

EL TRIBUNAL SUPREMO COMO MERO ÓRGANO UNIFICADOR DE DOCTRINA: LA POSIBLE AFECTACIÓN DE SU GARANTÍA INSTITUCIONAL

MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

«Pero a veces ocurre que el cambio constitucional sobreviene por asuntos de poca importancia, [...] cuestiones que muchas veces no se advierte que estén provocando un cambio importante en las instituciones legales.»

ARISTÓTELES (*Política*, Libro V, capítulo III, 10)

I. INTENCIONES.—II. ¿POR QUÉ MODIFICAR EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN?: EL ORIGEN Y UN MOTIVO PARA LA REFORMA: II.1. *La reforma emprendida: el Informe presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros el 17 de julio de 2005.* II.2. *Los antecedentes más recientes de la iniciativa legislativa: las Proposiciones no de Ley del Grupo Parlamentario Vasco.* II.3. *Las propuestas del Libro Blanco de la Justicia en relación con el Tribunal Supremo y el recurso de casación como antecedente de la reforma: en particular, la cuestión del ius constitutionis y del ius litigatoris.*—III. LA UNIDAD COMO NORMA FUNDAMENTAL: UNA MANIFESTACIÓN CONCRETA A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL: III.1. *La unidad jurisdiccional en el Estado compuesto: III.1.a) ¿«Descentralizar» la administración de Justicia o la Administración de la administración de Justicia?: los artículos 117.5 y 149.1.5.ª de la Constitución.* III.1.b) *Su intersección (o no) con el principio de autonomía.* III.2. *Un Poder Judicial único, un solo Ordenamiento Jurídico: la unicidad como exigencia para la unidad.* III.3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional: de la quiebra de la unicidad del Poder Judicial al debilitamiento de la independencia de sus titulares.* IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU AFECTACIÓN POR LA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN.—IV.1. *El artículo 123.1 de la Constitución: Una garantía institucional.* IV.1.a) *Los Tribunales Superiores Justicia: Cortes de Casación por razón de territorio y respecto de los subsistemas ordinamentales autonómicos.* IV.1.b) *Tribunales Supremos, Cortes de Casación.* IV.2. *Modificar la configuración institucional del Tribunal Supremo: la reducción de sus atribuciones al conocimiento del recurso de unificación de doctrina.* IV.2.a) *Una aproximación a la naturaleza del recurso de casación: IV.2.a).i) De nuevo sobre el ius constitutionis y el ius litigatoris; su significado conforme a su origen.* IV.2.a).ii) *Tres funciones atribuidas al Tribunal Supremo a través del conocimiento de dos recursos.* IV.2.b) *¿Unificar doctrina es lo mismo que crear una jurisprudencia uniforme?* IV.3. *La*

pronosticada reducción de las atribuciones del Tribunal Supremo frente al correlativo incremento de las funciones de la jurisdicción ordinaria en el control indirecto de constitucionalidad de las leyes por influencia del Derecho comunitario: una posible contradicción con el artículo 123.1 del Texto Fundamental.— V. CONCLUSIONES.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTENCIONES

La inexplicable sensación de libertad que da volar sobre un paisaje que, observado desde la altura, se asemeja más a una bella pintura que a la realidad que en ella se suele esconder, es una gran tentación difícil de superar cuando la alternativa es caminar por un suelo en el que los colores desaparecen y surgen manchas o trazos que, a veces, es preciso ocultar para que la vista desde lo más alto siga produciendo aquella sensación.

La vista desde la altura, sin embargo, no permite ver ni la realidad ni la esencia de las cosas que la conforman. Por ello, aunque quizás más arriesgado, siempre será más real y sincero caminar que volar para comprender qué es lo que, en la base de todo, existe y sirve de fundamento para construir, sin manchas ni trazos erróneos, los elementos que integrarán el paisaje en su conjunto.

Asumiendo entonces el riesgo que supone tener que saltar los obstáculos que encuentra quien camina y no quien simplemente sobrevuela, intentaremos exponer las reflexiones que nos suscita la sugerente solución propuesta a un problema en el que parecen quedar concernidos más intereses de los que desde la altura se observan: la necesidad de devolver (si es que la perdió) la «dignidad institucional» a una institución; la obligación de garantizar (a tiempo) la tutela judicial efectiva de quienes acuden a esa institución superior reclamándola y, finalmente (o primeramente), la aspiración a la «territorialización» completa de los tres poderes del Estado, son todas cuestiones que subyacen en la reforma legislativa puesta en marcha con objeto de modificar el régimen legal del recurso de casación.

La tarea que, sin embargo, ocupará nuestras siguientes líneas no vendrá referida al examen de las novedades propuestas sino al de la base que sustenta dicha reforma, esto es, a las finalidades a las que sirve el recurso de casación y, especialmente, a si la consecuencia de la modificación de su régimen, convirtiendo al Tribunal Supremo —el encargado de su resolución— en un mero órgano unificador de doctrina, va más allá de un simple cambio en las leyes procesales, comprometiendo directamente la configuración que del Alto Tribunal consagra la Norma de normas.

II. ¿POR QUÉ MODIFICAR EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN?: EL ORIGEN Y UN MOTIVO PARA LA REFORMA

La genérica reclamación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha convertido, desde la promulgación del Texto Constitucional en 1978, en un lugar común que, pese a ser —o precisamente por serlo— transitado a diario por los oficialmente denominados juristas —sea cual fuere el verdadero significado de este término y la naturaleza que defina a quién debería o no ser aplicado— y por quienes, del mismo modo oficial, no ostentan tal condición, sigue requiriendo continuas precisiones que delimiten su verdadero alcance.

No es difícil, por ello, leer o escuchar la invocación indiscriminada del artículo 24.1 de la Constitución, que consagra expresamente tal derecho, para intentar ampararlo todo, para fundar las reclamaciones realizadas por uno, o por todos, en defensa de los derechos e intereses legítimos de uno mismo, o de todos; unos derechos e intereses cuya protección, en última instancia, queda residenciada en los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, en los términos y con las garantías a los que más adelante tendremos ocasión de referirnos.

Por lo que hasta ahora se ha dicho es posible, entonces, colegir —seamos o no juristas— que de la delimitación constitucional de la tutela judicial efectiva a la consideración vulgar de la misma como un derecho absoluto, cuya mera mención parece poder legitimarlo todo, hay una gran distancia que en ocasiones intenta superarse pasando por encima de aquello que la marca: configuración legal del derecho, interpretaciones del mismo y, cómo no, de otros derechos de la misma naturaleza fundamental que éste del que hablamos, así como principios cuyo ámbito de aplicación ha de respetarse también en combinación con todos los demás (1) que informan nuestro ordenamiento jurídico.

Deberemos, por tanto, centrar los términos de esta exposición, lo que será útil, y hasta conveniente, hacer siguiendo a De Otto (2) y distinguiendo entre la tutela encaminada a la protección de la estricta legalidad y la impetrada para la protección de un interés, que hace que la primera mencionada no deba ser articulada siempre, y sólo, como tutela judicial. En ambos supuestos, sin embargo, se produce la defensa del ordenamiento, con la actuación del principio de

(1) Nos referimos, en particular, al derecho a la igualdad, a la prohibición de discriminación, a la unidad —y a su concreción: unidad jurisdiccional— y a la seguridad jurídica, ejes sobre los que, es posible ya adivinarlo, se pretenderá construir la argumentación de este trabajo.

(2) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 35 y 36.

seguridad jurídica, en el primer caso, y mediante la matización —por el propio interés cuya protección se reclama— de la eficacia de la tutela de la mera legalidad, en el segundo.

Es esta visión dual de la tutela judicial la que nos sirve para encuadrar en la actualidad el régimen de la casación, un recurso extraordinario que —aún— sirve simultáneamente ambas finalidades: de un lado, la de protección del interés que subyace en la impugnación que se realiza a través del mismo del fallo pronunciado en la instancia y, de otro, la función nomofiláctica y unificadora que caracteriza a la jurisprudencia que sirven a crear los pronunciamientos dictados en la resolución de dichos recursos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.6 del Código Civil.

Bien es verdad que el ejercicio de ambas funciones, simultáneamente o por separado, exige por parte de cada una de las Salas del Tribunal Supremo una multitud de pronunciamientos cuya masiva solicitud ha producido notables —cierto que en unas Salas más que en otras— retrasos en su dictado y que han llevado a reformar —conservando esencialmente la naturaleza y funciones que ha tenido desde su implantación— en distintas ocasiones el recurso de casación. Por ello, todas las reformas del régimen casacional producidas hasta ahora (3) han tratado de atender al problema de la acumulación de asuntos sometidos al conocimiento del Alto Tribunal, introduciendo modificaciones tendentes a disminuir el tiempo que quien solicita su protección ha de esperar para obtener la correspondiente resolución.

Es, por tanto, de nuevo la bandera de la tutela judicial —concretada, en este caso, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas— la enarbolada siempre para justificar las reformas llevadas a cabo hasta ahora en materia de recurso de casación; y es a ésta misma, según se expresa en su Exposición de Motivos, a la que sirve también a la que nos ocupará en este trabajo a partir de ahora.

Sentado lo anterior, se está entonces en condiciones de responder a uno de los interrogantes formulados en el encabezamiento de este epígrafe: es la protección de la tutela judicial efectiva —concretada en el derecho a un proceso sin dilaciones— el motivo (declarado) de la reforma que está en marcha (4).

(3) Desde la introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, pasando por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y llegando a la más reciente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(4) En fecha 13 de febrero de 2008 (tan sólo unos días antes de la fecha en que se corrigen las pruebas de imprenta para la publicación del presente trabajo) se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 675, Congreso de los Diputados, la Resolución de la Mesa

Pasemos, entonces, a intentar despejar la otra incógnita: la del origen de las sustanciales modificaciones que se pretenden llevar a cabo.

II.1. *La reforma emprendida: el Informe presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros el 17 de julio de 2005*

En la reunión celebrada el día 15 de julio de 2005, el Ministerio de Justicia, en cumplimiento del trámite previsto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, presentó al Consejo de Ministros sendos Informes, el primero, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de organización territorial de la Administración de Justicia, y el segundo, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras, en materia de recurso de casación (5).

El Consejo de Ministros dio luz verde a los referidos informes facilitando, a través de su Portavoz, información para público conocimiento (6) en la que se ponía de manifiesto, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, que con la reforma emprendida se pretende acometer *«el cambio en la estructura judicial para conseguir una Justicia de calidad, rápida y cercana a los ciudadanos»*, así como *«impulsar la mejora de la Justicia tanto en el primer escalón de la organización judicial como en la cúspide, por lo que se intensificará la función unificadora del Tribunal Supremo para impartir doctrina»* al tiempo que se *«potenciará a los Tribunales Superiores de Justicia para que cumplan el papel de ser la cúspide de la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas»*, debiendo para ello tenerse presente *«que un Estado debe asentarse sobre el principio de pluralidad de fuentes en relación con las normas emanadas*

de la Diputación permanente por la que se hace público, una vez producida la disolución de la Cámara, que la reforma que sirve de pretexto para las reflexiones contenidas en las presentes líneas ha caducado.

Todas las referencias que, en la parte inicial de este estudio, se hacen a dicha reforma habrán, pues, de leerse con esta nueva perspectiva: el de una reforma legislativa emprendida pero —por ahora— no consumada.

(5) Toda la información relativa a la tramitación de esta iniciativa legislativa se puede consultar en la dirección de internet: www.congreso.es, bajo el número de identificación 121/000069.

(6) La información a la que se hará referencia expresa a continuación en el texto principal pudo obtenerse en la dirección de internet de la Presidencia del Gobierno: <http://www.la-moncloa.es>, en el enlace «Portavoz» y seleccionando la fecha de celebración del Consejo de Ministros (15 de julio de 2005).

de las Comunidades Autónomas, así como en la unidad de ordenamiento e igualdad de derechos en la aplicación de éstas y de las emanadas del Estado».

En la misma información facilitada a los ciudadanos se resaltaba que las modificaciones en cuestión responden al compromiso adquirido con ellos y, con expresa referencia al Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, se decía que las reformas puestas en marcha han de afrontarse para *«lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo»* potenciando *«su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales»*.

Pese a tal formulación —debe hacerse aquí un inciso— esta potenciación de su papel como órgano jurisdiccional superior parece, sin embargo, traducirse de modo contradictorio en una reducción del Tribunal Supremo al papel de órgano unificador, en los distintos órdenes de la jurisdicción, de una doctrina que, siendo estrictos con los términos utilizados por el artículo 1.6 del Código Civil, sería dudoso calificar de jurisprudencial, quedando privado o, cuando menos, muy constreñido en la función de crear tal jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, limitándolo a la de decidir cuál de las interpretaciones de las fuentes del Derecho dada por otro órgano jurisdiccional —o, como mucho, por él mismo cuando aún creaba jurisprudencia— es la que debe seguirse (7).

(7) Aun cuando la exposición pormenorizada de la regulación que se contiene en la reforma legislativa a la que en este trabajo nos referimos no se incluye entre los objetivos del mismo, sí resultará útil reseñar algunos datos de interés que, respecto a dicha regulación, se resaltan en el Informe emitido en fecha 5 de octubre de 2005 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, cuyo contenido íntegro puede consultarse en la sección «Informes del CGPJ», de la página web del propio Consejo a la que se accede desde la dirección: www.poderjudicial.es.

Así, el Informe mencionado se ocupa de analizar las modificaciones propuestas en los tres órdenes jurisdiccionales concernidos (civil, penal y contencioso-administrativo), señalando respecto al mencionado en segundo lugar que «la reforma se orienta [...] a adaptar el recurso de casación a la puesta en marcha de la doble instancia penal, ciñendo su ámbito al que es propio de un recurso extraordinario con finalidad unificadora. [...] A la Sala Segunda del Tribunal Supremo le corresponderá unificar los pronunciamientos contrarios a su jurisprudencia, o los pronunciamientos entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, y fijará la jurisprudencia sobre normas nuevas...» (pág. 5 del Informe).

En relación con la reforma propuesta en materia de recurso de casación en el orden contencioso-administrativo el Informe del Consejo constata cómo «se reserva al Tribunal Supremo la unificación de doctrina en relación con las normas estatales y a los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la interpretación y aplicación del ordenamiento autonómico. En el nuevo sistema de casación se distingue entre la casación contra resoluciones dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la casación contra las emanadas de la misma Sala de los Tribunales Superiores de Justicia, así, mientras en el primer caso la reforma

Pero de esta cuestión también tendremos ocasión de ocuparnos más adelante.

II.2. *Los antecedentes más recientes de la iniciativa legislativa: las Proposiciones no de Ley del Grupo Parlamentario Vasco*

Siguiendo con la exposición de los antecedentes de la reforma de la que trataremos, que nos llevará a establecer su verdadero origen, resulta obligado recordar que, presentada el 6 de mayo de 2004 por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados, la Mesa de la Cámara acuerda, con fecha 11 de mayo siguiente, admitir a trámite (8), para su conocimiento por el Pleno, una Proposición no de Ley en cuyo artículo 1 se afirma que «el Tribu-

se construye sobre el interés casacional —integrado, entre otras, por la contracción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo— como uno de los presupuestos de recurribilidad, en el segundo caso la función unificadora se manifiesta en toda su extensión. Igualmente, se atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de los recursos que se interpongan contra las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que hayan declarado nula o conforme a Derecho una disposición general emanada de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, únicamente cuando se trate de depurar la infracción de normas estatales o comunitarias europeas» (págs. 5-6 del Informe), añadiendo en relación con esta cuestión que «la casación “ordinaria” queda reservada tan sólo para las sentencias y autos de la Audiencia Nacional» (pág. 91) en los supuestos previstos en el artículo 86 del Proyecto de Ley, quedando excluidas de dicho recurso las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de modo que cuando una de estas Sentencias se dicte con infracción de normas de Derecho estatal o comunitario (en los términos previstos para el acceso a la casación conforme al art. 88), si tal resolución no contradice ninguna otra Sentencia el Tribunal Supremo no tendrá oportunidad de fijar doctrina (pág. 91). Tal laguna, finalmente, no queda, a juicio del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, cubierta con la existencia del recurso en interés de ley, pues «para que pueda acudir a este recurso se exige no sólo que la doctrina sea gravemente errónea o dañosa —lo que añade un plus de admisibilidad—, sino que una Administración territorial tenga interés en que esa doctrina se rectifique pues son las que están legitimadas» (pág. 91).

Por último, en el orden civil el recurso de casación, incluso para fijar jurisprudencia sobre normas nuevas, tiene como presupuesto de recurribilidad el «interés casacional», cuya apreciación queda delimitada por la función meramente unificadora del recurso.

Como se puede apreciar, las modificaciones legislativas en trámite giran en torno a un recurso, el de casación, cuya denominación expresa no llega del todo a desaparecer pero cuya transformación queda, sin embargo, al descubierto con la función meramente unificadora que a partir de dichas modificaciones se le atribuye; un efecto limitador que afecta, como expondremos, en sus atribuciones y en su consideración de Tribunal de Casación, a la institución Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior que está llamado a resolverlo.

(8) Acuerdo publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie D: General, núm. 15, de fecha 14 de mayo de 2004. La Proposición no de Ley se tramitó bajo el número 162/000054.

nal Supremo debe centrarse en la unificación de doctrina como única función, en atención a la salvaguarda del *ius constitutionis* y se insta «al Congreso de los Diputados a proceder a las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes de procedimiento para conseguir el fin enunciado en el artículo 1 de la presente Proposición no de Ley, garantizándose de esta manera la dignidad institucional que debe reconocer al Tribunal Supremo y confiriéndole a su carga de trabajo una dimensión aceptable».

En la Exposición de Motivos de esta Proposición no de Ley se pone de manifiesto por el Grupo que la presenta la urgencia de acometer un debate sobre la naturaleza y características del recurso de casación, pasando a hablar directamente de una «*reforma*» que consistiría en atribuir al Tribunal Supremo la defensa del denominado “*ius constitutionis*”, reservando sus competencias casacionales al recurso de casación para la unificación de doctrina, «*prescindiendo de la casación derivada del denominado “ius litigatoris” atribuyendo la casación ordinaria a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*». De igual modo, el referido Grupo Parlamentario justifica su Propuesta siguiendo las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia y, se dice, «*particularmente en coherencia con el carácter compuesto, no unitario, del Estado español. Los requerimientos constitucionales sobre la estructura territorial-institucional del Estado español, su organización en Comunidades Autónomas, debe reflejarse también en la estructura y organización de su Administración de Justicia*».

La Proposición no de Ley a la que nos venimos refiriendo fue, sin embargo, retirada y aceptada su retirada por Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 1 de junio de 2004 (9).

En esa misma fecha de 1 de junio de 2004, la Mesa del Congreso de los Diputados admite a trámite (10) una nueva iniciativa presentada el día 29 de mayo anterior por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que, ofreciendo en su Exposición de Motivos prácticamente la misma justificación que en la anteriormente presentada y retirada, varía su contenido, que ahora es el siguiente: «*El Congreso de los Diputados manifiesta que el Tribunal Supremo debe centrarse en la unificación de doctrina como única función casacional, en atención a la salvaguarda del “ius constitutionis”*».

A los efectos anteriormente indicados se insta al Congreso de los Diputados a proceder a las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás

(9) Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie D: General, núm. 29, de 4 de junio de 2004.

(10) El Acuerdo se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie D: General, núm. 29, de 4 de junio de 2004.

leyes de procedimiento para conseguir el fin enunciado en el artículo uno de la presente proposición no de ley, garantizándose de esta manera la dignidad institucional que debe reconocer al Tribunal Supremo y confiriéndole a su carga de trabajo una dimensión aceptable».

La admisión a trámite (11) de esta Proposición no de Ley dio lugar a su discusión en la sesión plenaria celebrada el día 28 de septiembre de 2004 (12). En ella se debatió, además, la enmienda —finalmente considerada de sustitución— presentada por el Grupo Parlamentario Socialista con el resultado de su aprobación en los términos a los que más adelante haremos referencia.

En el desarrollo de la sesión y en defensa del contenido del texto propuesto, el portavoz para esta ocasión del Grupo Parlamentario Vasco expuso como fundamento de la Proposición no de Ley presentada la necesidad de aspirar a una mayor eficiencia en el servicio público de la Justicia, llegando a dudar si, como consecuencia de la actual regulación del recurso de casación en los distintos órdenes jurisdiccionales, la gran acumulación de asuntos pendientes de resolución en las distintas Salas del Tribunal Supremo permitía considerar «*que se esté cumpliendo el mandato constitucional relativo a la tutela judicial efectiva*». Así, para la consecución de este primer objetivo marcado distingue entre el denominado *ius constitutionis* —cuyo ejercicio quedaría en manos del Tribunal Supremo a través del recurso para unificación de doctrina— y el *ius litigatoris* —traducido, también según el interviniente, en el derecho de los litigantes a una última instancia procesal, la casacional— que sería atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia, sin que frente a ello exista ningún obstáculo en el conjunto de normas que integran el llamado el bloque de constitucionalidad.

Junto a ello, el Grupo Parlamentario Vasco defiende su iniciativa manifestando que debe avanzarse en el camino hacia la consecución de un ideal de justicia, en este caso, desde una perspectiva puramente material. Y tal avance lleva al mismo a la exposición del que parece, más que un medio para conseguir el primero expuesto, un segundo objetivo de la reforma que se insta. A tal efecto recuerda el carácter «*compuesto*» y no «*unitario*» del Estado español, carácter que, reconocido en el ámbito tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, «*no ha sido todavía incorporado al Poder Judicial, a la Administración de Justicia, ni tampoco a la función jurisdiccional, función esencial que constituye un poder del Estado*».

(11) Tramitada con el núm. 162/000091.

(12) El desarrollo de la sesión plenaria puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2004, VIII Legislatura, núm. 34, Sesión Plenaria núm. 30, celebrada el martes 28 de septiembre de 2004.

En el desarrollo de la sesión del Pleno del Congreso de los Diputados en que se debatió la Proposición no de Ley a la que nos estamos refiriendo intervino a continuación, en defensa de la enmienda que presentó su Grupo, el diputado socialista Sr. Rascón. El parlamentario pone de manifiesto que con la enmienda en cuestión se pretende instar al Gobierno para que se *«acometan las reformas legales pertinentes tendentes a convertir de verdad el recurso de casación en un recurso extraordinario para la unificación de la doctrina»* y expone cómo, en opinión del Grupo al que representa, los artículos 123 y 152 de la Constitución, lejos de ser confrontados, deben considerarse complementarios, pues *«si el Tribunal Supremo es el Tribunal máximo, supremo, de todos los españoles, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas son aquéllos que, en el seno territorial de la Comunidad Autónoma —sabemos que el Poder Judicial no es un poder de la Comunidad Autónoma—, tiene que resolver los pleitos en última instancia»*.

A continuación, apoyan la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y la enmienda formulada a la misma por el Grupo Parlamentario Socialista, los Grupos Parlamentarios de Coalición Canaria, Izquierda Republicana de Cataluña y Catalán.

Tras las sucesivas intervenciones de aquéllos, el Sr. Astarloa, sin embargo, toma la palabra, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, para expresar la posición de su Grupo respecto a la cuestión debatida, poniendo así de manifiesto cómo la propuesta debatida responde, en su opinión, a un doble planteamiento: de un lado, *«hacer más ágil y más eficaz el funcionamiento del Tribunal Supremo, actuando sobre el recurso de casación, pero no cuestiona por ello el trazado del Poder Judicial como poder único...»*; y, de otro, *«acometer la reforma de la casación por exigencia de nuestro modelo territorial que para algunos aconseja acomodar de un modo nuevo el Poder Judicial al Estado de las Autonomías [...] En definitiva, una resolución de los asuntos agotada en el propio ámbito territorial; en definitiva, un Poder Judicial propio basado en un planteamiento político»*.

De igual modo, el Grupo Parlamentario Popular se muestra contrario a la división que se propugna entre *ius constitutionis* y *ius litigatoris*, argumentando que *«No existe un solo modelo que desapodere al Tribunal Supremo del ius litigatoris, [...] Ni siquiera en los sistemas federales se deja en pura definición del ordenamiento jurídico, sino que tienen por función velar por la aplicación y efectividad del derecho federal y la igualdad sustancial de los derechos fundamentales para toda la federación»*, y proponiendo, para terminar, otras soluciones que pasarían por el incremento de los medios con que cuenta el Tribunal Supremo y la mejora de las previsiones legales y materiales para redimensionar

la casación, pasando por un nuevo sistema de control para el acceso al recurso de casación sin privar de su conocimiento al Tribunal Supremo.

Como resultado del debate celebrado, la Proposición no de Ley quedó aprobada (13), con la enmienda presentada, con el siguiente texto final (14):

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

II.3. *Las propuestas del Libro Blanco de la Justicia en relación con el Tribunal Supremo y el recurso de casación como antecedente de la reforma: en particular, la cuestión del “ius constitutionis” y del “ius litigatoris”*

Las referencias que algunos portavoces de los Grupos Parlamentarios en el Congreso hicieron al Libro Blanco de la Justicia (15) en el debate sobre la Proposición no de Ley presentada para la reforma del recurso de casación nos obliga breve, aunque necesariamente, a recordar los contenidos que, respecto a la cuestión que nos ocupa, forman parte de dicho texto.

Encontramos, así, que la situación en que se encuentra el Tribunal Supremo en el año 1997 — fecha a la que se contrae el estudio que sirve de base a las conclusiones vertidas en el Libro al que nos referimos — no difiere en gran medida de la que en la actualidad caracteriza su funcionamiento: un número elevadísimo de recursos de casación pendientes de admisión, tramitación o resolución ante las distintas Salas. Resultará por ello — y porque, aunque la naturaleza de la casación es la misma en todos los casos (es un recurso de carácter extraordinario), los requisitos y motivos son diversos en cada orden jurisdiccional —, resultará, decíamos, imprescindible (y, más aún, clarificador) que nos refiramos a las conclusiones, previsiones y propuestas que, en relación con los tramitados ante las distintas Salas, se contienen para este tipo de recurso en cada uno de los diversos órdenes jurisdiccionales.

Por razones que luego se explicarán, y faltando a la sistemática que impondría una mera cuestión de orden, no comenzaremos, sin embargo, esta exposi-

(13) La votación final arrojó un resultado de 322 votos emitidos: 184 a favor, 4 en contra y 134 abstenciones.

(14) Puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie D: General, núm. 79, de 5 de octubre de 2004.

(15) *Libro Blanco de la Justicia*, vol. I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

ción por la referencia a la situación de la Sala Primera sino a la de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo. En relación con esta última, el Libro Blanco (16) se refiere al recurso de casación en materia penal, reconociendo que el mismo ha perdido en gran medida la función unificadora de aplicación y desarrollo de los grandes principios y garantías que deben regir en este orden jurisdiccional. La solución para su recuperación pasaría, según se expone, por la reducción de las causas o motivos por los que se puede acceder a la vía casacional, medida que, en todo caso, habría de ser complementada con una nueva articulación de la garantía de la doble instancia en correspondencia con un incremento en sus atribuciones a unas infrautilizadas Salas de lo Civil y Penal (para actuar, obviamente, en este caso como Salas de lo Penal) de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

No obstante lo anterior, el otorgar nuevas competencias no se contempló en ningún momento como posibilidad de atribuir el conocimiento del recurso de casación a las mencionadas Salas de lo Civil y Penal, sino que, por el contrario, se mantenía la competencia del Tribunal Supremo en relación con un recurso de casación —eso sí, de ámbito más reducido— promoviendo el que dejara de actuar como órgano garante de una segunda instancia penal que quedaría residenciada en las Salas de los Tribunales de las respectivas Comunidades Autónomas, a través del correspondiente recurso de apelación. Como vemos, la propuesta no pasaba por desapoderar al Tribunal Supremo como órgano superior en el orden jurisdiccional penal ni por reconvertir a los Superiores de Justicia de las Comunidades Autónoma en Tribunales de casación sino de apelación.

La situación, por su parte, de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo no presentaba unos perfiles mucho más prometedores, pues, junto a sus funciones como Tribunal de Casación, ha de actuar como órgano jurisdiccional en relación con recursos tramitados en única instancia. La solución para mejorar el retraso en la resolución de los recursos de una Sala que había —ha— de examinar, uno por uno en el trámite de admisión, los más de doce mil (17) recursos de casación que entran al año pasaba, según se consigna en el Libro Blanco de la Justicia, por la desaparición del criterio meramente cuantitativo para el acceso al recurso de casación a cambio de la utilización de un sistema en el que se restrinja, al tiempo que se garantiza, el acceso de todos aquellos asuntos que presenten un «interés casacional» con in-

(16) *Libro Blanco...*, *op. cit.*, págs. 222 a 226.

(17) Este número de recursos es referido en el *Libro Blanco...*, *op. cit.*, pág. 256. El volumen de recursos de casación que llegan a la Sala Tercera se incrementó en el año 2004 hasta superar los 13.000 asuntos.

dependencia de la materia o cuantía del recurso tramitado en la instancia. Junto a ello, y en contrapartida pero de modo complementario, habría de potenciarse la función de la propia Sala como órgano unificador de doctrina, atribución que se consideró complementaria, nunca excluyente, de una posible restricción del acceso a la casación.

Tampoco en este caso, como se puede deducir, se propuso la privación al Tribunal Supremo de sus funciones como Tribunal de Casación en sentido estricto, ni su reducción a la de mero órgano encargado de unificar doctrina.

En tercer lugar, es obligada la referencia a la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo. Esta Sala no presentaba, a la fecha de elaboración del informe que sirvió de base al Libro Blanco al que nos venimos refiriendo, grandes problemas en relación con el recurso para la unificación de doctrina que, siendo procedente contra las Sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, no parecía estar necesitado de modificación o reforma teniendo en cuenta los datos manejados: la Sala no sufría un retraso preocupante en su tramitación y resolución que obligara a la adopción de otras medidas distintas a la potenciación de las funciones e incremento del número de integrantes del Gabinete Técnico (18) que colaboran estrechamente con las Salas y Magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, especialmente en el trámite de admisión de los recursos.

No obstante, el hecho de que en el Libro Blanco del que tratamos sólo se hiciera referencia al recurso de casación para unificación de doctrina no permite olvidar que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no sólo ejerce esta atribución, sino que tiene también la competencia, como el resto de las Salas, para conocer de los recursos de casación; en este caso, los que cabe interponer contra las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (19). También, pues, en materia social, el Tribunal Supremo actúa como Tribunal de Casación propiamente dicho, aparte de como Tribunal de unificación de doctrina; y en ningún momento se propuso su reducción a esta segunda consideración.

(18) Aunque no se ha hecho referencia en la exposición de las propuestas contenidas en el Libro Blanco en particular respecto a la organización y funciones de cada una de las Salas del Tribunal Supremo, el mismo contiene una referencia general al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo que se integra, en cuanto a la cuestión de la que trata este trabajo se refiere, por Magistrados y Letrados adscritos a cada una de las Salas, y que «siguiendo fielmente las instrucciones recibidas de cada Presidente de Sala, elaboran los proyectos de Autos, fundamentalmente de inadmisión, que tras la oportuna revisión del respectivo Presidente de Sala, serán asumidos, en su caso, por la Sala». *Libro Blanco...*, *op. cit.*, pág. 90.

(19) Artículo 203.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Finalmente, hemos dejado para su exposición en último lugar (20) —por el análisis más detenido que merece la exposición que, a propósito del recurso de casación civil, se hace en relación con los conceptos de *ius constitutionis* y de *ius litigatoris* (21)— las propuestas contenidas en el Libro Blanco de la Justicia en relación con la situación de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo.

Se constata en el informe ofrecido al respecto en el Libro Blanco que los mayores atascos en los asuntos de los que conoce esta Sala se producían no sólo en la fase de admisión —debido al hecho evidente de que los recursos de casación han de ser examinados uno por uno para descartar la posible concurrencia de alguna causa de inadmisión—, sino, más aún, en la fase de decisión. Dada la sobrecarga de trabajo de la Sala habría sido lógico pensar que la solución debía pasar, al igual que se proponía en el Libro en relación con otros Juzgados y Tribunales, por acomodar la cantidad de trabajo a un número razonable de Magistrados. Tal medida, sin embargo, no se consideró adecuada, pues la proporción en que habría de incrementarse el número de Magistrados de la Sala en relación con el volumen de asuntos era obviamente desmesurada.

Se aludía, igualmente, en el Libro a la otra posible solución sobre la que gira este trabajo en relación con la reforma que ya se ha puesto en marcha: la modificación del recurso de casación, cuestión reclamada ampliamente en el ámbito civil y que, simplificando, se resumía a dos opciones: primera, limitar al máximo el número de asuntos que pudieran acceder a la casación, y, segunda —la que nos interesa ahora—, atribuir a otros órganos funciones que actualmente están encomendadas al Tribunal Supremo.

En relación con todo ello, se recuerda en el Libro al que nos venimos refiriendo que la evolución de nuestro sistema jurídico ha dado lugar a que, junto a la defensa del denominado *ius constitutionis* (concretado en la función de protección de la norma y en la función unificadora de la jurisprudencia), el recurso de casación en España cumpla, junto al anterior, con otro objetivo: el de la tutela de los derechos de los litigantes, que se contiene en el llamado *ius litigatoris*.

(20) No se tratará en este trabajo de la situación de la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, pues ninguna referencia se contiene en relación con ella en el Libro Blanco de la Justicia ni en los informes y documentos públicamente disponibles que se han manejado para la redacción de estas líneas. Debido a la especificidad de las materias cuyo conocimiento le está atribuido, y aun actuando como Tribunal de Casación, no soporta, con diferencia, el volumen de asuntos que pesa sobre las otras Salas, pudiendo deducirse que su carga de trabajo es perfectamente asumible con los medios materiales y personales de que dispone en la actualidad.

(21) Diferenciación que, recordemos, es la base y fundamento de la Proposición no de Ley presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Vasco —y aprobada por mayoría— instando al Gobierno a acometer la reforma de la que ahora estamos tratando.

Dicho lo anterior, la postura adoptada, de entrada, por los redactores del Libro Blanco, invocado —recordemos— por algunos de los Sres. Diputados como base de sus intervenciones en la sesión parlamentaria celebrada en el Congreso el día 28 de diciembre de 2004, condiciona el resto de la exposición que sobre la casación civil se contiene en el referido texto: «*No parece oportuno renunciar a ninguna de las finalidades antes mencionadas*» (22).

Junto a ello, se razona que, siendo cierto que se han llevado a cabo diversas reformas del recurso de casación en el orden jurisdiccional civil al objeto de reducir —especialmente por razón de cuantía del litigio— el número de asuntos que por esta vía llegan al Tribunal Supremo, no lo es menos que el necesario respeto del *ius litigatoris* ha impedido la elevación de las cuantías hasta unos límites que hicieran visible la reducción del número de asuntos a cifras razonablemente asumibles por la Sala Primera.

De otro lado, el denominado *ius constitutionis* tampoco se ha visto favorecido por el legislador, pues, iniciadas reformas en este sentido en los años 1966, 1984 y 1992, no se quiso extender el ámbito del recurso de casación en función del interés público identificado con la función de unificar criterios interpretativos de las normas. Así, las propuestas relativas a la reforma del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil debían respetar algunos criterios básicos como el del interés casacional, el pase a un segundo plano del criterio de la cuantía y la posibilidad de introducir «*una cláusula general de recurribilidad en casación que pondere la necesidad de que el Tribunal Supremo —y no otro— se pronuncie sobre determinados temas*» (23).

La conclusión, en relación con lo que de interés resulta a los efectos de la exposición que estamos haciendo, se concretó así en la necesidad de mantener las funciones tradicionales de la casación española, de modo que quedara satisfecho tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris*, haciendo que el interés casacional fuera el criterio esencial para el acceso al recurso de casación.

Expuesto lo anterior y cumplida la labor previa de ofrecer al lector los datos que provocaron a la autora estas líneas las dudas y reflexiones que la llevaron a tratar de condensarlas en este trabajo, se impone, pues, a partir de aquí, dedicar las siguientes a exponer estas ideas de las que, desde una perspectiva constitucional, podrá deducirse una evidente inquietud derivada de la profunda transformación que en nuestro sistema judicial está llamada a producirse como

(22) *Libro Blanco...*, op. cit., pág. 173.

(23) *Libro Blanco...*, op. cit., pág. 174.

consecuencia de la reforma puesta en marcha (24); una reforma que podría afectar al principio de unidad jurisdiccional y que, es más que probable, podría llevar al Tribunal Supremo a convertirse en un órgano distinto al que siempre ha sido y es, al que reconocen los ciudadanos —juristas o no, justiciables o no—, cuya configuración, de modo no gratuito, se quiso salvaguardar a través de la posición constitucional que se le reservó en el artículo 123.1 del Texto Fundamental.

III. LA UNIDAD COMO NORMA FUNDAMENTAL: UNA MANIFESTACIÓN CONCRETA A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

El propio enunciado de la cuestión que ocupará las próximas líneas intenta delimitar de antemano el marco en que éstas se desarrollarán. Sin embargo, al utilizar en él el término *norma fundamental* debemos apresurarnos a aclarar

(24) Resultará conveniente desde este momento dejar constancia de que quien redacta estas líneas no pretende sostener la tesis de que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior, deba conocer ineludiblemente de todos los recursos de casación posibles sin exclusión de materia alguna ni de ninguna Sentencia dictada en segunda instancia. Tal argumento, aparte de ser erróneo desde una perspectiva teórica y, especialmente, práctica, habría de verse de inmediato contestado en el hecho de que tal nunca ha sido el sistema imperante en nuestro ordenamiento jurídico. Sostener que el Tribunal Supremo es un Tribunal de Casación no nos llevará por ello a ignorar que la configuración legal del recurso de casación ha permitido al legislador dejar fuera del ámbito del conocimiento del Alto Tribunal cuestiones cuya entidad, por razón de la materia o de la cuantía, se considera insuficiente como para necesitar un pronunciamiento en grado casacional. Sin embargo, de tal consideración a la de que el Tribunal Supremo vea alterada su configuración constitucional-institucional hay una distancia estimable que permite cuestionar los motivos y el resultado de la reforma legislativa —acaso imprudente, en palabras del propio legislador, de acuerdo con lo que se expondrá a continuación— que está llamada a provocar tal reducción de atribuciones; máxime cuando el cambio de criterio del legislador es, en tan breve espacio de tiempo como cinco años, tan llamativo como apresurado. Y para ilustrar la afirmación anterior baste recordar lo que, justificando la reforma contenida en materia de recurso de casación, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, proclamaba en su Exposición de Motivos (apartado XIV):

«No pertenece a nuestra tradición histórica ni constituye exigencia constitucional alguna que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre cualesquiera sentencias ni sobre cualesquiera cuestiones y materias.

Nadie ha cuestionado, sin embargo, que la renovación de nuestra justicia civil se haga conforme a los valores positivos, sólidamente afianzados del propio sistema jurídico y jurisdiccional, sin incurrir en la imprudencia de desechar instituciones enteras y sustituirlas por otras de nueva factura o por piezas de modelos jurídicos y judiciales muy diversos del nuestro. Así, pues, ha de mantenerse en sustancia la casación, con la finalidad y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad, antes referida, de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada.»

que el mismo no viene referido en este contexto a la Norma Suprema, al Texto Fundamental: a la Constitución.

Por el contrario, la *norma fundamental* de cuya consideración aquí se parte es la que Kelsen —a quien, de modo evidente, seguimos en este punto (25)— denomina de tal modo o también «norma fundante»: aquélla que el autor define como la regla fundamental de acuerdo con la cual son creadas todas las normas jurídicas y de la que deriva el principio de su creación. En palabras del propio autor, «si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden; es decir, consiste en la afirmación de que esa norma fue producida conforme a» la norma fundamental (26).

De esta manera, y dada la construcción piramidal kelseniana del ordenamiento (27), el fundamento de validez que unas normas jurídicas encuentran en las anteriores llevaría necesariamente a cuestionarse cuál es el fundamento de validez de la primera de aquéllas, la norma suprema, la propia Constitución; una cuestión cuya respuesta nos sitúa de modo ya evidente en el enunciado planteado, en la consideración de la *norma fundamental* que constituye el fundamento de validez del propio texto constitucional. De tal modo, la solución buscada la encontramos en las palabras del mismo autor cuando sostiene que si «se pregunta por el fundamento de validez de una primera constitución histórica estatal, es decir, una constitución no originada en una enmienda constitucional de una constitución previa, la respuesta sólo puede ser [...] que la validez de esa constitución, el suponer que una norma es obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto

(25) KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995.

(26) KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pág. 207.

(27) El autor sostiene explícitamente tal conocida formulación cuando afirma: «*El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de la que la validez de una norma producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción*». KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pág. 232.

de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta» (28).

Siendo así que la *norma fundamental* constituye el fundamento de validez último de todas las que se integran en un mismo orden jurídico, aquélla queda convertida de este modo, de acuerdo con la construcción kelseniana, en el elemento aglutinante de todo el ordenamiento jurídico, que se presenta así como un conjunto dotado de un principio interno de coherencia en el que la propia norma fundante básica aparece integrada y, en algún caso, hasta positivizada.

Sobre la base de todo lo anteriormente expuesto va empezando a encontrar su razón de ser la afirmación que enmarca la exposición de nuestra reflexión, pues, plasmada de modo positivo, expreso, en el artículo 2 de nuestro Texto Constitucional (29), es posible considerar la unidad a la que se refiere tal precepto como fundamento que da sentido y legitima ese intento de racionalización del poder que es, por definición, una Constitución. «La vigente Constitución, como las pasadas, como las que hayan de venir —señala González Navarro— encuentra su fundamento —“*se fundamenta*”, dice el texto constitucional— en ese hecho precedente de la unidad, unidad conseguida no sin esfuerzo en el pasado y que se afirma como indisoluble. Y es en este punto de partida que brinda la “norma fundamental” desde donde el operador jurídico ha de iniciar cualquier andadura interpretativa. Y es también la meta a la que toda interpretación debe llevar. La unidad de España se convierte así en alfa y omega de toda hermenéutica, principio y fin de todo entendimiento correcto del Ordenamiento español, porque es sobre ese pilar sobre el que descansa todo el sistema» (30).

No obstante lo anterior, es igualmente cierto que el propio artículo 2 de la Constitución, al tiempo que recuerda, haciéndola expresa, la norma que sirve de fundamento al ordenamiento español, también reconoce y garantiza (31) el

(28) KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pág. 208.

(29) Recordemos que el tenor literal del mencionado precepto, en lo que ahora es necesario resaltar, es el siguiente: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles...».

(30) GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, «La “norma fundamental” que confiere validez a la Constitución española y al resto del ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, vol. I, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983, pág. 316.

(31) Resulta de especial interés poner atención a la diferente naturaleza de los verbos utilizados por el artículo 2 para definir la acción que se quiere resaltar en cada caso: «se fundamenta», dice, en un sentido originario, anterior, necesario, cuando se refiere a la unidad en que encuentra su validez la Constitución; y «se reconoce y garantiza», en el sentido derivado, contingente y otorgado para hacer referencia al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, así como a la solidaridad entre ellas.

derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España, así como la solidaridad entre todas ellas.

Una primera aproximación al contenido completo del precepto en cuestión podría poder de manifiesto una incompatibilidad o, cuando menos, una contradicción con la perspectiva que aquí se quiere sostener; sin embargo, dado que, como escribe García de Enterría, la declaración acerca de la unidad que se contiene en el citado artículo segundo «no es un simple reflejo en el texto constitucional de una mitología política; es un concepto precisamente funcionalizable ya en la propia economía de la Constitución, a través de la formulación de las competencias exclusivas del Estado» (32), resulta plenamente coherente el planteamiento acerca de la norma fundamental, pues lo que precisamente puede querer defenderse a través de la técnica de la reserva de competencias exclusivas a favor del Estado es la propia norma fundamental, la unidad. De nuevo, siguiendo al autor que ahora nos ilustra, «la significación de esta reserva constitucional de un núcleo de competencias en favor del Estado, [...] hay que interpretarla en el sentido del aseguramiento de los elementos estructurales básicos que sostienen la construcción entera del Estado conjunto, el que engloba el poder central y los poderes territoriales autonómicos. [...] Se trata, por ello, de asegurar la construcción conjunta, edificada sobre el principio que reserva precisamente la soberanía, como poder último y radical [...] al pueblo español entero...» (33).

Si aceptamos lo que hasta aquí se ha sostenido, sería también necesario asumir que, constatada expresamente en la Constitución la unidad como norma fundamental, las distintas manifestaciones de la unidad contenidas en el propio Texto Constitucional habrán de ser consideradas como concreciones de la misma, normas de las que deberá arrancar la validez de las del resto del ordenamiento jurídico que deriven de ellas.

En consecuencia, la unidad jurisdiccional consagrada en el artículo 117.5 de la Constitución como principio y base del funcionamiento de los Tribunales se convierte por ello en norma jurídica que sirve de causa a las que se dicten en esta materia y a la que, por ser su fundamento de validez, deberán aquéllas acomodarse y respetar.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, pág. 75

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La significación de las competencias exclusivas...», *op. cit.*, págs. 71-72.

III.1. *La unidad jurisdiccional en el Estado compuesto*

III.1.a) *¿«Descentralizar» la administración de Justicia o la Administración de la administración de Justicia?: los artículos 117.5 y 149.1.5.^a de la Constitución*

La unidad jurisdiccional derivada de la unidad que, como norma presupuesta, contempla nuestro Texto Fundamental encuentra un reconocimiento tanto explícito como implícito en algunos de sus preceptos.

De modo expreso la encontramos recogida en los artículos 117.5 —que declara del referido principio que «es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales»— y 152.1, en el que, al establecer la base de la existencia de los Tribunales de Justicia y el lugar que ocupan en la organización judicial, se dice que todo ello se producirá «de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste».

De modo implícito, en el apartado 5 del artículo 149.1; un precepto que, al reservar en favor del Estado, de modo exclusivo, la competencia en materia de «Administración de Justicia», resulta coherente con el resto del sistema que diseña en relación con la cuestión de la unidad jurisdiccional que aquí nos ocupa.

Delimitado lo anterior, la propia denominación del epígrafe que da pie a estas líneas pone ya de manifiesto la necesidad de concretar los términos manejados en ellas, pues, como pone de relieve Reverón Palenzuela (34), la expresión «Administración de Justicia» no sólo se refiere a la actividad de administrar Justicia, de ejercer la potestad jurisdiccional, sino también a todo el entramado constituido por los medios materiales y personales puestos al servicio de esa Administración para que Jueces y Magistrados puedan llevar a cabo su cometido con las garantías y requisitos que les vienen directamente impuestos (35) en relación con el ejercicio de tal actividad.

Y la reforma que sirve de causa para escribirlas contiene también estas dos líneas claramente diferenciadas y diferenciables: una, primera, dirigida a la creación de los denominados «Consejos Autonómicos de Justicia», como órganos «territoriales» del de gobierno de los Juzgados y Tribunales, y, otra más, que tiene por ob-

(34) REVERÓN PALENZUELA, Benito, *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Granada, Comares, 1996, pág. 7.

(35) Como obligación en el ejercicio de su potestad y, correlativamente, como garantía para los ciudadanos que acuden a ellos ejercitando su derecho fundamental a la tutela judicial, podríamos añadir, haciendo referencia a la independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

jeto la cuestión que aquí directamente nos ocupa, esto es, la reforma del régimen de la casación de modo que se reduzcan las funciones del Tribunal Supremo a las de órgano meramente unificador de doctrina. Que sea o no (constitucionalmente) posible o (políticamente) oportuna la «descentralización» de la Administración de la administración de Justicia es cuestión que no entra dentro de los objetivos delimitados para este trabajo. Por ello, a partir de tal distinción, será a la administración de Justicia, entendida como ejercicio de potestad jurisdiccional que reside en los integrantes del Poder Judicial, a la que se deberán entender referidas las invocaciones que a aquella, o a éste, se hacen de continuo en estas reflexiones (36) y respecto de la cual se pretenderá mantener la imposibilidad, desde una perspectiva puramente jurídica, de «descentralizar» dicho Poder, a diferencia de lo que ocurre con los otros dos que tradicionalmente ostenta el Estado.

III.1.b) *Su intersección (o no) con el principio de autonomía*

Con lo apuntado más arriba es posible partir ya de la idea de que el Poder Judicial se encuentra en una posición no demasiado cómoda desde un punto de vista institucional: de un lado, sujeto, por mandato constitucional expreso, al principio de unidad jurisdiccional y, de otro, casi forzado a participar en la estructura territorializada del Estado según el diseño consagrado en la propia Constitución para no hacer recaer en él la sospecha de que es el único de los poderes estatales que, de modo contradictorio al sometimiento al imperio de la ley por el que viene obligado, no se adapta al modelo consagrado.

La cuestión es si la natural tendencia a identificar como iguales las tres expresiones del poder del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) debe permitirnos olvidar las diferencias que, sin embargo, entre ellos, y particularmente, entre los dos primeros y el último mencionado, existen. Así, para ilustrar las diversas posturas sostenidas en la doctrina al respecto bastará señalar las más representativas de Rubio Llorente, quien, respecto del Judicial, dice: «se puede afirmar o negar que sea un poder. En todo caso, si es un poder, es un poder paradójico, porque es un poder carente de voluntad propia» (37); y de Aragón

(36) Partimos, además, para ello del pronunciamiento contenido en la STC 108/1986, de 29 de julio, en la que el Tribunal Constitucional dejó dicho que «el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción» (FJ 6).

(37) RUBIO LLORENTE, Francisco, «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en VVAA, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, vol. 5, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, 1990, pág. 103.

Reyes (38), quien, frente a la naturaleza subjetiva del control político, caracteriza la función que ejerce el Poder Judicial como de control jurídico, esto es, un control objetivado, basado en razones jurídicas (no de oportunidad), necesario (ya que ha de ser realizado cuando se den las condiciones previstas en el ordenamiento, vinculado a la imposición, en su caso, de una sanción) y realizado por órganos imparciales, independientes y dotados de una especial preparación técnica para entender de cuestiones de Derecho.

En conexión con la cuestión que nos ocupa, señalan Ibarra y Da Silva que, a diferencia de los otros dos ya mencionados, el Judicial no es un poder representativo. Por ello, su independencia encuentra una clara contrapartida en la ausencia de autonomía: una falta de autonomía para formular políticas propias que se complementa con una independencia referida a su «inmunidad» frente a las directrices de los otros poderes a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico a los supuestos concretos sometidos a su conocimiento y pronunciamiento. Dado que «uno de los fundamentos esenciales del principio de autonomía es el incremento de la legitimación del poder mediante su acercamiento al ciudadano (el otro es el de la eficacia [...])» (39), al no integrarse el Poder Judicial por la voluntad manifestada por los ciudadanos de modo periódico, no existe en él un interés territorialmente identificable.

Los mismos autores se apresuran a poner en claro que no es que el Poder Judicial carezca de legitimidad (pues es impensable en un sistema constitucional la actuación de un poder que no sea legítimo), sino que la misma no se encuentra en su origen sino en su ejercicio conforme a la Constitución.

No puede, entonces, desde esta perspectiva, apreciarse contradicción alguna entre los principios de autonomía y unidad jurisdiccional, sino más bien complemento entre ambos a través de la uniformidad (y, por tanto, de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley) que del orden jurídico garantiza la actuación del principio mencionado en segundo lugar; en definitiva, una garantía de unidad en la interpretación y aplicación de las normas que debe —con base en la consideración del ordenamiento jurídico como un todo, como un conjunto normativo que encuentra su fundamento de validez primario en la *norma fundamental*— presidir un modelo de Estado territorialmente organizado

(38) En «La interpretación de la Constitución y el control objetivado del control jurisdiccional», publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, e incluido después en *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, por donde se cita, págs. 91-93.

(39) IBARRA ROBLES, Juan Luis, y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos, «El principio de unidad jurisdiccional en el Estado autonómico», *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, vol. I, Madrid, Colex, 2005, págs. 315-319.

y que, trataremos de exponerlo a continuación, se fundamentará además en la existencia de un Poder Judicial único.

III.2. *Un Poder Judicial único, un solo Ordenamiento Jurídico: la unicidad como exigencia para la unidad*

Afirmar, como se hizo más arriba, que la unidad jurisdiccional es constitucionalmente consagrada como fundamento de validez de otras normas requiere en primera instancia determinar cuál es el contenido que en estas líneas se está manejando al utilizar dicho concepto.

Señala De Otto (40) que la unidad jurisdiccional engloba dentro de sí dos principios diversos: uno, que es plasmado *ad extra* en la medida en que a través de él se afirma el monopolio o exclusividad de la jurisdicción, excluyendo la existencia de órganos jurisdiccionales no integrados en el Poder Judicial; y otro, cuya eficacia se revela *ad intra* en cuanto impone la homogeneidad en el seno del propio Poder Judicial; una homogeneidad que, aunque es modulada por el propio autor cuando recuerda la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales que se sustentan en un ya prácticamente irrenunciable principio de especialización, nos servirá para apoyar la idea de la que aquí partimos acerca de la unidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los Jueces y Magistrados integrantes de un Poder Judicial expresamente regulado en el Título VI de la Constitución.

Junto a ello, la evidencia que resulta, al estar aquí hablando de uno de ellos, acerca de la división de los poderes del Estado no ha de apartarnos, sin embargo, de la necesidad de matizar con Lucas Murillo de la Cueva (41) cómo la Constitución realiza la división del poder del Estado en tres planos distintos: uno horizontal —el que se traduce en la clásica separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial—, otro vertical —que realiza una distribución del poder entre el centro y la periferia— y un tercer plano en el que se permite la atribución del ejercicio de competencias derivadas del Texto Fundamental a organizaciones o instituciones internacionales. Pues bien, el autor pone de manifiesto la relevancia del Poder Judicial en dos de estos planos, resaltando

(40) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, *op. cit.*, págs. 161 y sigs.

(41) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «El poder judicial en el Estado autonómico», *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. IV: VIII, *Organización Territorial del Estado*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2001, págs. 2659-2687.

así el fortalecimiento del mismo en el primero de ellos y la progresiva significación que ha ido adquiriendo en el mencionado en tercer lugar, al ser ya indiscutible la caracterización del Juez nacional como juzgador del Derecho comunitario (42).

Dentro de esta triple visión es, sin embargo, el desenvolvimiento del Poder Judicial en el marco del Estado compuesto que es España —en particular, a través de las funciones atribuidas al órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales— el que, a la vista de la reforma emprendida, parece estar resultando sin duda muy polémico al haberse planteado bajo un manto cuyo diseño se revela para todos indiscutible (la imprescindible reducción del tiempo que las Salas del Tribunal Supremo tardan en pronunciarse) pero que, en realidad, da cobertura a una reforma que, a modo de trazo oculto, lo que realmente parece perseguir, vistos los antecedentes y el origen más arriba expuestos, es la «descentralización» (43) del considerado tercer poder del Estado, al modo en que ya lo han sido los otros dos poderes.

No resulta por ello inútil recordar que la referencia explícita del Judicial como Poder del Estado, lejos de ser una mera cuestión retórica derivada de la constatación en el Texto Constitucional del clásico principio de separación de poderes, podría revelar una opción concreta del constituyente, que reserva tal denominación expresa como «Poder» sólo para el que aquí nos ocupa y omite su utilización expresa para referirse tanto al Ejecutivo como al Legislativo (44), queriendo, quizás, con ello establecer una nota diferencial en cuanto a su consideración y, por qué no, a su posible reserva exclusiva en favor del Estado; una diferenciación que estaría conscientemente justificada como consecuencia de

(42) En este sentido pueden consultarse ALONSO GARCÍA, Ricardo, «El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional», *Constitución europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 639-692; RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, «La función del Derecho y del Juez en la Unión Europea», *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 657, 2000, págs. 57-78, y RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, «El papel del Juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 16, 1997, págs. 121-134, entre otros muchos.

(43) El término aquí anotado exige de inmediato la aclaración de que el uso que del mismo se hace es simplemente para ilustrar la contraposición que se pretende mantener frente al de «unicidad»; un término, este último, que define —y al modo en que, según se irá exponiendo, lo hace— una de las características esenciales del Poder Judicial en España, del ejercicio de la potestad jurisdiccional llevado a cabo por quienes se integran en él. Sea, pues, el lector consciente desde ahora de que el concepto «descentralización» no se utiliza en sentido técnico-jurídico —pues no se entiende posible—, sino meramente gráfico e instrumental.

(44) Así lo pone de relieve Jerónimo AROZAMENA SIERRA en «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV, Madrid, Civitas, 1991, págs. 3017-3040.

la organización territorial que de éste consagrará más adelante en el Título VIII del Texto Fundamental.

No han faltado autores (45) que, desde el inicio de la andadura de la Constitución y del modelo territorial cuyo esquema se apunta en su articulado, destacaron las semejanzas entre aquél y los típicamente calificados como Estados federales. Tal tendencia, si de modelos puros hablamos, lleva sin duda a hacer factible el planteamiento político de una posible territorialización del Poder Judicial (para «potenciar» el papel de los mismos, se dice), pero fundada, básicamente, en la existencia de unos órganos —los Tribunales Superiores de Justicia— que, extraídos del Título VI de la Constitución y regulados en el VIII, toman además el nombre de la Comunidad Autónoma a cuyo ámbito territorial se extiende el ejercicio de su competencia. Por más que a estas alturas resulte ya innecesario señalar que ni una ni otra circunstancias descritas determinan la existencia de órganos jurisdiccionales exorbitantes al Judicial como poder del Estado (46), igualmente debería serlo recordar que el artículo 152 de la Constitución al que implícitamente nos estamos refiriendo encuadra a estos Tribunales Superiores de Justicia dentro de la «unidad e independencia» del Poder Judicial, de modo que, ciertamente, culminarán la organización judicial dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, pero lo harán «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo».

El Poder Judicial es así un «poder difuso, pero, al mismo tiempo, único», cuya organización «si bien sigue las líneas maestras de la configuración territorial del Estado, no es objeto de división vertical por su causa» (47).

Integrado, de este modo difuso, por Jueces y Magistrados que, sin embargo, lo ejercen plenamente sometidos tan sólo, por disposición del artículo 117.1 del Texto Fundamental, al imperio de la ley, no es, pese a todo, un poder ejercido de modo lejano ni indirecto en relación con los ciudadanos. Por el contrario, la situación de sumisión a la ley en que se hallan sus integrantes encuentra su contrapartida en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución; un derecho cuyo ejercicio —y

(45) MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I. Madrid, Civitas, 1982, págs. 166-167.

(46) Baste recordar aquí las Sentencias del Tribunal Constitucional de las que, de modo directo o indirecto, así se deriva: STS 25/1981, de 14 de julio (FJ 6), STC 38/1982, de 22 de junio (FJ 4), refrendada esta última en la más reciente STC 114/1994, de 14 de abril, y 56/1990, de 13 de marzo, en cuyo fundamento jurídico 3 se dijo: «Los Tribunales Superiores de Justicia no son, claro está, órganos de la respectiva Comunidad Autónoma sino de este Poder Judicial único que configura la Constitución».

(47) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «El Poder Judicial en el Estado...», *op. cit.*, pág. 2664.

su resultado— ha de quedar ineludiblemente delimitado por otros derechos y principios de idéntico valor al mencionado: nos estamos refiriendo al de igualdad en la aplicación de la ley y a la seguridad jurídica que imponen la actuación uniforme del ordenamiento jurídico.

Todo ello, sin embargo, no es sino una consecuencia de lo que, conforme a la teoría kelseniana, se recogió más arriba: si las normas que integran un orden jurídico van encontrando su fundamento de validez en las anteriores, hasta llegar en esta remisión a la norma fundamental, la conclusión no puede ser otra que la de que el ordenamiento jurídico español es uno, un conjunto armónico cuya interpretación y aplicación uniforme debe realizarse como garantía de esa unidad. De ahí que, en consecuencia, sostengamos que la unicidad (del Poder Judicial) «impuesta» por la Constitución es una exigencia para el mantenimiento de la unidad «presupuesta» en que aquélla se basa como fundamento primero de validez.

La unidad del ordenamiento, obvio es decirlo, no constituye obstáculo para el reconocimiento de la existencia de una serie de subsistemas (48) ordinamentales integrados, en el caso español, por las normas surgidas del ejercicio territorialmente distribuido de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos subsistemas (en los que incluimos, pues, tanto el derivado de la actuación de los mencionados poderes por los órganos que los ejercen en el Estado Central como en las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias) deben a su vez estar dotados de un principio de coherencia no sólo interna sino también —y muy especialmente— externa que les haga respetuosos garantizadores de la seguridad jurídica y de la igualdad que desde la Constitución impregnan el conjunto «ordenamiento jurídico español», del que los repetidos subsistemas son una parte integrante.

(48) Seguimos para ello la formulación que realiza al respecto Juan Luis REQUEJO PAGÉS en *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, McGraw Hill, 1995, pág. 51, donde se sostiene que «el sistema normativo constitucional se descompone, por causa del principio autonómico, en una pluralidad de subsistemas, hasta un total de dieciocho [uno de ellos, el “estatal”, completo y los restantes incompletos]. Esta pluralidad es consecuencia del peculiar sistema de remisiones a cuyo través ha querido ordenar el constituyente los procedimientos de configuración definitiva del contenido de los enunciados constitucionales».

La tesis que mantiene la postura contraria a la aquí seguida puede consultarse, entre otros, en URETA DOMINGO, Juan Carlos, «Unidad del ordenamiento, unidad jurisdiccional y Estado de las Autonomías», *El Poder Judicial*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, págs. 2651-2694.

Finalmente, en discrepancia también con el parecer expresado por REQUEJO acerca de la completud del ordenamiento estatal, han de mencionarse las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 161/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo.

A ello responde, sin duda, la función atribuida por la Constitución a los Tribunales Superiores de Justicia cuando establece en su artículo 152.1, párrafo segundo, que culminarán la organización judicial en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma. Tienen estos órganos jurisdiccionales la última palabra en el sistema de organización judicial «piramidal» (49) en relación con la interpretación y aplicación de las normas producidas, y llamadas a aplicarse —por razón del modelo organizativo territorial constitucional—, en el ámbito delimitado de cada Comunidad Autónoma. Es por esto por lo que no suele ser objeto de discusión el papel de los Tribunales Superiores de Justicia como órganos garantizadores de la unidad de los subordenamientos autonómicos, quedando, con ello, además, garantizada la participación de un Poder Judicial único en el desenvolvimiento de un sistema político-institucional claramente descentralizado.

Pero si se acepta el argumento anterior, lo mismo sería conveniente hacer cuando se trata de debatir acerca de la garantía del suborden jurídico conformado por las normas emanadas del Estado. Si el ámbito de aplicación de tales normas es, por la misma razón de distribución y organización del ejercicio del poder, el conjunto del Estado español, entonces la igualdad y la seguridad —que, conforme al principio de coherencia que deriva de la unidad, han de seguirse de una aplicación uniforme de las normas que integran tal orden jurídico— deberán quedar, en último extremo, garantizadas por el órgano superior que ejerza su jurisdicción en todo el territorio nacional. Y éste, por disposición constitucional (50), no es otro que el Tribunal Supremo, un órgano de cuya naturaleza y funciones nos ocuparemos detenidamente más adelante.

Según se ha expuesto hasta este momento, la unidad jurisdiccional —concreción de la unidad que, en cuanto *norma fundamental*, se configura como fundamento de validez de todo nuestro ordenamiento jurídico— presupone la existencia de un Poder Judicial único como exigencia necesaria para la actuación de los derechos y principios que deben ser garantizados en la aplicación e interpretación de un solo orden jurídico. Tal afirmación, ya se ha apuntado igualmente, no puede entenderse obstaculizada por el reconocimiento, también

(49) Caracterizado así, como sostiene Lucas MURILLO DE LA CUEVA (en «El Poder Judicial en el Estado...», *op. cit.*, pág. 2665), sobre la base de la necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, a través del correspondiente sistema de recursos, la «corrección de las decisiones de los jueces, expuestas, como todas las humanas, al riesgo de error».

(50) Así lo declara expresamente el artículo 123.1 de la Constitución, que más adelante nos ocupará de modo más detenido, cuando establece: «*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*».

en el artículo 2 de la Constitución, de un derecho a la autonomía que lleva a diseñar en el mismo Texto Fundamental una determinada organización territorial del Estado. Sin embargo, al haberse dicho también que la reforma del régimen casacional, con un objetivo declarado a través de la invocación del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (sin dilaciones indebidas), encuentra su justificación última en la «adaptación» — mediante su «territorialización» — del tercero de los poderes del Estado al modelo organizativo de Estado derivado del principio autonómico, la duda que a partir de aquí surge entonces es si una hipotética fractura de la unidad jurisdiccional podría conllevar una disminución de la garantía que representa, tanto para el ciudadano como para el juzgador, la independencia con que la función jurisdiccional debe ejercerse.

III.3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional: de la quiebra de la unicidad del Poder Judicial al debilitamiento de la independencia de sus titulares*

Según se expuso más arriba, las reflexiones aquí plasmadas giran en torno a la consideración del Poder Judicial en el sentido de administración de Justicia, de ejercicio de «potestad jurisdiccional», en la denominación que la Ley Orgánica del Poder Judicial (51) utiliza para referirse a la jurisdicción. Debe, por ello, traerse nuevamente a colación el ya repetido artículo 117 de la Constitución para recordar que en su apartado 1 se establece de modo absolutamente diáfano que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

La integración del Poder Judicial por Jueces y Magistrados, convirtiéndolo en un «poder difuso» como con anterioridad quedó caracterizado, plantea de inmediato la necesidad de aclarar que la titularidad de la independencia que se predica respecto del mismo no recae en el propio Poder Judicial o en sus órganos (52) como sujetos, cualquiera de ellos, individualizados a tal efecto; por el

(51) El artículo 2.1 de dicha Ley Orgánica establece que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales*».

(52) Ni siquiera su propio órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, así configurado por el artículo 122.2 de la Constitución cuya importancia decisiva, habida cuenta de las profundas transformaciones que respecto a su funcionamiento se prevén en la reforma puesta en marcha y a la que parcialmente se refieren estas líneas, merecería unas reflexiones mucho más profundas que las que aquí y ahora se podrían realizar. Dada, además, la delimitación que

contrario, son independientes todos y cada uno de sus integrantes, ya que todos y cada uno de ellos ejercen con plenitud el poder judicial, la potestad jurisdiccional, con sumisión exclusiva al imperio de la ley.

Pues bien, el reproducido artículo 117.1 del Texto Constitucional encierra dentro de sí una serie de garantías subjetivas que, por un lado, aseguran *ad extra* —para el que acude a él recabando la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos— la imparcialidad del juzgador en el conocimiento y decisión del asunto. Pero, al mismo tiempo, se consagra y se garantiza para el propio Juez la independencia imprescindible para el desarrollo de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, situándolo en una dimensión que tiene una relevancia decisiva no sólo al alejarlo de los intereses en conflicto sino, más aún, asegurando su inmunidad frente a otros poderes del Estado (a través de la *inamovilidad*), frente a toda posible subordinación jerárquica (su única sumisión es a la ley), y frente a una posible actuación antijurídica (a través del reconocimiento de su *responsabilidad*). De modo general, pero muy ilustrativo, señala así Díez-Picazo que «*la independencia consiste, en definitiva, en la ausencia de incertidumbre por las consecuencias de los propios actos*» (53).

del objeto de este trabajo se realizó al inicio de su exposición, bastará señalar que, en cualquier caso, hacemos nuestra la opinión vertida por Luis María Díez-Picazo en el artículo de opinión publicado en el diario *Expansión* de fecha 29 de mayo de 2006, cuando, a propósito de la prevista creación de los denominados «Consejos de Justicia Autonómicos», afirma: «*La Constitución es inequívoca al consagrar la unidad jurisdiccional y encomendar el gobierno de toda la judicatura al CGPJ; y también lo es, en consonancia con ello, en atribuir a la competencia exclusiva del Estado lo relativo a la administración de justicia. A diferencia de lo que ocurre con el legislativo y con el ejecutivo, no caben poderes judiciales autonómicos. Lo más que permite la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, apurando al máximo el artículo 149.1.5 de la Constitución, es que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre los medios instrumentales al servicio de los tribunales, pero nunca sobre los jueces...*».

El autor no sólo funda su criterio en sólidos argumentos jurídicos-constitucionales, sino también en razones de oportunidad, indicando, respecto a los proyectados consejos de justicia autonómicos, que «*una judicatura cohesionada y no escindida, como saben bien los expertos en sociología jurídica, favorece la independencia efectiva de sus miembros. Un juez que es gobernado por una única institución con sede en el lejano Madrid está en buenas condiciones de resistir las presiones sociales y políticas locales. Dudo que se pudiera decir lo propio de un juez bajo la autoridad del correspondiente consejo de justicia...*». Un argumento que también hacemos nuestro, pues lo que en su esencia se pone en duda no son ni la propia imparcialidad ni la independencia del juzgador sino el hecho en sí de que el nuevo sistema de gobierno judicial «territorializado» sea el más adecuado para garantizar al juez (la independencia judicial se configura garantía tanto para el juzgador, como para el justiciable) el ejercicio de la potestad jurisdiccional de modo independiente de acuerdo con el mandato constitucional.

(53) Díez-Picazo, Luis María, «El Poder Judicial (Breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, págs. 35-45.

Esta garantía que para el juzgador implica la consagración de su independencia en el modo y frente a los sujetos y circunstancias descritos, nos lleva asimismo a la inexcusable obligación de referirnos a la legitimidad que, en esencia, sostiene el reconocimiento de tal absoluta indemnidad. Para ello será, como siempre, acertado acudir a la tesis expuesta al respecto por De Otto (54), quien, habiendo distinguido —como se apuntó con anterioridad— entre la tutela judicial recabada para la protección de un derecho o interés y aquella otra ejercida para la defensa de la legalidad, pone de manifiesto cómo la función jurisdiccional que tiene por finalidad la observancia del ordenamiento, de la legalidad, da como resultado pronunciamientos que, en última instancia, son irrevocables.

Se cuestiona así el autor por qué —asumiendo que una decisión deberá en algún momento convertirse necesariamente, y por virtud de la imprescindible actuación del principio de seguridad jurídica, en irrevocable— la facultad de producir este tipo de actos se entrega a los Jueces; es decir, se plantea el problema de la legitimidad, entendida ésta como capacidad del acto irrevocable para producir su aceptación. La respuesta es clara para De Otto: dado que el acto jurisdiccional no tiene otro fundamento que el propio ordenamiento jurídico, que no deriva de un «poder» sino de la ley y no sirve a otro interés más que al de asegurar su observancia, la legitimidad de los actos jurisdiccionales se encuentra en la ineludible independencia con la que han de actuar quienes los dictan, esto es, que sean pronunciados «por órganos del ordenamiento jurídico cuya función sea precisamente la de garantizar su cumplimiento y no la de perseguir otros intereses, aun cuando éstos estén tutelados por el ordenamiento mismo» (55). La consecuencia básica de todo lo anterior se sitúa entonces en la independencia del Juez: «si de lo que se trata es de legitimar el acto de aplicación irrevocable del derecho es preciso que el órgano que lo haga esté desvinculado de todo otro interés y en concreto que sea independiente de aquellos otros órganos del Estado a los que se apodera para perseguir intereses determinados» (56).

No de otro modo sino a través de la unidad jurisdiccional se puede garantizar, por tanto, la independencia judicial. Se podrá mantener que los pronunciamientos dictados por Jueces y Magistrados en el ejercicio de la jurisdicción de la que son titulares son, en algunos casos, susceptibles de recurso, y no por ello se podrá decir que no son independientes al dictarlos; se podrá sostener que

(54) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, op. cit., págs. 32-34.

(55) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, op. cit., pág. 33.

(56) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, op. cit., pág. 33.

su decisión puede orientarse por la jurisprudencia dictada en la interpretación y aplicación de la ley, de la costumbre y los principios generales del Derecho, pero no podrá por ello decirse que queden vinculados a un pronunciamiento determinado que anule la independencia de su decisión (57). Todas las anteriores no serían sino manifestaciones de una unidad derivada de la interpretación y aplicación uniforme de un solo orden jurídico por un Poder Judicial único, que ejerce de modo único, como un solo cuerpo, la jurisdicción con sumisión exclusiva a la ley.

Pero es más; la independencia judicial, lejos de ser una noción desvinculada de otras a las que más arriba se hizo referencia, encuentra su pleno significado en los efectos que de la misma se derivan en relación con las de sumisión al imperio de la ley y de igualdad. La conexión entre ellas la establece de modo indisoluble Rubio Llorente cuando, respecto al Juez sometido únicamente al imperio de la ley, sostiene: «Es independiente, porque su independencia es la única manera de asegurar que está sometido sólo al imperio de la ley. [...] El juez es independiente para poder plegarse enteramente al dictado de la ley, al dictado del legislador. [...] El sometimiento del juez al imperio de la ley significa que el

(57) Sin querer entrar aquí en la interesante cuestión sobre el carácter vinculante o no de la jurisprudencia en el sistema español es obligado, sin embargo, dejar constancia de que la reforma legislativa que inspira estas líneas contiene una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial concretada en la inclusión de un nuevo texto al apartado 1 de su artículo 5, del siguiente tenor: «*Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo*».

Esta norma pretende obligar, al modo que se hace en la propia Ley Orgánica respecto a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en los pronunciamientos que emite en ejercicio de su jurisdicción constitucional, a la observancia por el resto de órganos jurisdiccionales de los pronunciamientos que dicte el Tribunal Supremo. Entender que dicha norma consagrará, a partir de su aprobación, el carácter vinculante de la jurisprudencia del Alto Tribunal, transformando el sistema actualmente vigente de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil, exigirá sin duda una reflexión acerca del alcance de una declaración que pone nuevamente en debate si el carácter vinculante de la jurisprudencia produce sólo eso, una vinculación, o si, por el contrario, asigna una cierta facultad de creación de normas jurídicas al considerar a la jurisprudencia como una fuente más del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, una aproximación muy ligera a la cuestión planteada nos llevaría a pensar que, pese a la contundente declaración del precepto propuesto en la reforma, no podría afirmarse que a partir del mismo la observancia de los pronunciamientos del Tribunal Supremo debiera ser concebida como una absoluta vinculación a su jurisprudencia sin posibilidad de apartarse de la doctrina contenida en la misma, ni siquiera mediante la oportuna justificación. Ello equivaldría a afirmar que la jurisprudencia produce la misma fuerza vinculante que para el juzgador tienen las fuentes del ordenamiento jurídico y, correlativamente, a la puesta en entredicho de la independencia de unos Jueces y Magistrados que, por disposición constitucional, únicamente pueden quedar sometidos al imperio de la ley.

juez es el instrumento a través del cual se realiza la ley; el instrumento también, en este sentido, a través del cual se realiza el principio de igualdad» (58).

Estar de acuerdo con lo hasta aquí expuesto implicaría no poder rechazar entonces la idea de que la ruptura de la unidad jurisdiccional conlleva el riesgo de producir un debilitamiento de la independencia judicial, con las consecuencias que de ello se derivarían dada la relevancia de la garantía —a la vez que modo de ejercicio de la jurisdicción— a la que aquí nos hemos venido refiriendo. En palabras de Loewenstein, «la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho» (59). Debilitando, pues, uno de los pilares de dicho edificio habrá de asumirse el riesgo de que el propio edificio se derrumbe o, cuando menos, quede inclinado de tal modo que se convierta en inhabitable.

Hasta este momento se han intentado poner de manifiesto las dudas surgidas de una reforma legislativa que, con un motivo declarado —resolver el problema de la acumulación de asuntos pendientes de resolución ante el Tribunal Supremo—, parece, sin embargo, abarcar otro objetivo más amplio: la «territorialización» de la jurisdicción; un objetivo que, de cumplirse, podría poner en tela de juicio los cimientos de un sistema judicial basado, por mandato constitucional, en la unidad jurisdiccional que se manifiesta en la necesaria observancia de la unidad del ordenamiento jurídico, y respecto de la cual los Jueces y Magistrados, independientes y sometidos sólo al imperio de la ley, integrantes de un Poder Judicial único, tienen las últimas decisiones. Hora es ya, entonces, de entrar en el análisis de las consecuencias que de la repetida reforma podrían derivarse en relación con ello y, en particular, para el órgano que, de acuerdo con el artículo 123.1 del Texto Fundamental, ocupa la cúspide de dicho Poder en todos los órdenes jurisdiccionales.

(58) RUBIO LLORENTE, Francisco, «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», *op. cit.*, pág. 103.

(59) LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1976 (reimp. 1986), pág. 294.

IV. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU AFECTACIÓN POR LA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN

IV.1. *El artículo 123.1 de la Constitución: una garantía institucional*

Consagrada por el Derecho constitucional, aunque formulada teóricamente por primera vez en el ámbito del Derecho privado (60), la noción de *garantía institucional* ha sido doctrinal y jurisprudencialmente estudiada con un resultado prácticamente unánime y definitivo que nos permitirá establecer el motivo de la invocación que de ella se realiza en esta parte de nuestra exposición.

Siendo numerosos los trabajos doctrinales elaborados en relación con el concepto que nos ocupa (61) podemos resaltar, de un lado, por su propio interés y por la síntesis de las formulaciones que en él se contiene, aquel en el que Cruz Villalón (62) sostiene que en el concepto *garantía institucional* se encierran dos significaciones muy diferentes: de un lado, la institución o el instituto mismo objeto de la garantía, y de otro, la determinada garantía de la que se dota a la concreta institución. La primera fue denominada por Carl Schmitt «garantía del instituto»,

(60) En este sentido, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (en su trabajo «Martin Wolff y el concepto de garantía institucional», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, págs. 4005-4019) sostiene que el concepto de garantía institucional fue primariamente formulado por el civilista alemán en su ensayo *ReichVerfassung und Eigentum, Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Berlin. 1923*. En dicho estudio, dice el autor español, Wolff elabora el concepto en cuestión para referirse a la garantía constitucional del derecho de propiedad y, en particular, de la otorgada en «las Constituciones del Estado Social, de la que el régimen de Weimar fue pionero, padre fundador», pág. 4007.

(61) Aparte de los que serán mencionados en el texto principal pueden consultarse, entre otros, los siguientes: DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial: derecho a la educación, autonomía local y opinión pública*, Madrid, Civitas 1994; ESTEVE PARDO, José, «La garantía institucional y/o función constitucional en las Bases de Régimen Local», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, págs. 125-147, y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.

(62) CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 35-62.

mientras que la noción de «garantía institucional» quedó reservada por el mismo autor para el segundo significado mencionado. Es a esta garantía institucional propiamente dicha a la que nos referiremos en nuestras siguientes líneas.

De acuerdo con la formulación de Cruz Villalón —quien para elaborarla de nuevo sigue a Schmitt—, para que se pueda hablar de una garantía institucional es preciso: 1) la existencia de una institución, esto es, «un establecimiento [...] de carácter jurídico público formado, organizado y, por tanto, diferenciado» (63); 2) el significado adjetivo o instrumental, es decir, «la concreta garantía de la que se pretende dotar a ese instituto o institución previamente identificados» (64); una garantía precisa de la que surge una «imagen arquetípica» susceptible de ser proyectada a modo de «instituto normativo» que, a su vez, permitirá determinar cuándo las leyes de desarrollo son o no constitucionalmente legítimas por corresponderse o no con aquel arquetipo la regulación que contienen acerca del particular instituto.

Sobre la base de la tesis sostenida por Schmitt, Baño León (65), en su propia interpretación acerca de la noción de *garantía institucional*, señala que su delimitación —al igual que la de la noción de *contenido esencial*— lleva a centrar su núcleo esencial en el objetivo de asegurar, frente al poder legislativo, la primacía de la Constitución, estableciéndose con dicha garantía un límite que para el legislador resulta absolutamente infranqueable. De ello se derivaría la conclusión de que, afirmada la primacía de la Constitución, todo derecho o institución que en la misma se contenga gozará de una garantía frente al legislador, salvo en aquellos casos en que así lo establezca el propio Texto Fundamental. Por tanto, dice el autor, «las garantías institucionales pueden quedar como una categoría dogmática que explica que las Constituciones reconocen no sólo derechos públicos subjetivos, sino que también aseguran la pervivencia de ciertas instituciones» (66).

Por ser previa a las elaboraciones doctrinales de los autores españoles a los que acabamos de referirnos, y centrado ya el objeto de nuestra reflexión en nuestro ordenamiento jurídico, es obligada la referencia a lo que estableció el Tribunal Constitucional en su STC 32/1981, de 27 de julio; una Sentencia en la que, ensayando un contenido para la noción que aquí nos está ocupando, dijo el Tribunal:

(63) CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución...», *op. cit.*, pág. 59.

(64) CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución...», *op. cit.*, págs. 60-61.

(65) BAÑO LEÓN, José María, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155-179.

(66) BAÑO LEÓN, José María, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional...», *op. cit.*, pág. 170.

«El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.»

Una Sentencia, ésta, del Tribunal Constitucional a la que de nuevo tendremos la ocasión de referirnos más adelante.

Fijado, así, desde una perspectiva doctrinal y constitucional, lo que haya de entenderse por *garantía institucional*, no será de extrañar entonces que aquí se sostenga que la que se contiene en el artículo 123.1 de la Constitución es tal en relación con la institución, a la vez que órgano jurisdiccional, del Tribunal Supremo.

Ese precepto, recordemos, determina expresamente que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes...» (67). Tenemos, pues, el «establecimiento», el «instituto», público,

(67) Los puntos suspensivos incluidos en el texto principal al reproducir el precepto constitucional en cuestión deben ser literalmente sustituidos por la expresión «*salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*». Es ésta una excepción explícita de las funciones que pueden ser atribuidas al Alto Tribunal, cuya consideración se excluye en el presente trabajo por dos razones: de un lado, porque no se estima necesaria para el análisis que aquí se quiere realizar, limitado al examen de las atribuciones —o la limitación que resultará de las mismas— del Tribunal Supremo como Corte de Casación; y, de otro, porque el contenido del inciso es de una relevancia tal que exigiría por sí solo una especial reflexión que excede del alcance fijado a las que ahora se escriben. Baste señalar que el paréntesis que contiene la salvedad no reproducida implica el reconocimiento de una exclusividad para este tipo de pronunciamientos en favor del Tribunal Constitucional; una exclusividad que, si bien no resulta discutible en relación con el control directo de la constitucionalidad de las leyes y en el examen de los conflictos de atribución entre poderes del Estado y de competencias entre los entes territoriales en que éste se organiza, sí plantea, sin embargo, serias dificultades a la hora de delimitar los ámbitos de competencia de dicho Tribunal con los propios del Supremo en materia de tutela de los derechos fundamentales. Es ésta una cuestión que ha producido notables —y notorias— fricciones entre ambos órganos —constitucional

organizado y diferenciado —el Tribunal Supremo— y tenemos la concreta garantía de la que se pretende dotar a ese instituto —su consagración como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes—; la suma de ambos tiene como resultado la existencia de un órgano —no constitucional (68)— cuya garantía institucional vincula —y limita— al legislador, que, al proceder a la regulación de todo lo relativo a sus atribuciones, vendrá simultáneamente obligado a preservar la «imagen arquetípica» que hace a la institución reconocible en la conciencia social: entendemos que esta imagen es la que lo identifica como un Tribunal de Casación, en el sentido completo de este último término. Veamos por qué ello es así.

IV.1.a) *Los Tribunales Superiores Justicia: Cortes de Casación por razón de territorio y respecto de los subsistemas ordinamentales autonómicos*

Con carácter previo ha de ponerse de manifiesto que la apelación a los Tribunales Superiores de Justicia en este momento de la exposición se debe a que la delimitación de la garantía institucional que para el Supremo se contiene, según lo visto, en el artículo 123.1 de la Constitución está en gran medida marcada por la disposición contenida, de modo externo al Título VI del Texto Fundamental, en su artículo 152.1.

Quedó dicho más arriba que los Tribunales Superiores de Justicia, pese a la ubicación del precepto que los consagra, en el Título VIII, no son órganos propios de la Comunidad Autónoma. Culminan la organización judicial en el

y jurisdiccional— y que ha dado lugar no sólo a pronunciamientos del Alto Tribunal —como el contenido en el Acuerdo de 25 de abril de 2006 del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (literalmente se dijo: «El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1.b) y 164.1 CE no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente la confiere el art. 123.1 CE»)—, sino también a numerosos estudios doctrinales entre los cuales destacaremos el muy recientemente publicado de César AGUADO RENEDO con el título «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio de 2006.

(68) Así, desde una perspectiva negativa, lo cualifica XIOL RÍOS cuando afirma que «el constituyente se abstuvo de configurar al Tribunal supremo como uno de los órganos constitucionales en que se fundaba el entramado del nuevo sistema político. Esto hubiera obligado a definir con precisión su composición y sus funciones, rompiendo con la institución existente. Por el contrario, optó por la técnica de la garantía institucional» (XIOLO RÍOS, Juan Antonio, «La posición constitucional del Tribunal Supremo», *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución Española*, Madrid, Tribunal Supremo, 2004, pág. 78).

ámbito de cada Comunidad Autónoma pero la relación con ésta no es de carácter orgánico sino puramente territorial (69), como ya pusiera indudablemente de manifiesto el Tribunal Constitucional en su temprana Sentencia 25/1981, de 14 de julio (70).

Sin embargo, el hecho de que sean, junto con el Tribunal Supremo, los únicos órganos jurisdiccionales a los que la Constitución expresamente menciona hace posible deducir que también respecto a los mismos se consagra una *garantía institucional* cuyo contenido, en este caso, sí queda claramente delimitado desde una perspectiva negativa: el Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», dice el apartado segundo del repetido artículo 152.1, derivándose del siguiente apartado tercero que se agotarán ante los mismos las sucesivas instancias procesales que, en su caso, existan frente a resoluciones de órganos radicados en el mismo ámbito territorial.

Es cierto que, al existir unos antecedentes de Tribunales de Casación autonómicos, la inclusión de los Superiores de Justicia en la Constitución de 1978 podría interpretarse como el deseo del constituyente de dar cabida a tales antecedentes legislativos (71). Dicho lo cual, es obligado además añadir que con la referencia a tales antecedentes nos estamos remitiendo, en particular, al «Tribunal de Casación» de Cataluña, al que se refiere el artículo 12 del Estatuto de Autonomía para tal Comunidad Autónoma, de 1932 (72), y al «Tribunal Superior»,

(69) Lo expresa de este modo concreto José María PORRAS RAMÍREZ en «Unidad Jurisdiccional y autonomía política. La posición constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, pág. 77.

(70) En ella, el Tribunal señala que cuando el artículo 152.1 de la Constitución califica a los Tribunales Superiores de Justicia como «órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma», quiere decir con ello que «la relación con la comunidad autónoma no es una relación orgánica, sino una relación territorial que deriva del lugar de su sede y que las competencias de los órganos jurisdiccionales continúan siendo competencia del Poder Judicial único existente en el Estado».

(71) En este sentido, son muy ilustrativas las palabras del diputado D. Miguel Roca y Junyent («Evidentemente, no quiero ocultar que, desde mi perspectiva territorial, con ello estamos intentando recuperar en una línea constitucional actual, lo que fue para la Generalidad su Tribunal de Casación») recogidas por María Pía CALDERÓN CUADRADO en su estudio sobre «El Tribunal Superior de Justicia», publicado en la *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 18 (extraordinario), dedicado a *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, 1997, págs. 145-184.

(72) El citado precepto disponía en su párrafo cuarto: «El Tribunal de Casación de Cataluña tendrá jurisdicción propia sobre las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva esté atribuida a la Generalidad».

El texto reproducido se extrae del referido documento obtenido en la siguiente dirección de internet: <http://www.elplural.com/media/0000002500/0000002591.pdf>.

que se regula en el artículo 3 del Estatuto Vasco de 1936 (73). Ambas normas —y ello no es un dato de una relevancia precisamente menor— configuran a estos respectivos Tribunales como Cortes de Casación, pero tan sólo en relación con el ejercicio de la jurisdicción relativa a las materias propias del Derecho propio de la Comunidad Autónoma. Ninguna referencia se hace precisamente a unas posibles facultades como Cortes de Casación, ni siquiera como Tribunales de instancia, en materias propias del Derecho del Estado.

Con tales precedentes, los Tribunales Superiores de Justicia regulados en el sistema constitucional actualmente vigente no responden, sin embargo, a una estructuración del Poder Judicial «territorializada» —lo que resulta imposible dada la unicidad del mismo—, aunque sí es cierto que, consagrándolos explícitamente en el Texto Fundamental, se hace de este modo participar a la jurisdicción en ese modelo político-constitucional diseñado como compuesto, adaptando la administración de Justicia a la propia estructura territorial del Estado y permitiendo la actuación conjunta de los principios de unidad y diversidad en el modo en que deben ser atendidos por imperativo de la Norma Suprema.

Lo anterior explica la atribución de competencia a estos Tribunales de Justicia, en tanto órganos superiores del Poder Judicial en el ámbito territorial autonómico, de funciones casacionales en materias de Derecho foral —allí donde exista— y de Derecho propio de cada Comunidad Autónoma (74). Unas funciones casacionales que se justifican, como no puede ser de otro modo, siendo coherentes con lo hasta aquí escrito, en las siguientes consideraciones:

1) La necesidad de dar cumplimiento a la garantía institucional —constitucional— que los configura como Tribunales «superiores» en el concreto ámbito que determina la medida de su potestad jurisdiccional por razón del territorio.

(73) El precepto en cuestión estableció, en lo que aquí interesa resaltar, lo siguiente: «El Tribunal Superior Vasco que será nombrado conforme a la legislación interior, tendrá jurisdicción propia y facultades disciplinarias en las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva corresponde al País Vasco, conociendo de los recursos de casación y revisión que sobre tales materias se interpongan...».

El texto parcialmente reproducido se extrae del documento que se obtiene en el correspondiente enlace de la siguiente página web: <http://www.75aniversarioleydecooperativas.org/content/view/40/9/>.

(74) Sostiene LÓPEZ GUERRA que la configuración de los Tribunales Superiores de Justicia —como consecuencia de sus funciones, en cuanto órgano que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma— permite contemplarlos como un «instrumento de garantía del ordenamiento autonómico» (LÓPEZ GUERRA, Luis, «Estado Autonómico y Tribunales Superiores de Justicia», *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 459-475).

2) El aseguramiento de criterios de interpretación y aplicación uniformes en relación con el Derecho foral o propio de cada Comunidad Autónoma, entendido éste como parte del subsistema ordinamental autonómico que se integra en el ordenamiento general; de tal manera que, como se expuso más arriba, tutelando la garantía de la unidad de dicho subordenamiento se logre el resultado de un ordenamiento jurídico español uniformemente interpretado y aplicado en su consideración unitaria.

3) Como corolario de lo anterior, y delimitadas por el ámbito territorial en el que resultan competentes, las funciones como Tribunales de Casación de los Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma se justifican plenamente, en relación con el subsistema jurídico del que tratamos, en orden a la tutela de los principios de igualdad y seguridad jurídica que, obvio es decirlo, han de ver asegurada su vigencia, sin excepciones —pues no es constitucionalmente admisible—, en la aplicación de la ley, ya sea ésta de naturaleza estatal, autonómica o foral.

Unas funciones casacionales que, para cumplir los objetivos expuestos en los tres apartados anteriores, se entregan a los Tribunales Superiores de Justicia de modo indiscutible pero también de modo completo, sin fisuras, sin divisiones artificiosas entre las funciones de tutela judicial de intereses y de legalidad que el recurso de casación integra dentro de sí de modo esencial y caracterizador, y que responde a la actuación de las que, tratados al inicio de este trabajo, se resumen en las dos vertientes identificadas como *ius constitutionis* y *ius litigatoris*.

De nuevo, si se comparte como válida esta reflexión acerca del contenido de la *garantía institucional* de los Tribunales Superiores de Justicia, entendemos que igual aceptación podría darse a la que nos lleva a exponer que estas mismas funciones casacionales —completas— son las que, en idéntica manera, delimitan el contenido de la *garantía institucional* del Tribunal Supremo, órgano igualmente «superior» —esta vez en todos los órdenes y con jurisdicción en todo el territorio— en relación con el sistema ordinamental estatal, para garantizar imperativamente la unidad del ordenamiento, el tratamiento igual de todos en la aplicación de la ley y, por tanto, la seguridad jurídica de que todo ello deriva.

IV.1.b) *Tribunales Supremos, Cortes de Casación*

Que un Tribunal Supremo en los sistemas jurídicos de nuestro entorno sea un Tribunal de Casación (75) es cuestión que resulta difícil de rebatir, al quedar configurado como órgano que ejerce su jurisdicción desde una posición de superioridad en relación con las resoluciones —que pueden quedar anuladas por la decisión resolutoria del correspondiente recurso— del resto de los órganos jurisdiccionales respecto de los cuales actúa como cúpula, y dotado de la facultad de creación de jurisprudencia.

Dos pruebas claras de ello nos las ofrecen tanto la *Supreme Court* (76) de Estados Unidos como la *Cour de Cassation* (77) de Francia. Ambos son Tribunales representativos de la referida superioridad que define la posición desde la que ejercen las funciones que les han sido atribuidas. Ya desde el sistema de *common law*, el primero, o desde el denominado *civil law*, la segunda, ambas Cortes Supremas están investidas de la competencia necesaria para resolver, con su última palabra, los recursos encaminados a corregir las resoluciones de los inferiores sentando la doctrina correcta en la interpretación y aplicación de la ley; pronunciamientos que están además dotados de un valor añadido que deriva de la vigencia de un sistema basado en el precedente y en la fuerza vinculante —o, cuando menos, influyente— que de él deriva.

De igual modo, al estar dotado de las características antes mencionadas puede afirmarse que el Tribunal Supremo de España es, esencialmente, un Tribunal de Casación.

(75) El término aquí anotado se usa en el texto principal en su sentido literal. Así, «casación», según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (22.^a edición), es la «acción de casar o anular», siendo así que «casar», según define la misma fuente, significa «anular, abrogar, derogar».

(76) Para una revisión de la naturaleza y funciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos resultan de interés, entre otros, los estudios de HALL, Kermit L., *Judicial review and judicial power in the Supreme Court*, New York, London Garland Publishing, 2000; BARAK, Ahron, *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, 2002; BRENNAN, James J., «The Supreme Court's excessive deference to legislative bodies under amendment sentencing review», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, núm. 3, 2004, págs. 551-586, y SEGAL, Jeffrey Allan, *The Supreme Court in the American legal system*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

(77) En relación con la naturaleza jurídica de este Tribunal pueden consultarse, entre otros, los trabajos debidos a BONNEAU, Thierry, *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990; CHARTIER, Yves, *La Cour de Cassation*, Paris, Dalloz, 2001, así como el más reciente de MOLFESSIS, Nicolas, *La Cour de Cassation et l'elaboration du droit*, Paris, Economica, 2004.

Así se puede sostener desde que en el artículo 259 de la Constitución de 1812 (78) se estableció que «habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia», al que se atribuye en el siguiente artículo 261, noveno, la competencia para, al modo francés, «conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo...». Sostiene De Otto (79) que la atribución definitiva de sus funciones casacionales se produjo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, cuando, ampliando la base del recurso de nulidad antes descrito —ya denominado propiamente casación— de modo que éste queda extendido no sólo a las Sentencias contrarias a la ley, otorgando al Tribunal la facultad de dictar la que sustituya, en su caso, a la que se case o anule, sino también a aquellas que se pronuncien de modo contrario a la «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

El objetivo —y la esencia— de la casación es, pues, ya desde ese momento, dual: uno, la tutela del interés individualizado que sustenta su interposición —a través de la declaración de nulidad de la Sentencia contraria a la ley o a la doctrina jurisprudencial— y la defensa genérica de la legalidad que se perpetúa a través de la aplicación uniforme que el Tribunal hace al resolver conforme a la interpretación que él mismo juzgue, en el caso concreto —o haya juzgado, en otros— que es la correcta. Ha aparecido, entonces, la doble vertiente atendida en el recurso de casación y que, casi al inicio de este trabajo, se centró en la distinción entre los denominados *ius litigatoris* y *ius constitutionis*.

El argumento anterior —en unión, claro es, de todo lo ya señalado a lo largo de esta exposición—, creemos, hace cobrar cada vez más sentido a la afirmación de que aquella «imagen arquetípica» a la que se refería Cruz Villalón como la susceptible de ser proyectada a modo de «instituto normativo» sobre las correspondientes disposiciones de desarrollo, esto es, la *garantía institucional* del Tribunal Supremo, ha de pasar necesariamente por su consideración de Tribunal de Casación; una consideración que debería respetarse a riesgo —cualquiera que fuera la justificación que apoyara asumirlo— de estar regulando, sí, un órgano jurisdiccional con nuevas atribuciones pero no el Tribunal Supremo, el órgano-institución cuya naturaleza se garantiza en el artículo 123.1 de la Constitución, con las consecuencias que de ello se derivan de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia, más arriba referenciada, 32/1981, de 27 de julio, en la que expresamente dijo:

(78) Puede consultarse el texto íntegro de ésta, así como del resto de las Constituciones españolas históricas en la siguiente página web, disponible por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: <http://www.cepc.es/17>.

(79) DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, op. cit., pág. 43.

«Dicha garantía (institucional) es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.»

Aceptamos en este punto que la expuesta es una contundente postura: sostener que el Tribunal Supremo pueda perder su identidad, su «imagen arquetípica», la que le permite ser conocido en la conciencia social, por el hecho de quedar reducido al papel de mero órgano unificador de doctrina es afirmación que, sin duda, requiere mayores precisiones y fundamentos.

Al cumplimiento de la tarea autoimpuesta intentaremos encaminar nuestra reflexión en las próximas líneas; unas líneas que, de entrada, resultará recomendable, y hasta imperativo, apoyar en las más autorizadas, debidas, respectivamente, a Díez-Picazo y Pizzorusso:

El primero, en relación con la cuestión que nos ocupa, escribe: «el Tribunal Supremo, [...], queda configurado como un órgano concedor de recursos contra resoluciones judiciales; pero —y éste es el dato concluyente— de recursos que no sean calificables de instancia, esto es, de recursos no ordinarios por no caber en ellos una revisión de hechos. Así, pues, si el Tribunal Supremo es primariamente un órgano revisor de la interpretación y aplicación del derecho, es claro que la garantía institucional del artículo 123.1 CE no puede por menos de ir dirigida hacia la constitucionalización del más importante e insigne de los recursos extraordinarios: la casación» (80).

El segundo, a propósito de la posición constitucional del Tribunal Supremo español, afirma de modo terminante que «ejerce en el ordenamiento jurídico del reino de España, el papel de cúpula del sistema de impugnaciones y, por lo tanto, el de máximo responsable de la unidad de interpretación jurisprudencial del derecho nacional. Aunque el recurso de casación no esté explícitamente contemplado en la Constitución, la existencia de un remedio de este tipo y el asignárselo al Tribunal Supremo aparece claramente implícito, tanto en la propia definición del mismo, contenida en el art. 123, de

(80) DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 93.

órgano jurisdiccional superior que opera en toda España, como en la tradición histórica...» (81).

IV.2. *Modificar la configuración institucional del Tribunal Supremo:
la reducción de sus atribuciones al conocimiento del recurso
de unificación de doctrina*

Centrando los orígenes de la reforma que en materia de recurso de casación se encuentra en trámite parlamentario, se expuso más arriba que la intención de algún Grupo Parlamentario de hacer que aquél ceda su lugar, en exclusiva, al de unificación de doctrina como recurso extraordinario del que conociera el Tribunal Supremo tiene como objetivo eliminar el ejercicio del *ius litigatoris* ante el Alto Tribunal, centrando su función en «la salvaguarda del *ius constitutionis*».

Siendo una de las bases de la interpretación jurídica la que se asienta sobre los antecedentes históricos, no resultará exótico el uso del método más fiable para averiguar el verdadero alcance y contenido de algunos de los términos —esenciales ya a estas alturas de nuestra exposición— hasta ahora recogidos: volver al momento en que los mismos fueron acuñados. Hagamos, pues, un breve ejercicio de retrospectiva de la confiable mano de Calamandrei (82), que nos servirá para ilustrar si los términos en cuestión son o no adecuadamente utilizados a los efectos pretendidos.

IV.2.a) *Una aproximación a la naturaleza del recurso de casación*

IV.1.a).i) *De nuevo sobre el ius constitutionis y el ius litigatoris;
su significado conforme a su origen*

La formulación del *ius constitutionis* se produce en el ámbito del Derecho romano para referirse a aquella acción en la que, junto al reconocimiento de un derecho subjetivo (*ius litigatoris*) en el ejercicio de una concreta acción, se pone ante el Juez la personificación de la ley —la *Constitutio*—, que de este modo

(81) PIZZORUSSO, Alessandro, «La posición constitucional del Tribunal Supremo», *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución Española*, Madrid, Tribunal Supremo, 2004, págs. 27-28.

(82) A quien seguiremos, en particular, en las tesis sostenidas en su clásico y excepcional estudio sobre el recurso de casación contenido en CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

asume, idealmente, la capacidad propia de sujeto de derecho quedando, de tal manera, dotada frente al juez de un derecho de soberanía: el *ius constitutionis*, precisamente.

Sobre la función esencial que el ordenamiento jurídico le atribuye al Juez —que no es sino la decisión acerca de la concurrencia o no de requisitos necesarios para la aplicación del imperativo hipotético que es la norma jurídica— el *ius constitutionis* se erige entonces como un plus que permite a dicho Juez examinar y poner en discusión la norma abstracta.

Partiendo de la distinción de la que tratamos, el desconocimiento por una sentencia judicial de cada uno de estos derechos tiene consecuencias, por tanto, diversas. Así, en el caso de que el Juez desconozca el derecho subjetivo que sustenta la pretensión de una de las partes en el proceso, o lo que es igual, la voluntad de la ley concretada por la coincidencia entre el hecho real con el legalmente especificado, se produciría una afectación del *ius litigatoris*. Sin embargo, queda gravemente comprometido el *ius constitutionis* cuando en la propia sentencia deja de observarse el derecho objetivo que constituye la premisa fundamental del silogismo en que tal resolución judicial debe consistir.

La formulación romana de los *iura* de los que venimos tratando cobra una notable relevancia cuando, avanzando en el tiempo, su aplicación práctica se plasma en el diseño de un sistema, cuya condición de antecedente de la casación española es comúnmente aceptado. No es extraño, decimos, que fuera en un sistema jurídico —el francés, que es al que nos referimos— basado, tras el movimiento revolucionario, en el principio de separación de poderes y en la primacía absoluta de la ley, donde se gestara un recurso destinado al control último de los posibles excesos judiciales —y contravenciones expresas de su texto— en la aplicación de la ley dada la amenaza que, para el indicado principio diferenciador de los poderes del Estado, podía suponer el que uno de ellos —el judicial— se excediera en la interpretación y aplicación de la ley dictando pronunciamientos que pudieran desconocer la voluntad del legislador.

El recurso de casación era, por tanto, un remedio —no atribuido en su origen, como es lógico, a un órgano judicial sino político— destinado a evitar la posible usurpación del poder legislativo por el judicial y a garantizar, por consiguiente, la preeminencia de la ley y su conservación en su sentido auténtico, tal como fue aprobada por el órgano depositario del poder legislativo al que propia y legítimamente le correspondía de modo exclusivo y excluyente tal función. Éste y no otro es el origen de la función de tutela de la ley, en cuanto manifestación del ejercicio de un poder —el legislativo—, de la denominada función *nomofiláctica* a la que va dirigida la satisfacción del *ius constitutionis* tantas veces mencionado.

La evolución del modelo casacional al que nos venimos refiriendo, haciendo desaparecer del Tribunal de Casación su consideración de órgano político para convertirse en otro de naturaleza clara y únicamente jurisdiccional, pasó ineludiblemente por privar también al recurso de casación del matiz político que en su resolución adornaba la actuación de dicho Tribunal, llegando a consolidarse tal función nomofiláctica como la propiamente encaminada a la defensa de la legalidad mediante la corrección de las posibles infracciones que de la misma se produjeran por una sentencia que desconociera el mandato contenido en la norma correspondiente. Creemos que el matiz no es menor, pues no nos encontramos ya ante un órgano integrado en un poder que controla a otro sino propiamente ante un órgano jurisdiccional «superior» que controla a otro de la misma naturaleza, en el ámbito del mismo poder (el judicial), y vinculado de modo único por el ordenamiento jurídico a cuya conservación colabora a través de la nomofilaxis que resulta del conocimiento y resolución del recurso de casación.

Pero esta transformación del órgano político de casación en un órgano pura y estrictamente jurisdiccional no fue espontánea; por el contrario, vino ineludiblemente impuesta por la necesaria aplicación de un canon de igualdad derivado del principio así proclamado tras la Revolución en favor de los ciudadanos. Y ello porque, como expone Calamandrei, la verificación del principio que hemos mencionado se produce en las relaciones que tienen lugar entre los ciudadanos y los órganos jurisdiccionales; siendo cierto que no impone al legislativo la obligación de considerar en la promulgación de sus normas la absoluta igualdad de todos los ciudadanos —pues siempre existirán diferencias entre ellos— no lo es menos, sin embargo, que «una vez establecida por el legislador una norma que abstractamente supone la verificación de algunas circunstancias de hecho, todos los ciudadanos que lleguen a encontrarse en la práctica en aquellas determinadas circunstancias abstractamente hipotizadas por la norma, deberán ser iguales frente al órgano judicial, encargado de sacar de la norma del legislador las consecuencias jurídicas relativas a las relaciones singulares concretas» (83).

Aceptando lo anterior resultará comprensible la necesidad de establecer los mecanismos necesarios para que las resoluciones de los numerosos órganos jurisdiccionales llamados a aplicar la ley bajo un canon ineludible de igualdad puedan ser controladas por otro órgano jurisdiccional superior al que se atribuya expresamente esta función, garantizándose con su ejercicio no sólo el respeto del mencionado principio sino, más aún, la unidad del ordenamiento a través de su interpretación y aplicación uniforme.

(83) CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 80.

Emerge, entonces, en nuestro análisis la segunda de las tres funciones atribuidas al Tribunal Supremo: la tutela de la uniformidad de los pronunciamientos judiciales para la consagración de la garantía de unidad del ordenamiento jurídico (84) del Estado —recordemos, norma fundamental y fundamento de validez de otras normas—.

La existencia de una tercera función —precisamente la que en la reforma de la casación se plantea como problemática en la medida en que la privación de la misma al Alto Tribunal, y su entrega a los Tribunales Superiores de Justicia, parece ser el medio para reducir a límites «aceptables» (85) el tiempo en que el Tribunal Supremo tarda en pronunciarse—, la protección del *ius litigatoris*, nos hace entrar de lleno en el siguiente epígrafe, que nos propone una reflexión sobre el modo de integrar —y por qué— las tres referidas funciones en dos recursos extraordinarios para cuyo conocimiento resulta competente, hasta ahora, el Tribunal Supremo.

IV.1.a.ii. *Tres funciones atribuidas al Tribunal Supremo a través del conocimiento de dos recursos*

Dado que, en la materia que nos ocupa, podría darse una clara tendencia a la simplificación de algunas cuestiones —particularmente, en la identificación de figuras que carecen de tal simplicidad y a la utilización de significantes a los que se atribuyen significados no auténticos— directamente relacionadas con las que se erigen en piedra angular de la reforma legislativa que nos ocupa, se ha considerado hasta aquí preciso establecer los antecedentes y el origen de aquéllas que iremos ya encauzando hacia una conclusión de las reflexiones que se vienen exponiendo.

Se ha dicho, así, que las modificaciones legislativas que están en trámite de discusión parlamentaria tienen por objeto devolver al Tribunal Supremo la «dignidad» (86) que le corresponde como institución; un objetivo que, junto al de la reducción del tiempo de resolución, se alcanzará reservando al Alto

(84) Una unidad que debe entenderse en relación al espacio pero no en relación con el tiempo, pues, al igual que la uniformidad de la jurisprudencia, aquélla debería considerarse lograda «siempre que, en el mismo momento histórico, todos los tribunales del Estado interpretasen de un mismo modo las normas de derecho positivo» y cuando «en un momento sucesivo, los mismos tribunales varias de acuerdo, todos juntos, la jurisprudencia seguida en el momento anterior» (CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*, t. II, *op. cit.*, pág. 82-83).

(85) *Vid.* nota 7.

(86) *Vid.* nota 7 de este trabajo.

Tribunal la función de unificar doctrina, «para la salvaguarda del *ius constitutionis*, privándole de la tutela del *ius litigatoris*, que quedará en manos de los Superiores de Justicia. Un planteamiento sin duda atractivo para intentar dar satisfacción a todos los intereses que subyacen en el fondo de la reforma emprendida pero que, desde una perspectiva puramente jurídico-constitucional, quizás no sea tan aceptable.

Ya hemos visto que ni el *ius constitutionis* puede, en sentido estricto, considerarse salvaguardado mediante la uniformidad de los pronunciamientos judiciales, ni la unificación de doctrina puede entenderse integrada dentro de las funciones casacionales propiamente dichas. De igual modo, se ha establecido, conforme a su origen, que con la tutela del *ius constitutionis* lo que se garantiza es la conservación de la legalidad, la autenticidad de la norma integrante del ordenamiento.

Pero, así como las dos funciones mencionadas —uniformadora y nomofiláctica— pueden ser consideradas de modo autónomo, no nos resulta tan claro que la tercera de las que aquí nos ocupan (referida a la protección del *ius constitutionis*) pueda ser entendida del mismo modo directo o independiente, con autonomía o sustantividad propias.

Concretado su sentido más arriba, de acuerdo con su formulación en el Derecho romano, el *ius litigatoris* condensa la petición por el particular al Juez del reconocimiento de un derecho subjetivo; no es, pues, un elemento cuya aparición se produzca ante la interposición de un recurso de casación. Por el contrario, este derecho se ejercita por el justiciable desde la instancia y precisamente por ella, esto es, al instar un pronunciamiento judicial. Puede decirse, entonces, que se vincula al ejercicio de la jurisdicción.

Sin embargo, aun cuando tanto el Tribunal de Instancia como el Tribunal Supremo, es obvio decirlo, ejercen potestad jurisdiccional, no lo hacen en ambos casos con base en el mismo fundamento. Tal afirmación nace del hecho de que cuando el justiciable accede, agotada la instancia, al Tribunal Supremo en grado de casación no lo hace en modo alguno formulando, de nuevo y de modo directo, una petición de tutela o reconocimiento del derecho subjetivo que ha servido de base a su pretensión.

El recurso de casación —así está legalmente configurado y así lo ha reiterado en numerosas ocasiones el propio Tribunal Supremo— es un recurso extraordinario. Con su interposición el recurrente no solicita directamente el reconocimiento de un derecho subjetivo, sino que se case, que se anule, una Sentencia precedente que se ha dictado, a su juicio, con infracción de una norma jurídica; infracción que, eso sí, ha dado lugar a la desestimación de su pretensión. Es por ello, precisamente, por lo que la admisión del recurso está sometida a una serie de rigurosos requisitos que pasan necesariamente por la

alegación de tal actuación infractora (87) del ordenamiento por el Tribunal de instancia.

La función del recurso (y, por consiguiente, del pronunciamiento que se solicita) es puramente nomofiláctica, de defensa de la norma y de su correcta interpretación. Que para la satisfacción de este interés público se requiera o se «aproveche» la colaboración (88) del justiciable es cuestión radicalmente distinta a la de que, a través del recurso de casación, aquél pida que la consecuencia de la observancia de la norma sea el reconocimiento del derecho subjetivo que sirvió de base a su pretensión desestimada.

La conclusión que parece derivarse de todo lo anterior es que la defensa del *ius litigatoris* no es una función autónoma que ejerza la Corte de Casación, sino más bien una consecuencia indirecta del carácter instrumental con el que el referido derecho es utilizado para el cumplimiento de la principal, prioritaria y —ésta sí— exclusiva, de la protección del *ius constitutionis*.

Tenemos, entonces, ya plenamente desenvueltas las tres funciones desarrolladas por el Tribunal Supremo: la (primordial) nomofiláctica, la (instrumental) de protección del *ius litigatoris* y la (añadida y subsidiaria) de unificación de doctrina. De estas tres funciones, las dos primeras se desarrollan como consecuencia de la interposición del recurso de casación, mientras que la tercera

(87) Debe aclararse que la utilización de estos términos genéricos se debe a la imposibilidad de descender en el ámbito de este trabajo a los regímenes particulares que, en materia de recurso de casación, se contienen en las diferentes normas procesales que lo regulan en cada orden jurisdiccional. Baste señalar, a título ilustrativo, que así como el recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo tiende de la depuración tanto de los vicios *in iudicando* como *in procedendo*, en el recurso de casación civil sólo se ocupa de los primeros al servir a aquella finalidad en este segundo caso el recurso extraordinario por infracción procesal.

(88) La tesis que aquí seguimos es formulada brillantemente por CALAMANDREI (*La casación civil*, t. II, *op. cit.*, págs. 147-180), que ve en la casación un instrumento de colaboración de los particulares con el Estado para la garantía de la conservación del ordenamiento. Es cierto que existe un recurso que el propio Estado ejercita con la misma finalidad de depuración del ordenamiento pero con un ámbito reducido y subsidiario a la casación que es el medio principal para lograrlo (el carácter subsidiario al que nos referimos puede verse, por ejemplo, en la regulación del recurso de interés de la ley que se contiene en los artículos 100 y 101 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

De modo muy expresivo y realista en relación con lo que queremos ahora sostener nos ilustra el autor al que nos venimos refiriendo: «el Estado [...] no ha de temer que a la utilidad colectiva de la Casación le llegue a faltar la colaboración del interés privado: ningún órgano público, por muy escrupuloso y bien ordenado que fuese, podría vigilar la jurisprudencia y apreciar sus desviaciones con celo y sensibilidad semejantes a los que el particular emplea para encontrar, en la motivación de una sentencia que lo condena, un error de derecho, cuando sabe que este error de derecho podrá proporcionarle el medio de sustraerse a los efectos de aquella condena» (págs. 152 y 153).

queda desenvuelta en el ámbito del recurso de casación para unificación de doctrina (89).

Con estas tres premisas el silogismo se presenta, a nuestro juicio, perfecto: si la unificación de doctrina no entra dentro de las funciones propiamente casacionales según se han descrito éstas a lo largo de esta exposición; si la función casacional por excelencia es la de nomofilaxis, desarrollada a través de la instrumental de la tutela del *ius litigatoris*, la conclusión no debería ser otra que la de que la reducción del Tribunal Supremo a la función de órgano unificador de doctrina le ha de privar de su consideración de órgano de casación (haciendo desaparecer, no lo olvidemos, su principal función como garante de la legalidad, de la conservación del ordenamiento), que es, según se expuso más arriba, la que integra el contenido de la garantía institucional que se consagra en el artículo 123.1 de la Constitución, con las consecuencias que de ello se han de derivar.

IV.2.b) *¿Unificar doctrina es lo mismo que crear una jurisprudencia uniforme?*

La omisión de la reflexión previa que hasta aquí se ha desarrollado y un cómodo vuelo ya sólo planeando con el viento a favor sobre la cuestión que da título al presente epígrafe quizás nos habría llevado considerar innecesario su planteamiento. Parece, de entrada, evidente que la respuesta podría ser afirmativa.

Sin embargo, de acuerdo con las pautas marcadas para estas reflexiones, el vuelo debe convertirse de nuevo en suelo para intentar, desde una perspectiva más próxima, observar con mayor detalle el conjunto.

Según se dijo con anterioridad, la función unificadora surge con carácter complementario a la sustancial de defensa de la norma; una función, la nomofiláctica, que de modo principal se atiende con el recurso de casación y cuyo efecto es la fijación —por el órgano al que, por su configuración constitucional, le corresponde hacerlo— de la interpretación última del ordenamiento jurídico. Tal efecto se consigue a través de la creación de la jurisprudencia a que los pronunciamientos reiterados del órgano de casación dan lugar.

(89) La coexistencia de ambos recursos en el orden jurisdiccional social y contencioso-administrativo es, a nuestro parecer, justificación suficiente para sostener la complementariedad (incluso, supletoriedad) que adorna la naturaleza del recurso de casación para unificación de doctrina respecto al recurso de casación. *Vid.* a estos efectos los artículos 86 a 95 y 96 a 99 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como 203 a 215 y 116 a 126 del Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Pero en un sistema de *civil law* como el nuestro —que no se rige por el precedente, en el que no existe un *stare decisis* al modo que caracteriza los sistemas de *common law*— es precisamente en la reiteración de dichos pronunciamientos en la que radica el valor de la jurisprudencia. Recordemos que el artículo 1.6 del Código Civil español atribuye a aquélla la función de «complementar» el ordenamiento jurídico con la doctrina que «*de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

La cuestión, pues, surge de inmediato: ¿podrá seguir el Tribunal Supremo creando jurisprudencia si, siendo privado del conocimiento del recurso de casación, su función se reduce a declarar cuál de las interpretaciones dadas por otros Tribunales es la que ha de prevalecer en un concreto asunto? Ello nos lleva, de nuevo, a la cuestión formulada más arriba sobre la posibilidad (o imposibilidad) de identificar la función de dictar jurisprudencia en los recursos de casación y de unificar la doctrina pronunciada por otros Tribunales, a través del recurso de unificación de doctrina.

Si reiteramos, una vez más, la naturaleza eminentemente pública de la función desarrollada por el Tribunal Supremo como órgano de casación, no resultará ajeno a la cuestión ahora planteada afirmar del mismo modo que la que caracteriza a la derivada de la resolución del recurso para unificación de doctrina es, sin embargo, privada. Y es ésta una aseveración que requiere nuevamente una justificación que la apoye.

Aceptando aquí que el recurso destinado a lograr la uniformidad de la doctrina se presenta como una modalidad casacional, es lo cierto, sin embargo, que, como sostiene Rodríguez-Piñero Royo (90), es un recurso, «adaptado o afinado a las peculiaridades del objetivo a cumplir». A su vez, tal objetivo unificador de doctrina se consigue a través de un cauce procesal que determina que la interpretación final de la norma se haga para el caso concreto, satisfaciendo por ello un interés puramente particular que dista mucho del público que implícitamente se contiene en el pronunciamiento —y en su consiguiente efecto— que, sin tal limitación, puede dictar el Tribunal Supremo en la Sentencia resolutoria del recurso de casación.

De modo muy clarificador, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (91) del Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 18 de octubre de 2005 (Rec.

(90) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos, *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina: revisión crítica*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1999, pág. 61.

(91) Aunque pueden también encontrarse otros pronunciamientos al respecto de la Sala de lo Social, encontramos de mayor interés hacer aquí referencia a los de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dado que el recurso para unificación de doctrina nació,

Cas. para Unificación de Doctrina 9131/1998) que la interposición de este recurso exige una doble fundamentación: de un lado, la existencia de contradicción entre la Sentencia recurrida y la/s alegada/s en contraste; de otro, la infracción del ordenamiento jurídico por la impugnada. Entre ambos fundamentos ha de establecerse una necesaria relación basada en el hecho de que la infracción imputada a la Sentencia recurrida debe ser el objeto de la contradicción que sustenta el recurso que se formula.

En relación con la primera, partiendo del mandato legal (92) que restringe la posibilidad de interponer el recurso para unificar la doctrina a los supuestos en que se hubiese llegado a pronunciamientos distintos «respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», la Sala Tercera exige para la procedencia del recurso una triple identidad que califica como subjetiva —dado que las Sentencias de contraste afectan a los mismos litigantes o a otros en idéntica situación—, fáctica —en relación con los hechos fijados en la Sentencia impugnada y en la de contraste— y jurídica —relativa a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, habida cuenta de su analogía, desde la perspectiva de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución en idéntico sentido—.

Respecto al segundo fundamento descrito, dada la necesaria identidad en el resto de los requisitos, la infracción legal imputada se constituye como el objeto de contradicción entre las Sentencias concernidas, lo que lleva a la Sala a declarar de modo terminante que, por ello, «es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los Tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina».

A la vista lo anterior, es posible sostener, como acertadamente señala Rodríguez-Piñero Royo, que, al ser un recurso establecido contra sentencias contradictorias con las de otras Salas de otros Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Supremo, «el recurso no se dirige directamente contra la dispersión de doctrina sino indirectamente contra su exteriorización o manifestación en casos concretos; esto es, que el diseño legal (93)

aunque no propiamente como casación, en este orden jurisdiccional y para garantizar la identidad de soluciones dadas ante supuestos concretos también idénticos habida cuenta de la posibilidad de que se dieran fallos contradictorios por las distintas Audiencias Territoriales que, a lo largo de todo el territorio, eran los únicos órganos que ejercían potestad jurisdiccional en este orden.

(92) Artículo 96.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(93) Aunque el autor hace la afirmación a la que nos vamos a referir en relación con el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina regulado en la Ley de Procedimiento Laboral,

del RCUD (94) se basa no en la constatación de la existencia de corrientes o interpretaciones jurisprudenciales, sino de fallos individuales en los que la aplicación de éstas hubiera llevado a soluciones judiciales distintas. En otras palabras, que en su articulación legal *el RCUD es más un recurso contra sentencias contradictorias que contra doctrinas contradictorias*» (95).

Visto todo lo anterior, creemos que las declaraciones jurisprudencial y doctrinal antes reproducidas son fundamento suficientemente para la respuesta que proponemos al interrogante planteado en el presente apartado de este trabajo: dictar jurisprudencia determinando, con una finalidad que satisface el interés público, común, general, derivado de la unidad y conservación del ordenamiento jurídico, cómo ha de ser interpretada y aplicada una norma, no encuentra equivalencia en el hecho de unificar la doctrina emanada de los Tribunales Superiores de Justicia eligiendo cuál de las soluciones adoptada ante una situación de identidad subjetiva y objetiva debe prevalecer en atención a las circunstancias y al caso concreto; una elección llamada a producir efectos, limitadamente, ante situaciones idénticas, en atención a un interés que a la postre es particular y que, en definitiva, serviría al *ius litigatoris* (96), cuya protección es, de modo paradójico, lo que precisamente se quiere eliminar de las atribuciones del Tribunal Supremo.

Mientras en la Sentencia dictada en casación la interpretación de la ley se hace con carácter general y posteriormente se aplica al caso debatido, en la unificación de doctrina el mecanismo es inverso, examinándose el caso concreto y decidiendo cuál de entre dos interpretaciones propuestas es la correcta. A nuestro juicio, pues, el alcance de la declaración sobre la infracción legal es diverso en ambos casos y claramente limitativo de las funciones, como órgano superior en todos los órdenes, del Tribunal Supremo, en el del recurso de casación para unificación de doctrina.

entendemos acertado extenderlo, por lo expuesto en el texto principal, al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. El diseño legal al que se va a referir se mantiene, respecto al orden social, en el artículo 120 del Proyecto de Ley Orgánica en tramitación, y en el 39 del mismo, en relación con el orden contencioso-administrativo, luego la afirmación seguiría siendo válida en el caso de aprobarse la reforma en los términos en que se ha llevado al Parlamento.

(94) El autor utiliza esta abreviatura para referirse al recurso de casación para unificación de doctrina.

(95) RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., *El Recurso de Casación para Unificación...*, *op. cit.*, pág. 63.

(96) Una conclusión a la que es posible llegar desde el argumento aquí sostenido y con apoyo en la consideración de que «la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la defensa del *ius litigatoris* (GARBERÍ LLOBREGAT, José, y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Apelación y Casación en el proceso Civil*, Madrid, Colex, 1994, pág. 174.

Dicho lo anterior es, no obstante, obligado reconocer que a la tesis expuesta podría objetarse el hecho de que a través del recurso para unificación de doctrina se satisfacen las garantías derivadas de la actuación de los principios de igualdad y seguridad jurídica que subyacen en la facultad de dictar una decisión preeminente sobre pronunciamientos contradictorios, propia de un órgano superior como es el Tribunal Supremo. Tal argumento no enervaría, sin embargo, el aquí sostenido, pues ni el fallo pronunciado es vinculante —excepto para el efecto casacional en relación con la Sentencia recurrida (nunca para la ofrecida como contraste que, por exigencia legal, ha de ser firme)— ni menos aún está garantizada con este medio la actuación plena y en todos los casos del principio de igualdad dados los estrictos requisitos que han de concurrir para la procedencia del recurso para unificación de doctrina y las limitaciones que de tales restricciones se derivan. Baste para ilustrar lo anterior que en el Proyecto de Ley Orgánica en trámite de aprobación por el Congreso de los Diputados se prevé la posibilidad de interponer recurso de casación (siempre y limitadamente, con los requisitos de contradicción y la finalidad uniformadora de doctrina a la que nos venimos refiriendo) contra «Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en causas seguidas por delito, en que se hubiere impuesto una o varias penas privativas de libertad que, conjunta o separadamente, superen los tres años» (97).

Quiere ello decir, si nuestra conclusión no es errónea, que la interpretación y consiguiente aplicación de tipos penales como, por ejemplo, el robo con fuerza en las cosas recogido en el artículo 240 del Código Penal, el del artículo 319.1, cometido contra la ordenación del territorio, o el de abusos sexuales proscrito por el artículo 181.1 del mismo cuerpo legal, aun cuando se haga de modo contradictorio entre los órganos que estén llamados a dictar el último fallo en cada caso, no podrá ser objeto de pronunciamiento, no ya para dar su interpretación de tales normas, sino ni siquiera con una finalidad unificadora de las doctrinas sentadas en relación con ellos, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Cabe, entonces, cuestionarse si con tal previsión legal la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal —y, por tanto, de la seguridad jurídica— no quedarían preocupantemente comprometidas, pues, siendo cierto que el ámbito de aplicación es diverso desde una perspectiva puramente territorial, no lo sería menos, sin embargo, que la ley aplicable es una y debe serlo de modo idéntico para todos.

(97) Artículo 171 del Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación, y se generaliza la doble instancia penal, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, núm. 69-1, de 27 de enero de 2006.

De lo expuesto más arriba se desprende, pues, la consecuencia de su mención a los efectos de la reflexión cuya exposición estamos ya en trámite de terminar: ni la unificación de doctrina parece ser suficiente para la realización de una seguridad jurídica y una igualdad que, por imperativo constitucional, han de quedar garantizadas, ni, por tanto, la reducción de las del Tribunal Supremo a esta función unificadora —limitada, además, según se ha descrito más arriba— podría considerarse acorde con su naturaleza de órgano jurisdiccional superior que también el Texto Fundamental consagra del modo en que hasta aquí se ha venido exponiendo.

IV.3. *La pronosticada reducción de las atribuciones del Tribunal Supremo frente al correlativo incremento de las funciones de la jurisdicción ordinaria en el control indirecto de constitucionalidad de las leyes por influencia del Derecho comunitario: una posible contradicción con el artículo 123.1 del Texto Fundamental*

El planteamiento final de esta reflexión se nos antoja necesario ante las modificaciones legislativas que se avecinan y que reducirán —ése es el objeto de la reforma, según se deriva de la justificación que se contiene en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica— las funciones de las distintas Salas del Tribunal Supremo a las de meros órganos unificadores de doctrina en los respectivos órdenes jurisdiccionales.

Resulta, cuando menos, llamativo que el que por disposición constitucional es el «órgano jurisdiccional superior» vea cercenadas de modo tan notorio como el hasta ahora expuesto sus atribuciones en un momento en que la función jurisdiccional cobra una especial relevancia como consecuencia de la aplicación de los principios y disposiciones del Derecho comunitario y por la posible contradicción de las mismas por las normas del ordenamiento interno.

Aunque la doctrina contenida en ella es suficientemente conocida, la intención de exponer de la manera más clara posible la idea que aquí se quiere mantener hace que resulte obligado traer a colación la Sentencia *Simmenthal* (98), en la que el Tribunal de Justicia destaca especialmente el papel del Juez nacio-

(98) Sentencia de 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en el asunto 106/78, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*.

El texto completo de la Sentencia puede consultarse desde la página web del propio Tribunal de Justicia en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>.

nal en orden a la salvaguardia del principio de primacía del Derecho comunitario para el enjuiciamiento de cualquier norma legal, administrativa o judicial que produjera el efecto de disminuir la eficacia del Derecho comunitario. Dice, así, el Tribunal en el apartado 24 de la Sentencia de la que tratamos que el juez nacional tiene, no la facultad, sino la obligación (99), «dentro de los límites de su jurisdicción, de garantizar la eficacia plena de las normas del ordenamiento comunitario, incluso, dejando sin aplicación, por su propia autoridad, cualquier disposición del derecho interno que resulte contraria a aquéllas, incluso si ha sido dictada con posterioridad, sin necesidad de pedir o esperar la eliminación de tal disposición por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

En coherencia con lo anterior, recuerda Alonso García (100) que los problemas de constitucionalidad del Derecho comunitario suelen surgir en el seno de la actividad interna encaminada a su ejecución, y que, aunque los Tribunales nacionales —entre los que el autor incluye a los Tribunales Constitucionales— carecerían *ab initio* (101) de competencias para enjuiciar la constitucionalidad del Derecho comunitario (102), «ello no significa, sin embargo, que no mantengan intactas sus competencias para enjuiciar la constitucionalidad de las normas nacionales con fuerza o valor de ley, así, como en su caso, normas reglamentarias e incluso pura actividad administrativa que, por hipótesis, puedan ser el resultado de la ejecución de normas comunitarias».

En este sentido, aunque el Tribunal Constitucional dijo en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, que «la eventual infracción de la legislación comunitaria por las leyes estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria», sin entrar en el debate de fondo que ello plantea —pues no es materia a la que deban extenderse estas reflexiones—, será útil recordar, con Muñoz Machado, que «no es siempre sencillo distinguir entre las cuestiones constitucionales y las cuestiones de Derecho comunitario que plantea la aplicación de las normas europeas o la

(99) «A national court [...] is under a duty...», dice literalmente la Sentencia.

(100) ALONSO GARCÍA, Ricardo, «Los Tribunales Constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, marzo de 2006.

(101) El autor parte de la premisa de que el juicio de constitucionalidad de las normas del Derecho comunitario en parámetros nacionales —esto es, por su confrontación con la Constitución nacional— sólo puede plantearse cuando, con carácter previo, no ha sido posible su depuración en el marco del propio ordenamiento comunitario.

(102) Que correspondería, por el razonamiento recogido en la nota anterior, al Tribunal de Justicia.

resolución de los conflictos que se generan entre el Derecho comunitario y el interno» (103).

Establecido lo anterior, el mismo autor pone de manifiesto el papel —surrido de la extensión al ámbito del propio ordenamiento nacional de los principios derivados de la articulación de las relaciones entre aquél con el comunitario— que, cada vez con mayor relevancia, desempeña el Juez ordinario en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada que considera en crisis; una tendencia que está dando lugar a una involución del propio sistema hasta el punto de hacer aparecer los riesgos que precisamente con su implantación se quisieron evitar: «la inseguridad jurídica, la pérdida de certeza de las reglas de Derecho, la aplicación desigual de las normas en las diferentes partes del territorio del Estado según las valoren o interpreten los jueces y tribunales en su respectiva demarcación. Es decir, en fin, que con la misma velocidad que crece la responsabilidad del juez ordinario en relación con la valoración de las leyes, se acumulan también en el sistema jurídico general problemas que proceden de los modelos descentralizados de justicia constitucional» (104).

Si éstos son los riesgos cuya evitación motivó al constituyente para instaurar un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, quizás sería conveniente preguntarse sobre los efectos que, en paralelo, produciría la desaparición de la función nomofiláctica que, en un sistema de control también concentrado del resto del ordenamiento —incluso indirectamente de normas legales por la confrontación indirecta (a través de normas de inferior rango que las desenvuelven) con la Constitución—, ha venido desempeñando el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Quizás en ello encontremos definitivamente el sentido de la garantía institucional consagrada en el artículo 123.1 de la Constitución: asegurar la existencia de un órgano jurisdiccional superior que garantice la unidad del ordenamiento jurídico a través de la definición última —por su propia autoridad y no sólo por una mera opción de la mejor entre dos— del sentido de sus normas, garantizando con ello la ineludible igualdad que la seguridad jurídica, como principio básico, impone desde el respeto a la diversidad.

(103) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 5, mayo de 2004.

(104) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «La garantía jurisdiccional de la integridad...», *op. cit.*, pág. 17.

V. CONCLUSIONES

Llegar a una conclusión a partir de las reflexiones realizadas es, en contra de lo que pueda parecer, la parte más difícil de la exposición. Siempre podrá imputarse a quien la ha realizado un error, la ausencia de un argumento o simplemente la omisión de una alternativa a la cuestión examinada.

Asumiendo, como es obligado, las dos primeras, la posible responsabilidad derivada de la omisión mencionada en tercer lugar debe, sin embargo, rechazarse; aun siendo conscientes —en nuestro caso particular por contacto directo con la cuestión— de las dificultades de solventar el problema para el que se elaboraron las modificaciones legales que, en su esencia, han motivado estas líneas, el análisis que para suplir dicha omisión sería necesario hacer excedería con mucho del objetivo que las delimitó desde su inicio.

Que la acumulación de asuntos pendientes de resolución ante el Tribunal Supremo es preocupante es cuestión que no puede ser sometida a discusión por ser de sobra conocida y asumida tanto desde fuera como desde dentro del propio órgano. Sin embargo, sí puede —y debe— ser objeto de reflexión detenida la posibilidad de que la solución legislativa examinada no sea la más conforme con la configuración constitucional del órgano jurisdiccional principalmente afectado por la reforma emprendida.

Si el recurso de casación era el eje central y definidor de las funciones de conservación del ordenamiento jurídico y de garantía de su unidad, a través de su interpretación uniforme, que el Tribunal Supremo tenía en el momento de aprobarse la Constitución, no resultará forzado —sino que más bien será forzoso— considerar que tales funciones fueron las que llevaron al constituyente a incluir en ella un precepto como el artículo 123.1, consagrando a través de él una garantía institucional para el órgano al que el mismo se refiere.

La modificación del contenido de dicha garantía puede llevar a configurar al Tribunal Supremo como un órgano distinto al que la Constitución quiso que fuera, al que ha sido siempre: un Tribunal de Casación, con todas las atribuciones, pero también con toda la responsabilidad que el serlo lleva aparejada.

Sin embargo, más allá de la importancia que tenga el ser o el no ser, el conservar o no una determinada imagen identificativa en la conciencia social, la mayor relevancia de la posible afectación de la garantía institucional radica en que involucra de lleno a quienes, titulares últimos de esa conciencia social, resultan serlo también de derechos que han de ser garantizados con la misma intensidad y en idéntica forma en la aplicación de las normas, sea cual fuere la parte del territorio en la que tal aplicación se lleve a cabo.

La diversidad amparada por nuestro Texto Fundamental encuentra su complemento en la ineludible igualdad que como valor, principio y derecho fundamental también se consagra en la Norma Suprema. Una igualdad que, en la aplicación de la ley, está llamado a tutelar en último extremo, y como órgano superior en todos los órdenes, el Tribunal Supremo. Que lo pueda seguir haciendo o no, o en los términos que resultasen, en su caso, de la aprobación de una reforma legislativa como la aquí examinada, es la cuestión que nos ha ocupado a lo largo de este trabajo y que funda la conclusión final ya deducida: un Tribunal al que no se le permita pronunciar su propia palabra en la interpretación y aplicación de la ley, y cuyo papel se reduzca al de actuar como juez de jueces, limitando su función a la de determinar cuál de entre dos pronunciamientos judiciales contradictorios es el mejor, podrá ser —si su decisión llegara a ser vinculante— un Tribunal jerárquicamente superior pero no un Tribunal Supremo; no, al menos, el que quiso garantizar el artículo 123.1 de la Constitución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, César: «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio de 2006.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «El Juez nacional como Juez europeo a la luz del Tratado Constitucional», *Constitución europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- «Los Tribunales Constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 11, marzo de 2006.
- AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV, Madrid, Civitas, 1991.
- BAÑO LEÓN, José María: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.
- BARAK, Aharon: *Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, 2002.
- BONNEAU, Thierry: *La Cour de Cassation et l'application de la loi dans le temps*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- BRENNAN, James J.: «The Supreme Court's excessive deference to legislative bodies under amendment sentencing review», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, núm. 3, 2004.
- CALAMANDREI, Piero: *La casación civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

- CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «El Tribunal Superior de Justicia», *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 18 (extraordinario), dedicado a *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, 1997.
- CHARTIER, Yves: *La Cour de Cassation*, Paris, Dalloz, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: «El Poder Judicial (Breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.
— *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991.
- ESTEVE PARDO, José: «La garantía institucional y/o función constitucional en las Bases de Régimen Local», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: *Derechos Fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial: derecho a la educación, autonomía local y opinión pública*, Madrid, Civitas, 1994.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, Colex, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: «La “norma fundamental” que confiere validez a la Constitución española y al resto del ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, vol. I, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983.
- HALL, Kermit L.: *Judicial review and judicial power in the Supreme Court*, New York, London Garland Publishing, 2000.
- IBARRA ROBLES, Juan Luis, y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos: «El principio de unidad jurisdiccional en el Estado autonómico», *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, vol. I, Madrid, Colex, 2005.
- JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1995.
Libro Blanco de la Justicia, vol. I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1976 (reimp. 1986).
- LÓPEZ GUERRA, Luis: «Estado Autonómico y Tribunales Superiores de Justicia», *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «Martin Wolff y el concepto de garantía institucional», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: «El poder judicial en el Estado autonómico», *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. IV: VIII, *Organización Territorial del Estado*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- MOLFESSIS, Nicolas: *La Cour de Cassation et l'elaboration du droit*, Paris, Economica, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «La garantía jurisdiccional de la integridad y superioridad de la Constitución», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 5, mayo de 2004.
- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. I, Madrid, Civitas, 1982.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.
- PIZZORUSSO, Alessandro: «La posición constitucional del Tribunal Supremo», *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución Española*, Madrid, Tribunal Supremo, 2004.
- PORRAS RAMÍREZ, José María: «Unidad jurisdiccional y autonomía política. La posición constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- REVERÓN PALENZUELA, Benito: *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Granada, Comares, 1996.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «La función del Derecho y del Juez en la Unión Europea», *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 657, 2000.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: *El Recurso de Casación para Unificación de Doctrina: revisión crítica*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1999.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en VVAA: *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, vol. 5, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1990.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: «El papel del Juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 16, 1997.
- SEGAL, Jeffrey Allan: *The Supreme Court in the American legal system*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- URETA DOMINGO, Juan Carlos: «Unidad del ordenamiento, unidad jurisdiccional y Estado de las Autonomías», *El Poder Judicial*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La posición constitucional del Tribunal Supremo», *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución Española*, Madrid, Tribunal Supremo, 2004.

RESUMEN

La reforma procesal instada por el Gobierno ante el Parlamento español en julio de 2005, en lo que a la modificación del tradicional régimen del recurso de casación se refiere, afecta a una serie de cuestiones que, más allá de la necesidad declarada de dar solución a un retraso —ya cada vez menor— en la resolución de esta clase de recursos por el Tribunal Supremo, trascienden a las de mero procedimiento para entrar de lleno en la configuración de uno de los poderes del Estado: el Poder Judicial.

Los motivos y unas posibles consecuencias de su pretendida «territorialización» son objeto de atención en las líneas escritas a continuación acerca de una reforma legislativa que, de aprobarse en el modo propuesto, habría de producir una profunda transformación en la concepción que del Poder Judicial y del órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales se consagró en la Constitución de 1978.

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial. Tribunal Supremo. Recurso de casación. Estado Autónomico.

ABSTRACT

The procedural reform that the Government urged from the Spanish Parliament in July of 2005, related to the modification of the traditional regime of appeals before the Spanish Supreme Court, affects a number of questions that, besides the declared necessity of finding a solution for the delay —shorter than it used to be— of this highest jurisdictional organ in pronouncing its sentences, go beyond the proceeding ones to get completely involved by the configuration of one of the powers of the State: the Judicial Power.

The motives and some hypothetical consequences of turning the Judicial one into a «territorial power» are considered in the following lines, concerned by a legislative reform that, on the assumption of it were finally approved as raised, should produce a deep change in the way in which either that state Power and the Supreme Court of Spain were regulated in the Constitution of 1978.

KEY WORDS: Judicial Power. Supreme Court. State of the Autonomies.

