casación e, á vez, limitar o acceso a este recurso, para que o Tribunal Supremo poida crear doutrina xurisprudencial.

Parece, en consecuencia, que a delimitación das sentencias ditadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais, a efectos de casación en toda a súa amplitude -calquera que sexa o motivo en que se fundamente-, a aquelas que produzan efectos de cousa xulgada oriéntase no mesmo sentido e vén, dalgunha forma, a avalar os criterios adoptados pola Sala Primeira do Tribunal Supremo. En todo caso, debe valorarse como moi positivo que se despexe na lei procesual unha



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

cuestión de enorme transcendencia, como é a referida a que resolucións deben ter acceso á casación, que ata agora e trala entrada en vigor da Lei 1/2000 foi obxecto dun vivo debate e enfrontamento doutrinal e que, en definitiva, tivo que ser abordada polo propio Tribunal de casación, adoptando criterios que se botaban en falta no precepto legal.

No apartado 2 do mesmo artigo 477 establécese como motivos nos que deberá fundarse o recurso de casación, *“a infracción de normas substantivas aplicables ao obxecto do proceso”* e *“a infracción das normas procesuais reguladoras da sentenza, e das que rexen os actos e garantías do proceso cando a lei determine a nulidade ou se producise indefensión”*.

A Lei 1/2000, ao regular o recurso de casación, abandonou o sistema da Lei de 1881 que, tralas modificacións introducidas polas leis 34/1984 e 10/1992, enumeraba unha serie de motivos de casación referidos a infraccións de normas procesuais e substantivas, deseñando un recurso de casación cun motivo único *“a infracción de normas aplicables para resolver as cuestións obxecto do proceso”*. O Anteproxecto obxecto de informe, no artigo 477.2, volve a unificar, a efectos de casación, ambos os dous motivos facéndoo de forma ampla, sen describir supostos ou infraccións concretas como motivos de casación, descrición que se fai no artigo 478, en relación co *“interese casacional”*, que se proclama como presuposto do recurso de casación. Así o artigo 477.2 di que o recurso de casación deberá fundarse nos seguintes motivos: *“1º. Infracción de normas substantivas aplicables ao obxecto do proceso”*; *“2º. Infracción das normas procesuais reguladoras da sentenza, e das que rexen os actos e garantías do proceso cando a lei determine a nulidade ou se producise indefensión”*.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Posto este precepto en relación co artigo 479.2 do Anteproxecto, pódese afirmar que o recurso se poderá fundar nun dos motivos enunciados ou en ambos os dous, xa que se di que “...no escrito de preparación expresarse o motivo ou motivos en que se funde o recurso”. Supérase así a limitación no acceso á casación que supuxo a dicotomía entre recurso extraordinario por infracción procesual e recurso de casación, en que os litigantes se vían compelidos a optar por unha ou outra vía de impugnación.

O primeiro dos motivos enunciados refírese á infracción de “normas substantivas”, precisando a natureza da norma, o que non se fai na redacción vixente, que fala de “normas aplicables...” o que foi obxecto de crítica por parte da doutrina. En canto ao alcance da expresión “normas substantivas aplicables ao obxecto do proceso”, que podería, en sentido literal, abarcar todo tipo de norma con independencia do seu rango, a doutrina maioritaria mantén que as normas infrinxidas deben ser as derivadas das fontes do ordenamento xurídico a que se refire o artigo 1.1 do Código Civil, as normas comunitarias –consonte á súa natureza-, as leis orgánicas e ordinarias, os decretos leis, os decretos legislativos, os tratados internacionais, as disposicións legais autonómicas, as normas substantivas de dereito estranxeiro aplicables, así como as normas consuetudinarias e os principios xerais do dereito, non así as normas regulamentarias. A xurisprudencia sentou doutrina ao respecto, que non ten por que verse alterada pola nova redacción do artigo 477.2.1^o, no sentido de que o recurso de casación por infracción de norma xurídica se debe fundar na infracción de normas de dereito privado con rango de lei, civís ou mercantís, ou se non son de dereito privado (administrativas ou fiscais) que estean directa ou intimamente relacionadas con estas. Para que se poida invocar como infrinxida unha



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

norma de rango inferior, a Sala Primeira do Tribunal Supremo esixe que esta complemente ou aclare o disposto na norma civil ou mercantil infrinxida aplicable ao caso (SSTS 12/06/99; 27/09/99; 13/10/99; 20/10/99).

Como xa se indicou, o artigo 478 establece como presuposto do recurso de casación que presente “interese casacional”, eliminando os tres supostos enumerados na actual redacción do artigo 477.2, supostos que o Tribunal Supremo, no mencionado Acordo de 12 de decembro de 2000 e en numerosas resolucións, considerou distintos e excluíntes, de forma que só cabe preparar o recurso de casación ao amparo dun deles, o que formulou frecuentes problemas cos asuntos de contía absolutamente indeterminada cando o procedemento se substanciase por razón da contía, conforme aos artigos 249.2 e 253.3 da LEC, os cales quedan fóra da casación pola vía do artigo 477.2. 2º e tampouco son admitidos pola Sala Primeira do Tribunal Supremo pola vía do interese casacional, ao terse tramitado o procedemento por razón da contía e non da materia. Daquela, mesmo cando no vixente artigo 477 o interese casacional emerxe como criterio principal para determinar o acceso á casación, a concorrencia cos outros dous criterios, especialmente co da contía, foi perturbador, polo menos dende a rixida interpretación que fixo o Tribunal Supremo, polo que merece unha acollida favorable a opción de implantar o interese casacional como presuposto único da casación.

O interese casacional, con independencia da contía e do obxecto do proceso, vincúlase no Anteproxecto á concorrencia dalgún dos supostos que se establecen, que son distintos en función de que o recurso se funde na infracción de normas substantivas ou de normas procesuais. No caso de que o recurso se funde na infracción de normas



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

substantivas, entenderase concorrente o interese casacional nos supostos de *oposición da sentenza recorrida coa xurisprudencia do Tribunal Supremo; contradición entre a sentenza de segunda instancia e outra sentenza firme ditada pola mesma ou diferente Audiencia Provincial, porque en mérito a feitos e fundamentos substancialmente iguais se chegase a pronunciamentos distintos; aplicación de norma con vixencia inferior a cinco anos, sempre que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual ou semellante contido; oposición da sentenza recorrida á doutrina do Tribunal Constitucional, cando se ditase en proceso que teña por obxecto a tutela civil dos dereitos fundamentais, excepto os que recoñece o artigo 24 da Constitución.*

Non varía substancialmente o alcance que ao interese casacional se dá no Anteproxecto, en relación coa regulación vixente, aínda que se inclúe agora como un suposto de interese casacional a oposición da sentenza recorrida á doutrina do Tribunal Constitucional, cando se ditase en proceso que teña por obxecto a tutela civil dos dereitos fundamentais, excepto os que recoñece o artigo 24 da Constitución, incorporando así o que agora constitúe o primeiro suposto de acceso á casación no artigo 477.2.1º, independente do interese casacional, aínda que cun carácter máis amplo, xa que se refire ás sentencias ditadas “para a tutela xudicial civil de dereitos fundamentais, excepto os que recoñece o artigo 24 da Constitución.

Como se dixo anteriormente, parece máis adecuada a opción de establecer o interese casacional como presuposto único da casación, xa que a concorrencia deste con outros presupostos, que se revelou na práctica como perturbadora, foi mal acollida pola doutrina que, fundadamente, entendeu que a expresión “interese casacional” debería



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

interpretarse en sentido amplo, xa que calquera sentenza recorrible en casación o é porque presenta interese casacional, é dicir, interese que transcende ás partes procesuais, materializado nalgún dos supostos enumerados polo lexislador con carácter taxativo.

Tal como sucede na actual regulación da casación, no Anteproxecto a invocación de infracción da xurisprudencia do Tribunal Supremo ou de calquera dos outros supostos do artigo 478.2 non é suficiente, senón que cómpre que se exprese a infracción legal que se entende cometida, a teor do disposto no artigo 479 do Anteproxecto, en relación coa preparación do recurso, no que se establece que no escrito de preparación do recurso se debe expresar o motivo ou motivos en que se funde, as concretas infraccións legais que se consideren cometidas e xustificando en relación con cada unha delas o interese casacional. Nese proceso de xustificación esíxese razoamento sobre os termos en que se produce a contradición coa xurisprudencia, ademais do achegamento dos textos completos das sentencias que se citen do Tribunal Supremo. En caso de que se invoque a contradición da sentenza recorrida con outra da mesma ou diferente Audiencia Provincial, cómpre, ademais, que se razoe en que punto se produce a discrepancia así como a identidade substancial de feitos e fundamentos, e imponse que se presente copia certificada da resolución diverxente, con expresión da súa firmeza, ou acreditar documentalmente tela solicitado. No caso previsto no artigo 478.2.3º -aplicación de norma con vixencia inferior a cinco anos, sempre que non exista xurisprudencia do Tribunal Supremo relativa a norma anterior de igual ou semellante contido- será preciso argumentar sobre o tempo de vixencia da norma e a inexistencia de xurisprudencia.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Cando se fala de infracción da xurisprudencia do Tribunal Supremo, séguese a facer en termos xerais, sen precisar que se se trata exclusivamente da que dimana da Sala Primeira -como vén interpretando a propia Sala Primeira- ou da doutrina doutra Sala do Tribunal Supremo sobre materia civil. De todos os xeitos, non hai razón ningunha para facer unha interpretación distinta da que mantén reiteradamente a Sala Primeira, parece oportuno sinalar a conveniencia de introducir na norma esa precisión.

Chama a atención que no artigo 478.2.4º se introduza como suposto de concorrencia de interese casacional a oposición da sentenza recorrida á doutrina do Tribunal Constitucional, sempre que aquela se ditase en proceso que teña por obxecto a tutela dos dereitos fundamentais, excepto os do artigo 24 da Constitución, e, sen embargo, ao regular a preparación do recurso, no artigo 479, se omita calquera referencia a este suposto, deixando un inxustificado baleiro legal en canto á preparación do recurso de casación por infracción de normas substantivas cando o interese casacional se xustifique na concorrencia de dito suposto.

Cando o motivo do recurso sexa a infracción de normas procesuais concorrerá interese casacional: 1º. *Cando se refira a infracción producida na instancia única ou nas resolucións a que se refire o artigo 477.1.2º, con oposición á xurisprudencia do Tribunal Supremo ou aplicando normas sobre as que non exista xurisprudencia;* 2º. *Cando a vulneración se cometese no curso da segunda instancia, con oposición á xurisprudencia do Tribunal Supremo ou aplicando norma sobre a que non exista xurisprudencia.* Nestes supostos, conforme ao artigo 479.3, no escrito de preparación do recuso o recorrente deberá acreditar o esgotamento de todos os recursos ordinarios para a súa



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

denuncia e demais medios de emenda e complemento previstos legalmente.

Daquela, a infracción das normas procesuais que dá lugar á casación será unicamente a que se produza no curso da segunda instancia –as infraccións producidas en primeira instancia deberán depurarse na segunda instancia- ou na instancia única, sendo preciso que esa infracción procesual se manifeste á luz da xurisprudencia do Tribunal Supremo, salvo que sobre a norma aplicada non exista xurisprudencia.

A diferenza da actual regulación do recurso extraordinario por infracción procesual, que establece unha relación taxativa de motivos de recurso (art. 469), o Anteproxecto prescinde de calquera enumeración de supostos concretos, pero delimitando o interese casacional en función da “oposición” á xurisprudencia do Tribunal Supremo. Deberase entender, conforme ao dito anteriormente, que se refire á elaborada pola Sala Primeira.

Esta opción legislativa pode presentar o problema de situar no mesmo plano e outorgar, en principio, a mesma relevancia xurídica, a efectos casacionais, a calquera vulneración das normas procesuais, o cal, tendo en conta os efectos que á sentenza estimatoria da casación outorga o artigo 487.2 do Anteproxecto, pode redundar en maiores dilacións dos procedementos.

En canto á preparación do recurso, mesmo cando é o punto 3 do artigo 479 o que se ocupa do recurso que se funde en infracción de normas procesuais, mentres que no punto 2 se regula a preparación do recurso por infracción de normas substantivas, da literalidade do inciso



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

primeiro dese punto 2, que di que “...se expresará o motivo ou motivos en que se funde o recurso”, parece inferirse que ese primeiro inciso é de aplicación xeral á preparación do recurso calquera que sexa o motivo en que se funde, por outra banda, de non ser así, a regulación do 479.3 resultaría incompleta. Por esta razón se, tal como parece, esa é a vontade do lexislador sería conveniente que no parágrafo 3 se fixese unha referencia ou remisión ao punto anterior.

Refórzase o papel das Audiencias Provinciais na fase de preparación, ao establecer o artigo que tanto a resolución que teña por preparado o recurso como a que o denegue adopten a forma de Auto, no que se razoe sobre a recorribilidade en casación da resolución impugnada e a concorrencia dos requisitos formais establecidos no artigo 479.

Polo que respecta á tramitación do recurso, trala fase de preparación, á que se fixo referencia, as novidades que introduce o Anteproxecto son mínimas, máis alá da necesaria adaptación da regulación á existencia de dous motivos de casación diferentes en lugar do motivo único actual, sendo de destacar que a interposición debe facerse ante a Sala Primeira do Tribunal Supremo, amplíase a trinta días o prazo de presentación do escrito de interposición do recurso e prevese

a audiencia ao Ministerio Fiscal, ademais de á parte recorrente antes de resolver sobre a posible inadmisión do recurso.

O Capítulo V regula nos **artigos 488 e 489** o recurso de casación competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza. O primeiro de ditos artigos, no seu parágrafo 1, reproduce en esencia o contido do artigo 73.1 a) do Anteproxecto de Lei Orgánica de modificación da Lei



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Orgánica do Poder Xudicial, no que se refire á competencia das Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza para coñecer dos recursos de casación que se funden na infracción das normas de Dereito civil, foral ou especial, ou Dereito propio da Comunidade Autónoma na que teña a súa sede o Tribunal, e cando o correspondente Estatuto de Autonomía prevea esta atribución, completando a regulación ao precisar que dito recurso cabe contra as sentencias de segunda instancia, que producisen efectos de cousa xulgada e fosen ditadas polas Audiencias Provinciais, aínda que teñan sede fóra do territorio da Comunidade Autónoma, sempre que o recurso se funde, *exclusivamente ou xunto a outros motivos*, nesa infracción das normas de Dereito civil, foral ou especial, ou Dereito propio da Comunidade Autónoma.

No parágrafo segundo configúrase o interese casacional, *en relación cos motivos a través dos que se denuncie a infracción do Dereito civil, foral ou especial, ou Dereito propio da Comunidade Autónoma*, con base na oposición da sentenza recorrida á doutrina do Tribunal Superior de Xustiza ou na aplicación de normas que non leven máis de cinco anos en vigor, sempre que non exista doutrina do Tribunal Superior relativa a normas anteriores de igual ou semellante contido.

Non varía a fórmula de atribución competencial do Anteproxecto da vixente, xa que o actual artigo 478 atribúe ás Salas do Civil e Penal dos Tribunais Superiores de Xustiza o coñecemento dos recursos de casación contra as resolucións dos tribunais civís con sede na Comunidade Autónoma, sempre que o recurso se funde, *exclusivamente ou xunto a outros motivos*, en infracción das normas de Dereito civil propio da Comunidade Autónoma. Non obstante, a lectura e análise conxunta de ambos os dous parágrafos e a súa posta en relación co artigo seguinte (art. 489), que se remite á regulación do capítulo anterior



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

no que afecta á preparación, interposición, substanciación e decisión do recurso competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza, parece evidenciar ben unha utilización impropia do termo “motivos”, ou imprecisión ou mesmo contradición no que se refire aos motivos do recurso. Ao dicir que o recurso se pode fundar exclusivamente ou xunto a outros motivos, na infracción das normas de Dereito civil, foral ou especial, ou Dereito propio da Comunidade Autónoma, cabe pensar que se está unificando nun só motivo a infracción de ditas normas calquera que sexa a súa natureza, substantiva ou procesual, e que cando concorra dito motivo, mesmo cando se invoquen calquera dos xerais, establecidos no artigo 477.2, a competencia sería dos Tribunais Superiores de Xustiza. Sen embargo, no parágrafo segundo do mesmo artigo 488, ao establecer os supostos en que concorrerá interese casacional *“en relación cos motivos a través dos que se denuncie a infracción do Dereito civil, foral ou especial, ou Dereito propio da Comunidade Autónoma”*, parece que se remite aos dous motivos de casación establecido no citado art. 477.2, en relación exclusivamente con ese Dereito civil propio da Comunidade Autónoma. Interpretación que resulta congruente coa regulación xeral da casación. Por outra banda, o artigo 489.1 establece que *“a competencia da Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza estenderase a todos os demais recursos de casación presentados por distintos litigantes fronte á mesma sentenza”*, sen facer referencia ningunha a cal sexa o motivo ou motivos de impugnación dos demais recursos.

Daquela, mesmo cando se pode entender que o mantemento da mesma fórmula ou expresión utilizada polo vixente artigo 478, que foi interpretado pola doutrina como unha extensión da competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza ao coñecemento dos recursos de casación nos que se invoque como motivo, xunto coa infracción de



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

normas de Dereito civil propio da Comunidade Autónoma, normas de Dereito civil estatal, sobre cuxa interpretación e aplicación deberán pronunciarse, supón que non se formula variación ningunha en tal cuestión, conviría aproveitar a reforma legal para dar ao parágrafo 1 do artigo 488 unha redacción máis clara, que non deixe lugar a dúbidas de interpretación en relación co alcance ou ámbito obxectivo do recurso de casación competencia dos Tribunais Superiores de Xustiza.

O capítulo VI ocúpase do recurso en interese de Lei, nos **artigos 490 a 493**, introducindo unha importante modificación respecto da actual regulación. Xa que fronte a un recurso limitado, en canto ao seu obxecto, ás sentencias que resolvan recursos extraordinarios por infracción de lei procesual cando as Salas do Civil e Penal sostivesen criterios discrepantes sobre a interpretación de normas procesuais (art. 490), ao recurso en interese de lei que configura o Anteproxecto terán acceso os tres tipos de resolucións ás que fai referencia o art. 477.1, sempre que fosen ditadas en procesos nos que non fosen parte o Ministerio Fiscal, cando non se interpuxesen recursos polos litigantes, estes fosen rexeitados na súa totalidade ou se producise desestimento. A lexitimación para interpoñer o recurso se restrinxe ao Ministerio Fiscal, exclusivamente, e en canto á competencia para coñecer o recurso, que segue atribuída ao Tribunal Supremo, prevese que coñeza do recurso a Sala de Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza cando o recurso se dirixa contra unha sentenza ditada por unha Audiencia Provincial e se refira exclusivamente a norma de Dereito civil, foral ou especial, ou de Dereito propio dunha Comunidade Autónoma cuxo Estatuto lle atribúa a dita Sala competencia para coñecer da casación.

Este recurso, deostado por procesualistas como Prieto Castro ou Guaps, que o consideraron inxustificado e mesmo pernicioso, e ao que



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

non se pode recoñecer gran utilidade, debe ser necesariamente redeseñado como consecuencia da supresión do recurso extraordinario por infracción procesal, cuxo coñecemento se atribuía aos Tribunais Superiores de Xustiza, e que determinou que só mediante o recurso en interese da Lei puidese o Tribunal Supremo chegar a actuar efectivamente como superior en todas as ordes xurisdicionais (artigo 123 da Constitución), paliando unha situación de dispersión doutrinal sobre cuestións procesuais entre os distintos Tribunais Superiores e ámbitos territoriais. Desaparecido no Anteproxecto o mencionado recurso extraordinario por infracción procesal debe ser eliminado o recurso en interese da Lei, tal como está configurado no vixente artigo 490 da LEC, optando o Anteproxecto polo mantemento do recurso seguindo o modelo do antigo artigo 1718 da LEC de 1881 -coas diferenzas impostas polo novo sistema de recursos-, que o regulaba nunha sección cuxa rúbrica era *“Dos recursos interpostos polo Ministerio Fiscal”*. Efectivamente, no texto que se informa só se recoñece lexitimación para interpoñer o recurso ao Ministerio Fiscal, que só poderá formulalo cando non fose parte no proceso no que se ditase a resolución impugnada, e sempre que non se interpuxesen recursos polos litigantes ou non se chegasen a tramitar, debendo, en todo caso xustificar que concorre interese casacional.

Tal como sucede na actual regulación e sucedía na anterior, a sentenza que recaia no recurso en interese de Lei non alterará as situacións xurídicas particulares creadas pola resolución recorrida, limitándose os seus efectos, en caso de ser estimatoria, a formar xurisprudencia.

Polo que respecta á tramitación do recurso en interese da Lei a regulación contida nos artigos 491 a 493 resulta insuficiente, dentro dun



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

contexto normativo integrador, que non obrigue a acudir a normas aplicables a outras figuras xurídicas. Cabe sinalar, neste sentido, que non se precisa o órgano ante o cal se debe presentar o recurso, a diferenza do que fai o vixente artigo 492.1, pese a que a actual regulación é notablemente deficiente; introdúcese un trámite de admisión do recurso, sen embargo, omítese o establecemento dun prazo para resolver sobre tal cuestión. Si se establece prazo para ditar sentenza (art. 493.3), prazo que se omite na Lei 1/2000.

Polo que respecta ao **recurso de revisión**, a única modificación do Anteproxecto á LEC consiste en engadir un segundo parágrafo ao **artigo 509**, cun contido idéntico ao do artigo 73.1 b) da Lei Orgánica do Poder Xudicial, na redacción dada no Anteproxecto de Lei Orgánica pola que se modifica a anterior, polo que debemos remitirnos ao dito nos comentarios a mencionado precepto.

É todo canto ten que informar o Consello Xeral do Poder Xudicial.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Adición ao Informe sobre o Anteproxecto de Lei polo que se modifica a Lei de Axuizamento Criminal en materia de recurso de casación e dobre instancia penal, ademais doutras Leis procesuais

Como xa se adiantou na parte do presente Informe onde se analiza a reforma proxectada do recurso de casación penal, formúlase unha proposta de texto articulado das cuestións prexudiciais.

Nota. Non se considera necesario numerar os artigos para evitar confusión coas numeracións actual e do Anteproxecto, pero si son identificados mediante letras maiúsculas.

Capítulo (número que corresponda)

Do procedemento para a unificación de doutrina

Art. (A). O Tribunal Supremo coñecerá con carácter prexudicial das cuestións que, sobre a interpretación correspondente determinados preceptos legais, lle sexan sometidas por un órgano xudicial inferior de última instancia cando considere que, respecto a unha norma da que depende o sentido do fallo, debe apartarse da interpretación anteriormente dada polo Tribunal Supremo ou cando non exista en absoluto doutrina xurisprudencial sobre a norma.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Art. (B). A formulación da cuestión prexudicial farase dentro do prazo para ditar sentenza, cuxo transcurso quedará interrompido dende ese momento ata a resolución da cuestión.

O órgano xudicial concretará con claridade e precisión a cuestión, determinando separada e ordenadamente:

- a) As disposicións legais a que se refire.
- b) No seu caso, as resolucións do Tribunal Supremo que as interpretasen, acompañando copia delas.
- c) As razóns polas que entende debe apartarse desa interpretación para soste outra diferente.
- d) A incidencia que a interpretación alternativa podería ter na resolución que deba ditarse no proceso.

Art. (C). A formulación da cuestión poderá facerse de oficio ou a instancia de parte.

No primeiro caso, o órgano xudicial dará previa audiencia ás partes por un prazo común de tres días.

No segundo caso, as partes poderán interesar do órgano xudicial a presentación ao formular as súas respectivas conclusións definitivas ou, a continuación das últimas, solicitando unha quenda especial para isto. En todo caso a petición axustarase ás esixencias do art. (B).

Art. (D). O Tribunal Supremo decidirá nunha Sala constituída en Pleno.



CONSELLO XERAL DO PODER XUDICIAL

Art. (E). Designado o Relator, a Sala pronunciarase sobre a admisibilidade da cuestión prexudicial.

Se a cuestión fose admitida a trámite, citarase ao Ministerio Fiscal r ás partes para que aleguen por escrito respecto da cuestión formulada por un prazo común non superior a 10 días.

Art. (F). O Pleno da Sala ditará sentenza no prazo de 10 días.

Art. (G). A interpretación legal contida na sentenza do Tribunal Supremo será obrigatoria para todos os órganos xudiciais, sen excepción, e será aplicada no proceso no que foi formulada polo órgano xudicial competente.

Art. (H). O Fiscal Xeral do Estado está lexitimado para interpoñer ante o Tribunal Supremo un recurso en interese de lei contra toda sentenza comprendida no art. (B) ditada por un Tribunal apartándose da xurisprudencia do Tribunal Supremo, sen ter formulado a cuestión prexudicial de unificación xurisprudencial. O trámite deste recurso rexerese polas normas deste Capítulo. A resolución do Tribunal Supremo non afectará en ningún caso á situación do acusado, pero terá carácter vinculante no sucesivo nos termos do art. (G).

E para que conste e teña efectos, estendo e asino a presente en Madrid, a cinco de outubro do ano dous mil cinco.