

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES: PERSPECTIVA ESPAÑOLA

*Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema de fuentes del Derecho en el Código Civil español y algunas precisiones añadidas. 3. La incorporación de la jurisprudencia constitucional y de la supranacional como fuentes del Derecho. 3.1. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3.2. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.3. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4. El Tribunal Supremo como eventual creador de normas jurídicas: 4.1. Perspectiva tradicional. 4.2. Intentos de reforma. Crítica. 5. La casación como vía de creación normativa: 5.1. La tradicional función nomofiláctica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus otras funciones. 5.2. El Tribunal Supremo como órgano creador de precedentes normativos. 5.3. Los precedentes y los demás órganos jurisdiccionales. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción.

Plantear el tema del valor de la jurisprudencia de la Altas Cortes supone afrontar una serie de cuestiones profundas y de indiscutible actualidad en el Derecho comparado, que tienen una amplia trascendencia desde una perspectiva de Derecho público y nos sitúan ante la necesidad o la eventualidad de reformas que afecten a alguno de los ejes del propio sistema constitucional.

En primer lugar, determinar cuál es y, sobre todo, cuál debe ser el valor de la jurisprudencia implica situarla en un esquema determinado y jerarquizado de fuentes de un concreto ordenamiento jurídico, y de manera más relevante todavía, supone decidir si debe haber una línea clara de separación entre Legislación y Jurisdicción, y en su caso, dónde situarla.¹ Estamos hablando en último término de la

* *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, España. Licenciado y Doctor por la misma Universidad. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor Titular de Derecho Procesal (1994-2007). Docente de grado, postgrados, doctorados y maestrías en diversas Universidades europeas e iberoamericanas. Director de la sede de Bogotá para América Latina de la Fundación General de la Universidad de Salamanca. Investigador principal del Grupo Reconocido de Excelencia "IUDICIUM: Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca". Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Kansas (EEUU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania).*

¹ *Esta era el punto de vista que adoptaba CAPPELLETTI, M., ¿Jueces legisladores?, Lima, 2010, pp. 111 y ss, cuando se preguntaba "si la creatividad judicial, o una acentuada medida de ella, hace del juez un legislador".*

relación entre los poderes públicos en el ejercicio de sus más importantes funciones, todo ello enmarcado en una específica configuración constitucional e incluso, en la medida que los mestizajes nos lo permitan, en un determinado sistema jurídico.²

En segundo lugar, surge la cuestión de la posición de las Altas Cortes, que ha planteado situaciones espinosas sobre todo cuando a un órgano jurisdiccional que llevaba varios siglos siendo considerado unánimemente como “supremo” se le coloca desde el máximo nivel jurídico otro de nueva planta al que se le concede expresa fuerza de obligar, ya sea en el ámbito interno con la constitución de las Cortes Constitucionales³ o, más recientemente, con la creación de órganos jurisdiccionales supranacionales a los que pueden acceder los propios nacionales para impugnar decisiones emanadas de sus propios órganos constitucionales y que vulneran proclamaciones consensuadas de derechos humanos, normas más concretas de sistemas de integración regional o incluso la propia jurisprudencia de tales órganos supranacionales, que en este sentido tendría un amplio efecto en todas las comunidades jurídicas de los Estados vinculados al concreto sistema supranacional.⁴

Además, todo ello conlleva examinar el punto central de la vinculación a lo que decida cada una de estas Altas Cortes, no en el sentido de la obligatoriedad de las concretas partes procesales que, en su caso, puedan quedar afectadas por la autoridad de la *res judicata*, sino más allá, respecto a todos los componentes de cada una de las comunidades jurídicas, y muy especialmente respecto a los demás órganos jurisdiccionales que deben atenerse al sistema de fuentes establecido, a sabiendas de que es innegable la multiplicación de productores de normas jurídicas en muchos de los actuales ordenamientos por las diversas descentralizaciones del poder político, tanto *ad intra* como *ad extra* del tradicional Estado-nación.

Tras todas estas cuestiones no se oculta la discusión sobre las más adecuadas funciones que deberían cumplir las Altas Cortes, cada una de ellas con sus particularidades y su contexto histórico y actual. Es más, podríamos afirmar que se observa por lo menos en algunos lugares una necesidad de definir mejor y, en definitiva, de actualizar el rol de los Tribunales Supremos surgidos como consecuencia no sólo de las convulsiones, sino sobre todo de las desconfianzas de las

2 Es cierto que, por un lado, conviene relativizar la existencia histórica de estrictas diferencias jurídicas entre los grandes sistemas jurídicos y, por otro lado, es innegable que en bastantes aspectos ha habido un acercamiento entre estos sistemas, aunque cabe preguntarse si se mantienen todavía a grandes rasgos las principales diferencias político-constitucionales. Vid. FERRERES COMELLA, V., “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES, V., y XIOL, J.A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, pp. 47-51.

3 Se ha hablado así en distintos ordenamientos jurídicos de “Guerra de las Cortes”, como en Italia, en Colombia o en España, lo cual nos da indicios de que esas confrontaciones no son exclusivas de sistemas concentrados de control de constitucionalidad. En realidad en España los problemas han venido al resolver el Tribunal Constitucional recursos de amparo contra resoluciones dictadas por alguna de las Salas del Tribunal Supremo sin limitarse exactamente a un mero control de garantías constitucionales. Vid. SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

4 Se trata de una interesante función armonizadora de estos órganos supranacionales. Así MERRILLS, J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester-New York, 1988, p. 9, afirma que “this is essentially a question about the impact of human rights law on national sovereignty and the role of international adjudication in establishing and enforcing uniform standards”.

principales revoluciones liberales. Alguna manifestación de estas propuestas de cambio ha tenido lugar en el Derecho español y deberá ser examinada más adelante.

2. El sistema de fuentes del derecho en el Código Civil Español y algunas precisiones añadidas.

El Título Preliminar del Código Civil (CC) ya desde su redacción original de 1889 ha tenido una importancia singular para el ordenamiento español por contener importantes normas generales sobre las fuentes del Derecho, su eficacia y su aplicación, que se consideraron aplicables no sólo al Derecho privado, sino también como regulación subsidiaria al resto de las ramas jurídicas. De hecho el encabezamiento originario era “De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”, partiendo de un contexto político-normativo en que era clara la primacía cualitativa y cuantitativa de la ley en sentido estricto, a diferencia de la mayor complejidad que el siglo XX deparó al conjunto de fuentes normativas: por un lado, por el mucho mayor intervencionismo del Ejecutivo en la creación de normas, y por otro, por la considerable apertura al exterior sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial –y en España tras la dictadura franquista– de donde nos llegan también normas con fuerza vinculante y, lo que es todavía más interesante, sentencias a las que el Estado se ha obligado expresamente a acatar, aunque ello pueda suscitar periódicamente problemas y complejas discusiones jurídicas.

En este texto originario había una sola referencia al esquema de fuentes del Derecho, en el artículo 6, donde tras determinar que el Tribunal que rehusara fallar a pretexto de silencio, oscuridad o

insuficiencia de las Leyes, incurriría en responsabilidad, añadía que en caso de no existir ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicaría la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho. La jurisprudencia se tenía en cuenta sólo en la escasamente respetada Disposición Adicional Tercera CC, todavía vigente: “En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir”. De lo que deriva, sin embargo, una interesante y elemental consideración para lo que estamos aquí tratando, pues se asume que ya en ese momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sería solamente el reflejo directo e inmediato de lo establecido por el propio Código Civil, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que de su contenido se pueden deducir posiciones diversas de las que se observan en la letra del Código, e incluso pueden llegar a manifestarse necesidades de reforma de la ley en sentido estricto, que deben ser recogidas por la hoy denominada Comisión General de Codificación, que según el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, es definida como «el órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia».

El 31 de mayo de 1974 se promulgó el Decreto núm. 1836 por el que se sancionó con fuerza de Ley el nuevo texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, siguiendo la Ley de Bases de 17 de marzo del año anterior. Ahora el primer artículo del Código Civil es el que enumera con una

mejor sistemática las fuentes del Derecho del ordenamiento español: “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Se establece el principio de jerarquía normativa y se menciona expresamente el valor de la jurisprudencia en el apartado sexto: “La jurisprudencia complementará 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”. Por lo tanto, en un principio no se contiene entre las normas del ordenamiento jurídico de obligado cumplimiento la opinión reiterada procedente de la labor cotidiana de las Salas del Tribunal Supremo, aunque sí se le concede un valor complementario, que a la postre se convierte en fundamental para los prácticos del Derecho, con lo que se afirma sin exageración alguna que de este modo adquiere una “cierta trascendencia normativa”.⁵

Por supuesto esto nos coloca ante una posición ambigua de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si bien el artículo 6 CC vendría a suponer una concreción del artículo 9.3 de la Constitución, por el cual la Ley fundamental proclama garantizar, entre otros, el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la fluidez característica de la jurisprudencia supone con frecuencia problemas en alguno de estos principios básicos del ordenamiento, en particular respecto a la seguridad jurídica, que en algunos casos ha alcanzado niveles preocupantes sobre todo por cuanto se refiere al ámbito penal en que se han manifestado opiniones contradictorias en la misma Sala con escasa diferencia temporal.⁶

Tales controversias tienen una de sus explicaciones en la diversa integración de las

5 Como se señala en la propia Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo: “A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”.

6 Son un ejemplo claro de esa alarmante discrepancia de un órgano consigo mismo las sentencias sobre la toma de muestras de ADN a efectos probatorios, por ejemplo, entre las Sentencias del TS (Sala 2.ª, de lo Penal) núm. 634/2010 de 28 junio 2010 y la STS núm. 685/2010, de 7 julio, sobre el consentimiento del imputado detenido. Vid. al respecto más ampliamente, entre otros: MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 46, febrero, 2008, y del mismo autor, “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, *La Ley Penal*, núm. 89, enero, 2012; NIEVA FENOLL, J., “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, mayo, 2010; DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Madrid, 2014, pp. 93-139; CADENA SERRANO, F.A., “EL ADN en la doctrina del Tribunal Supremo”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 143-170; SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba...*, op. cit., pp. 171-221; PLANCHADELL GARGALLO, A., “Toma de muestras de ADN abandonadas: Análisis jurisprudencial”, *La prueba*, op. cit., pp. 223-258; PÉREZ CEBADERA, M.A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de muestras”, *La prueba...* op. cit., pp. 259-272.

Salas según cada caso, siguiendo el turno preestablecido. La variedad de opiniones alcanza mayorías variadas en cada caso y la forma de armonizar estas diferencias se ha encontrado de modo frecuente en la reunión de todos los magistrados que forman la Sala para llegar a un Acuerdo no jurisdiccional, conforme al artículo 264.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ),⁷ según el cual “Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales.”⁸ Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de Sala”, teniendo en cuenta también que el apartado segundo del mismo artículo dispone que “En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan”. Se trata pues del paradójico propósito de intentar armonizar la doctrina jurisprudencial, pero sin restringir lo más mínimo, por lo menos expresamente, el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Lo que en realidad se pretende es no alterar el fundamento de la independencia jurisdiccional que viene a ser, conforme al artículo 117 de la Constitución, el sometimiento al imperio de la ley,⁹ entendiendo sin embargo esta última expresión no en un anticuado sentido

estricto, como ley formal, pero tampoco como un sometimiento al completo conjunto del ordenamiento jurídico, pues uno de las funciones contemporáneas de la jurisdicción es precisamente el control de la potestad normativa del Ejecutivo, de lo que tenemos una clara expresión en el artículo 6 de la LOPJ (“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”). De este modo lo que el legislador orgánico quiso precisar, al dejar a salvo la independencia en el enjuiciamiento y en la resolución de los procesos de que conozcan, era el carácter no normativo de estos acuerdos, con lo cual un órgano jurisdiccional, por muy preeminente que fuera, no se estaba convirtiendo en legislador, por lo menos en el plano teórico. Sin embargo, volvamos a un importante rasgo de estos acuerdos: no son adoptados por un órgano jurisdiccional ejerciendo funciones jurisdiccionales, sino funciones gubernativas o de organización interna. Estas consideraciones no nos resuelven, por tanto, la cuestión sobre el alcance de esa “cierta trascendencia normativa de la jurisprudencia”.

Es claro, por tanto, que estos acuerdos no configuran formalmente jurisprudencia alguna, ni mucho menos normas directamente vinculantes,¹⁰ pero también lo es su relevancia práctica que no por casualidad

7 Vid. MARTÍNEZ FRANCISCO, N., *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013.

8 Sobre el mismo caso que antes se ha puesto como ejemplo, vid. RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, *Diario La Ley*, núm.8445, 19 de diciembre de 2014, pp. 1 y ss.

9 Vid. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 40-41.

10 Como dice la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal: “... este Acuerdo no tiene carácter vinculante ni valor jurisprudencial, pues solo lo adquirirá en la medida en que sus soluciones se vean reflejadas en las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la Sala Primera del TS.”

viene demostrada en que tales acuerdos ya se contienen en las compilaciones privadas de los códigos y leyes complementarias, pues a los juristas en general les interesa sobremanera saber cómo se ha acordado determinada cuestión en una de las Salas del Tribunal Supremo, y ello aún más cuando en ocasiones esa armonización “no jurisdiccional” se produce incluso rozando la legalidad, si no directamente contra ella, como ocurrió por ejemplo respecto a la determinación de las resoluciones recurribles a través del recurso de casación civil por la Junta General de la Sala 1.^a, de lo Civil, del Tribunal Supremo Español.¹¹

Es conveniente añadir, antes de entrar en mayores pormenores, que la casación tiene una regulación diversa según el orden jurisdiccional de que se trate. Sin ir más lejos, en el proceso civil español la Ley 1/2000 procedió a una separación drástica entre la casación por infracción de ley y lo que antes se había conocido como casación por quebrantamiento de forma y, en consecuencia se pretendía que la primera quedara reservada a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo,¹² mientras que la segunda, con

el nombre de recurso extraordinario por infracción procesal, se atribuyera a cada una de las Salas de lo Civil y lo Penal – obviamente, en tanto que Salas de lo Civil- de cada uno de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia –uno por cada una de las Comunidades Autónomas españolas-. La ausencia de una mayoría parlamentaria suficiente impidió que la reforma orgánica fructificara, con lo que no pudo atribuirse competencia a estos últimos órganos, y por consiguiente se tuvo que improvisar una regulación transitoria y supuestamente provisional, por la que el conocimiento de este recurso por infracción procesal se atribuye a la Sala 1.^a el Tribunal Supremo, pero de forma separada de la nueva regulación de la casación. Para testimoniar que en nuestro país lo provisional puede durar más que lo definitivo no está de más añadir que estas disposiciones provisionales son las que aún hoy en día siguen vigentes.

Mientras tanto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) sigue distinguiéndose entre casación por infracción de ley (por la que tiene también su vía de entrada el error en la valoración de la prueba –art. 849.2-) y

11 En el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1.^o del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 de “criterios sobre recurribilidad, admisión, y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, entre otras decisiones, se determinó que los tres apartados del 477.2 LEC constituirían supuestos distintos y excluyentes, entendiendo que en los procedimientos determinados por razón de la cuantía sólo cabría casación cuando excediera de la cuantía fijada en la norma, con lo cual se excluían los de cuantía indeterminada, mientras que el criterio del interés casacional se aplicaría sólo a las sentencias recaídas en procedimientos determinados por razón de la materia, excepto las de tutela civil de derechos fundamentales que se recogen expresamente el punto primero de ese apartado como resoluciones recurribles. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia*, 2001, núm. 2, pp. 1 y ss. y NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003, pp. 211-213.

Fue la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la que procedió a una modificación legal de las resoluciones recurribles por la cuantía “para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos”, como afirma su Exposición de Motivos.

12 Siempre en tanto no fuera de aplicación la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia por estar implicadas cuestiones relativas a la interpretación o la aplicación del Derecho civil foral o especial, con vigencia en algunas zonas de algunas Comunidades españolas.

la casación por quebrantamiento de forma, que a su vez se subdivide en infracciones relativas al procedimiento (art. 850) y aquellas otras relativas más propiamente a la sentencia (art. 851). La inclusión de motivos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma se mantiene también en el recurso de casación previsto en el proceso administrativo español¹³ y asimismo en el proceso laboral,¹⁴ aparte de la previsión de recursos para la unificación de doctrina o en interés de la ley. La casación, por lo tanto es plural y heterogénea, y habrá que considerar si las diferencias que se han apuntado influyen de alguna manera en las principales cuestiones que nos hemos planteado o si su función nuclear se mantiene en todos estos casos y las propuestas de reforma son aplicables en todos ellos por igual

3. La incorporación de la jurisprudencia constitucional y de la supranacional como fuentes indiscutibles del derecho.

3.1. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Donde con mayor claridad se produce un acercamiento de la función jurisdiccional

a la de creación del Derecho es cuando se incorporan al ordenamiento, de manera más o menos directa, ciertos tribunales a los que el propio sistema jurídico les otorga funciones que tienen efectos bastante más allá de las estrictas partes procesales.¹⁵ Así el control de constitucionalidad de las leyes por un órgano de rango constitucional, pero con funciones inequívocamente jurisdiccionales, produce una transformación en los efectos del proceso y una primera conclusión concreta acerca del valor de cierta jurisprudencia que termina siendo acogido por la propia legislación.

Conviene recordar que estamos hablando de “jurisdicción constitucional”, en términos kelsenianos, en la medida en que un Tribunal independiente deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, entre otras cuestiones, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes) o de actos procedentes de otros órganos pero con una fuerza de obligar equiparada a la ley formal (Decretos Leyes y Decretos Legislativos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de constatar su inadecuación a las normas de la Constitución.¹⁶ Se trata de un órgano que ejerce jurisdicción,¹⁷ aunque esta conclusión haya sido fruto de polémicas

13 Vid. Arts. 88, 96 y 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

14 Vid. Arts. 207 y 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social.

15 Justamente tenía presente estas circunstancias CAPPELLETTI, M., *¿Jueces...*, op. cit., pp. 113-114, cuando se preguntaba si en estos casos la función jurisdiccional terminaba parificándose a la legislativa, y si esos jueces terminan invadiendo el campo del poder legislativo.

16 Kelsen, H., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución”, en SCHMITT, C., y Kelsen H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009, p. 302.

17 En palabras de PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, p. 185: “aquella potestad constitucional ejercida, exclusiva y excluyentemente, por Tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes”.

profundas.¹⁸ Sin embargo, desde mi perspectiva procesalista, creo perfectamente defendible que incluso en estos casos de puro control de constitucionalidad de las leyes o de otras normas con rango de ley se sigue un verdadero proceso jurisdiccional para declarar si la pretensión de inconstitucionalidad está debida fundada o no, y en consecuencia debe ser acogida en la sentencia del órgano controlador. Lo que cambia respecto a los procesos de la jurisdicción ordinaria es justamente el objeto procesal que conlleva a su vez un objeto litigioso peculiar: el derecho objetivo de rango legal. De ahí es fácil deducir que en los supuestos de constatación de inconstitucionalidad el principal efecto es la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma contraria al texto constitucional, y ello, por supuesto, con eficacia erga omnes. Por tanto, aquí ya tenemos unas consecuencias claras en el nivel normativo.¹⁹

Como resulta obvio, este esquema abstracto, pero plenamente aplicable al ordenamiento español, en que el control de constitucionalidad se concentra en el Tribunal

Constitucional, un órgano jurisdiccional creado por la propia Constitución de 1978 y con un régimen jurídico específico que empieza a trazarse en la Constitución pero que se desarrolla en una legislación específica y separada de la relativa a otros órganos jurisdiccionales,²⁰ debe sufrir matizaciones importantes si lo aplicamos a otros ordenamientos, especialmente en los que se produce un control difuso de constitucionalidad y en principio unos efectos limitados a las partes, aunque de modo indirecto y sobre todo si existe la vinculación al precedente pueda alcanzar, en su caso, una extensión subjetiva también amplia.

En el contexto español este control se produce tanto a través del recurso de inconstitucionalidad como de la cuestión de inconstitucionalidad. En el primer caso se trata de un control más bien político, pues los legitimados son el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas, mientras que la cuestión de inconstitucionalidad, de

18 Kelsen, H., *“¿Quién...”, op. cit., p. 316: “por qué un autor de un espíritu tan fuera de lo común, como Carl Schmitt, se enreda en contradicción tan manifiesta sólo con el fin de poder mantener su tesis de que el control de constitucionalidad no es jurisdicción, sino legislación, cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas”.*

19 Esta claridad genérica no debe ocultar que implica necesariamente a su vez una serie de cuestiones complejas, que en los casos concretos no siempre se han resuelto con claridad. Así por ejemplo, respecto a los límites temporales en que la sentencia de inconstitucionalidad debe operar: si *ex nunc*, es decir, desde el momento de la declaración del Tribunal o si, por el contrario, deben extender sus efectos *ex tunc*, o sea, desde su entrada en vigor. Muchas veces son consideraciones extrajurídicas las que fundamentan la respuesta a esta cuestión, y sobre todo relacionadas con la Hacienda Pública: vid. STC 45/1989, de 20 de febrero.

20 Se trata de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Mientras que es la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial es la que desarrolla el mandato del artículo 122.1 CE: “La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”.

clara ascendencia italiana, es el juez en un caso concreto el que, si la norma con rango de ley es posterior a la Constitución, se ve obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el órgano concentrado de control de constitucionalidad, y los efectos serán específicos para el caso concreto que está conociendo el juez ordinario al que ha surgido la duda respecto a la validez de una norma de cuya validez dependa el fallo.²¹

Pero sería erróneo deducir de todo ello que el Tribunal Constitucional cumple una función normativa de carácter meramente negativo. Es amplia ya la experiencia de los órganos de control de constitucionalidad y es unánimemente aceptada en la actualidad una variedad de funciones más creativas de este tipo de órganos,²² empezando por la frecuencia de emisión de sentencias interpretativas, en las que se pretende salvar la inconstitucionalidad si los órganos jurisdiccionales ordinarios interpretan la ley en un sentido determinado, o sobre todo con las llamadas “sentencias manipulativas” o incluso “aditivas”, en las que hay una inequívoca modificación del sentido primigenio de la norma en cuestión, o especialmente en los casos de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”,²³ en que la propia Corte lleva a cabo por lo menos

una conminación al legislador, cuando no legisla ella misma por una suerte de vía de sustitución.²⁴

En cualquier caso, es importante señalar que en la propia ley donde se desarrollan los rasgos principales del “Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional”, el Título Preliminar de la Ley Orgánica 6/1985, recoge dos aspectos que nos interesan especialmente en este estudio: en primer lugar, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales interpreten las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1), con lo que la interpretación constitucional emanada de este órgano concentrado adquiere un alcance normativo muy destacado, particularmente si se tiene en cuenta que normas tan básicas en nuestro ordenamiento como el vigente Código de procedimientos penales, conocido tradicionalmente como “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, es de una fecha tan antigua como 1882.²⁵

En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, el apartado cuarto del mismo artículo 5 LOPJ introduce “en todos los casos

21 Vid. BLASCO SOTO, M.C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, 1995.

22 Vid. ampliamente, MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, 2003.

23 Vid. VILLAVERDE, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997, y REIFARTH MUÑOZ, W., y otros, “Cien años de soledad: La inconstitucionalidad por omisión”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 39, 2013, pp. 457-478.

24 Un ejemplo notable es el relativo a la protección procesal de los intereses difusos y colectivos en Venezuela, sobre el cual puede verse BADELL MADRID, Rafael, “La protección de los intereses difusos o colectivos en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 2, 2014, pp. 13-41.

25 Se inscriben en este contexto las vicisitudes por la deficiente regulación de la interceptación de las comunicaciones en el Derecho español, precisamente debido a las manifiestas carencias de la ley. Así en la sentencia del caso Prado Bugallo contra España (STEDH de 18 de febrero de 2003) se afirmaba que “Estas lagunas han sido ya destacadas por los órganos jurisdiccionales superiores españoles, que han estimado que las modificaciones operadas por esta ley eran insuficientes para responder a las garantías en caso de escuchas telefónicas. He ahí por qué, además de estas

en que, según la ley, proceda recurso de casación” la posibilidad de fundamentarlo únicamente con la infracción de precepto constitucional, siendo competente el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. Esta vía ha servido para encauzar en particular numerosas alegaciones de infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, partiendo a su vez de las consideraciones que sobre la misma ha ido realizando el Tribunal Constitucional. Hay pues una retroalimentación entre ambas Altas Cortes por este cauce, ya que las alegaciones no se limitan a lo que proclama la Constitución, sino también como es obvio a lo que sobre ello ha ido declarando el máximo intérprete de la Constitucional en su abundante jurisprudencia, con esa fuerza normativa que le otorga el primer apartado de este artículo 5 que estamos comentando.

Debe puntualizarse finalmente que la mayor parte de la labor del Tribunal Constitucional se dedica a la resolución de procesos constitucionales por infracción de derechos fundamentales, los llamados por la propia

Constitución como “recursos de amparo” (art. 161.1.b CE).²⁶ Los efectos de las sentencias que en ellas recaigan, pese a su inmediato efecto *inter partes*, integran el acervo jurisprudencial que debe ser tenido en cuenta al aplicar cualquier norma del ordenamiento jurídico.²⁷

3.2. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

La internacionalización de las garantías fundamentales y la creación de unos órganos específicamente dedicados a la interpretación y aplicación de las convenciones internacionales donde se proclaman tales garantías nos sitúa aún en una perspectiva distinta, que en una panorámica como la que exponemos no debe ser olvidada,²⁸ justamente por los amplios efectos normativos que tiene la jurisprudencia de estas Cortes supranacionales, llegando a fundamentar un cierto orden público de los derechos humanos²⁹ que ha sido tenido en cuenta incluso como base para la paulatina armonización normativa que se está

disposiciones legislativas, el Tribunal Supremo, principalmente en su decisión del 18 de junio de 1992, así como el Tribunal Constitucional, han estimado necesario determinar toda una serie de garantías complementarias para precisar la extensión y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de documentación e las conversaciones interceptadas y su utilización por el juez de instrucción”.

26 Vid. CASCAJO CASTRO, J.L., y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1984, y GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo*, Madrid, 2010.

27 Al margen de ello, téngase en cuenta que el propio Tribunal Constitucional al resolver sobre algún recurso de amparo por medio de alguna de sus secciones puede plantearse lo que se conoce como una “autocuestión” de inconstitucionalidad, si estima que alguna de las normas con rango de ley aplicables vulnera la Constitución, con lo que el asunto pasaría al pleno y la sentencia pasaría a tener efectos erga omnes. Un significativo ejemplo fue la STC 47/2000, de 17 de febrero, sobre la prisión provisional.

28 Como afirmaba MÜLLERSON, R.A., “Monitoring Compliance with International Human Rights Standards” in *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, p. 125: “One important way to increase compliance with norms of international law is to employ international machinery and procedures”.

29 Cfr. FROWEIN, J.A., “La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea”, *Justicia*, 1988, t. IV, pp. 967-988.

desarrollando desde hace unos quince años en el Espacio judicial europeo.

Así, al margen de los efectos propios, sean cautelares o definitivos, de las resoluciones recaídas en el proceso supranacional para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que afectarán como es natural a las partes de las controversia, y que básicamente implicarán la autoridad de la cosa juzgada *inter partes*,³⁰ son más interesantes para el enfoque que tenemos planteado los efectos indirectos, no de “cosa juzgada” sino más bien de “cosa interpretada”, que se derivan del conjunto de sentencias emanadas de este órgano jurisdiccional desde 1959. La doctrina que se va construyendo a través de sus numerosas resoluciones, por supuesto, no del todo homogénea, tiene un cierto efecto uniformizador que luego se ve reflejado en muchas recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa –*soft law*, pero también en el texto de numerosos convenios internacionales auspiciados por la misma organización internacional y que, a su vez, han sido recogidos por la Unión Europea –una organización distinta, pero cuyos todos sus Estados miembros forman parte a su vez del Consejo de Europa-, de modo que bastantes de las normas del

Espacio de libertad, seguridad y justicia tienen el objetivo de perfeccionar la labor ya iniciada por la otra organización.

Tiene sentido además traer a colación esta jurisprudencia, porque encuentra su entrada en el ordenamiento jurídico español al amparo del artículo 10.2 CE, pues esta disposición colocada en el umbral del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales establece una auténtica cláusula de apertura constitucional. Establece en realidad una norma de interpretación por la cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España. Expresamente nada dice sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pero nadie discute que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 debe ser interpretado a partir del acervo del órgano especialmente creado para su protección supranacional.³¹ De este modo diversas sentencias del Tribunal Constitucional han acogido la doctrina de este Tribunal para concretar conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la sección primera del capítulo segundo del Título primero de nuestra Constitución,

30 Ha sido una cuestión mucho más debatida la de la verdadera naturaleza de estas sentencias, confundiendo una división de funciones entre el órgano supranacional y los órganos internos de los Estados para la obligada ejecución de sentencias de condena, con sentencias meramente declarativas. La doctrina internacionalista ha subrayado esta última perspectiva, y la procesalista ha llamado la atención acerca de la inexistencia de cauces adecuados para la eficacia interna de estas sentencias.

31 El valor interpretativo del propio convenio se extiende a la jurisprudencia del Tribunal con base en el artículo 32.1 del mismo: “La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que les sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El valor en Derecho español de la Jurisprudencia del TEDH”, *Boletín de Información del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987, p. 11.

paradigmáticamente el de “dilaciones indebidas”, y así se produce una extensión de la aplicación de la jurisprudencia que la acerca mucho a la de los efectos de las normas jurídicas, incluso podríamos decir que en realidad se produce una imprescindible combinación entre norma constitucional y jurisprudencia que le otorga a esta última carácter plenamente normativo.

3.3. El valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El ámbito de la Unión Europea es jurídicamente complejo y nos interesa únicamente en la medida que nos permita calibrar el valor normativo que puede derivarse de las sentencias del principal órgano jurisdiccional: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo.³² De entre los muchos y variados procedimientos a través de los que este órgano controla la interpretación y la aplicación del cada vez más enrevesado Derecho europeo nos interesa el mecanismo de las cuestiones prejudiciales.

Así el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán plantear

cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. En principio se contempla como una facultad de cada órgano jurisdiccional, se supone que de oficio o a instancia de parte, que valorará las circunstancias y la necesidad de acudir al órgano de Luxemburgo para aclarar una duda normativa de la que dependa el fallo que debe pronunciar. Sin embargo, si nos encontramos ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso –lo cual incluye obviamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo–, ya no se trata de una mera facultad de estos órganos sino que se configura como una verdadera obligación de acudir a recabar la interpretación o, más ampliamente, la opinión jurídica del más importante órgano jurisdiccional de la Unión Europea, que de este modo se sitúa en una posición privilegiada para el control de legalidad de la aplicación del Derecho Europeo y, a su vez, para contribuir a una armonización jurídica en todo el espacio de la Unión.³³

Al obtener la respuesta, referida naturalmente a las preguntas directamente planteadas por el órgano nacional, podrá ponerse fin al

32 Sobre la eventual función de este órgano como Tribunal Constitucional Federal europeo, sobre todo tras la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales a través del Tratado de Lisboa de 2007, vid.. HINAREJOS, A., *Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, New York, 2009. A su vez DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2010, pp. 74-75, refiriéndose al debilitamiento del principio de soberanía, señala que ha provocado una acentuación del pluralismo de los ordenamientos a diversos niveles en el que los tribunales se convierten en protagonistas de un nuevo orden de relaciones.

33 El artículo 267 se preocupa, además, del supuesto específico en que en el proceso en el que se plantee la necesidad de someter la cuestión prejudicial haya personas privadas de libertad, lo cual compromete al Tribunal de Justicia a pronunciarse a la mayor brevedad. Se trata, como es fácil de apreciar, de un mecanismo en que se combina la interpretación cuasiauténtica y unificadora de las normas europeas, con la preocupación por la situación particular de las personas implicadas en el caso concreto, por tanto en cierto modo hay una conjugación del *ius constitutionis* con el *ius litigatoris*.

proceso que había quedado en suspenso, atendiendo a la interpretación o a la decisión sobre la validez de las normas de Derecho Europeo. Con ello se producen efectos no sólo para el proceso específico, sino además para la armonización general en la interpretación y en la aplicación de las normas europeas, lo cual es fundamental en un sistema descentralizado y basado en el principio de cooperación, en el cual los jueces nacionales deben ser los jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea.³⁴ Por tanto, tenemos un nuevo ejemplo de sentencias de un órgano jurisdiccional supranacional que tiene efectos normativos, tanto si responde a las cuestiones planteadas en sentido positivo como si lo hace en sentido negativo; en ambos casos eso implica una interpretación determinada de los tratados y del Derecho derivado con fuerza de obligar a todos los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea. Eso no impide que puedan volverse a plantear cuestiones similares o incluso idénticas si se esgrimen nuevos argumentos, con lo que existe un evidente cauce para la modificación y para la actualización de este Derecho de creación judicial, que se acerca mucho a la vía de los precedentes de la que trataremos más adelante.

Cabe precisar, sin embargo, que no hay una expulsión del ordenamiento de la norma o acto en cuestión, sino que los efectos son meramente interpretativos, aunque tengan alcance *erga omnes*. Nos movemos, por tanto, en el ámbito de la fuerza de obligar de la jurisprudencia y no de la directa abrogación de las normas como puede hacer un verdadero Tribunal Constitucional. Ello es

consecuencia de la estructura procesal de este procedimiento, es decir, de tratarse de una cuestión prejudicial y no de un proceso en que se cuestione directamente la legalidad o la constitucionalidad de determinada norma jurídica. Esto último también es posible en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea, aunque con una restricción legitimatoria mucho mayor.

Así se prevé con el proceso de incumplimiento (art. 259 TFUE) por el cual cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados; si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, entre ellas por supuesto la modificación normativa interna por los medios que estime más convenientes el Estado obligado. Por otro lado, el proceso de anulación (art. 263 TFUE) permite al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión

³⁴ Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Madrid, 2012, p. 457.

destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. En el caso de estimación el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado, aunque en estos supuestos se plantean también con frecuencia problemas en cuanto a los límites temporales de los efectos de la sentencia.

4. El Tribunal Supremo como eventual creador de normas jurídicas.

Como recordábamos al inicio y se acaba de constatar con lo que llevamos afirmado en el epígrafe anterior, la posición del Tribunal Supremo español, así como la de la mayoría de Cortes Supremas europeas, ha cambiado sustancialmente, hasta el punto que no sería descabellado plantear si únicamente le llamamos “Supremo” como mera reminiscencia histórica. Es evidente que las consideraciones que sobre ello hagamos son relativas, en el sentido que dependen del contexto constitucional e incluso supranacional al que nos refiramos. Desde luego no es comparable sin grandes matizaciones el rol del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina con el Tribunal Supremo español, que aparecería en cierto modo como un príncipe destronado. Pero el lugar que ocupa todavía nuestro Tribunal Supremo como cúspide de la jurisdicción ordinaria nos obliga a plantearnos

si, en su ámbito propio de competencia, debería atribuírsele una función más activa e incisiva en la creación –o tal vez también en la abrogación– de normas jurídicas, más allá de ese papel complementario que nuestro Código Civil otorga a la jurisprudencia y, en su caso, de qué manera y hasta qué punto podría hacerse.

4.1. Perspectiva tradicional.

Es ya proverbial situar el origen de los Tribunales Supremos, por lo menos en el amplio sistema romano-germánico,³⁵ en el *Tribunal de Cassation* francés, como resultado de la Revolución Francesa, aún con algunos antecedentes del Antiguo Régimen.³⁶ Se trataba en esencia de proteger la idea-fuerza de la ley como expresión de la voluntad popular que se colocaba en el centro de la estructura jurídica postrevolucionaria. Este producto de la Asamblea legislativa no debía ser alterado, pues con ello se interferiría en el deseo del pueblo, manifestado a través de sus representantes.³⁷ De hecho, se trataba de compensar en suficiente grado la desconfianza ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, por eso el Poder Legislativo pretendía defender su función de actualización y simplificación normativa, la uniformización legal de un Estado fragmentado y, en definitiva, la generalización del triunfo de los intereses burgueses, sin injerencias de ninguna clase.³⁸ De ahí que

35 Sobre la génesis de la Corte Suprema de los Estados Unidos y las incertidumbres iniciales vid. McCLOSKEY, R.G., *The American Supreme Court*, 5th. ed., Chicago-London, 2010, pp. 1-34.

36 Una adecuada síntesis sobre el nacimiento y desarrollo de la casación en Francia puede verse en NIEVA FENOLL, J., *El recurso...*, op. cit., pp. 24-28.

37 Vid. CALAMANDREI, P., “La cassazione civile”, vol. I, Milano, 1920, recogido en *Opere Giuridiche*, VI, Napoli, 1976.

38 GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997, p. 34: “Por un lado, es innegable que la fundamentación político-filosófica de la separación de poderes supuso un elemento esencial para su origen. No obstante, es preciso completar esta idea con la concepción de la ley como principal fuente del Derecho y con el principio de igualdad”

este nuevo Tribunal tuviera las atribuciones de anular (“casser”) las decisiones judiciales contrarias a la legislación entendida en sentido estricto, con la consecuencia del reenvío para que el órgano jurisdiccional competente volviera a decidir sobre el caso concreto, pero ya de manera ajustada a la legislación siguiendo lo declarado por el *Tribunal de cassation*.

Sin embargo, el trasplante a España de esta institución central en el nuevo sistema político liberal no se hizo directamente ni sin alteraciones.³⁹ Tras ciertos amagos sin mayores consecuencias, por la azarosa vida política española del siglo XIX. La Constitución de 1812 ya contempla la institución de un Supremo Tribunal de Justicia, pero no fue hasta el Real Decreto de 24 de marzo de 1834, durante la minoría de edad de la Reina Isabel II y la regencia de su madre, la Reina María Cristina, en que se creó, entre algunos otros órganos con competencias más específicas, el Tribunal Supremo de España y de Indias, dividido en tres salas y, alejado del modelo francés de tribunal político, sino como auténtico órgano jurisdiccional. Este órgano conocía el recurso de nulidad relativo a infracciones

de ley material y a también a infracciones procesales. Fue en la LEC de 1855 en que se le da el nombre de “recurso de casación” con una clara función nomofiláctica y con ausencia de reenvío en caso de estimación de motivos “*in iudicando*”.

No es este el lugar más adecuado para recordar con mayor detalle la evolución histórica de la casación española, pero sí para poner de manifiesto que junto a la originaria función nomofiláctica, es decir, la protección de la observancia de la ley por los tribunales (nomofilaxis), bien pronto el Tribunal Supremo no entendió a las partes del proceso como meros cauces para el objetivo final de la protección de la ley emanada del parlamento, sino también como titulares de derechos dignos de protección (*ius litigatoris*), a pesar de que la sobrecarga de asuntos ha sido históricamente grande y ha dado lugar a un formalismo exacerbado en la admisión de los recursos y a reiteradas reformas dirigidas a restringir el acceso a la casación, hasta extremos muy discutibles.⁴⁰ De hecho en la actualidad, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en España la sobrecarga no es un problema tan acuciante.⁴¹

39 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, *Anuario de Derecho Civil*, t. X, 1957, pp. 661-692.

40 Consecuencia de ello, como dice RAMOS MÉNDEZ, F., “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, *Justicia*, 2006, núms. 1-2, p. 13: “desde siempre se ha convivido con el temor reverencial de que no se convirtiera en una tercera instancia. A fuerza de machacar que era un recurso ‘extraordinario’, se ha perdido de vista que también era un ‘recurso’ un medio de impugnación, es decir un instrumento destinado a revisar el caso ante un tribunal que por algo se llama ‘Supremo’. Algo serio, por cierto. Algo importante, si se pregunta al ciudadano de a pie. Pero algo displicente, si se considera la altivez del que parece decir en sus misivas más frecuentes: ‘Aquí no puede venir cualquiera a molestar. Esto está reservado a los elegidos’”.

41 En la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Memoria de 2014, aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ingresaron durante 2013 3.579 asuntos y fueron resueltos 3.935, lo cual en relación con el año anterior supone una disminución del 5,7 % de ingresos, un aumento del 3,5 % de resoluciones, y una disminución del 18,1 por ciento de asuntos en trámite al final del año. Por cuanto se refiere a la Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, los asuntos ingresados fueron 5.150, los resueltos 6.705 y los pendientes al final del año 6.546, es decir, respecto a 2013, -11,7 % de asuntos ingresados, -32,3 % de asuntos resueltos y -19 % de asuntos pendientes al final del año.

Pero aparte de asegurar la uniformización de la interpretación y aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales inferiores y de la protección de los derechos de los justiciables -si bien de una forma cada vez más restrictiva-, nuestro Tribunal Supremo ha cumplido también históricamente una función de control de errores de hecho en la apreciación de la prueba⁴² desde la LEC de 1881, hasta la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, en lo civil, pero que continúa vigente en la casación penal y además ha sido esgrimido sin éxito alguno ante las instancias internacionales encargadas de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para demostrar que en los procesos penales de única instancia por delitos graves el recurso de casación cumpliría con la exigencia de que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.⁴³

4.2. Intentos de reforma. Crítica.

Entre la avalancha de intentos de reforma que en los años pasados han emanado

del Ministerio de Justicia español y han abrumado a los juristas en general, cuando no han suscitado destacadas movilizaciones en su contra, se encontraba la de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que, entre muchos otros objetivos discutibles, pretendió expresamente dar un tratamiento más sistemático y completo del sistema de fuentes. Confesaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 3 de abril de 2014 (ALOPJ) que se sigue dotando a la jurisprudencia del valor complementario del ordenamiento jurídico, como ya estableciera el Título Preliminar del Código Civil, lo cual se concreta en la vocación de ser observada por los Tribunales inferiores y en la previsión de la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación.⁴⁴

Las novedades que se trataron de introducir fueron, en primer lugar, establecer verdadera fuerza vinculante para los Tribunales inferiores de aquella jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasara a considerarse doctrina jurisprudencial vinculante. La justificación es plausible: la certeza y la previsibilidad del ordenamiento jurídico como manifestación de la seguridad jurídica que necesitan los operadores económicos y los ciudadanos en

⁴² Vid. GUSCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho...*, op. cit., pp. 227 y ss.

⁴³ Vid. al respecto LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Barcelona, 2013.

⁴⁴ La STC 37/2012, de 19 de marzo, citada en el propio Anteproyecto, declara —si bien en concreto respecto a la casación en interés de ley en el proceso administrativo— que: “el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, precisamente creado con el nombre de «Supremo Tribunal de Justicia» por la Constitución de 1812, en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), «una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6) y la propia Ley de la Jurisdicción cuando regulaba otrora los recursos extraordinarios de apelación en interés de ley o de revisión para la homogeneización jurisprudencial ... y configura hoy los de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, herederos de aquéllos» (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1, y 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 1)”.

general, así como la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.⁴⁵

Con este fin, el artículo 31 ALOPJ definía el alcance general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo reiterando la conocida función complementadora e informadora de la función jurisdiccional. La infracción de jurisprudencia aparecía de manera genérica como “motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación en todos los casos en que según la ley proceda”. No es una novedad drástica la de extender la función nomofiláctica a la unificación de la jurisprudencia, pues esta perspectiva ya la cumplía en la casación civil el concepto de doctrina legal⁴⁶ y la configuración del interés casacional en la LEC,⁴⁷ pero sí lo era el modo en que se configuraba el carácter vinculante de la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

Por un lado se establecía que existiría “jurisprudencia aplicable” cuando concurrieran tres circunstancias cumulativas: a) que existiera doctrina reiterada, entendiendo por tal la contenida en dos o más sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo; que se tratara de la verdadera razón decisiva del fallo (*ratio decidendi*)

y no de consideraciones incidentales o hechas a mayor abundamiento (*obiter dicta*) y que existiera sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del caso en el que se pretende la aplicación de la doctrina. En apariencia se producía un acercamiento a la doctrina de la vinculación de los precedentes judiciales, pero en la práctica hasta aquí no había mayor novedad.

Pero por otro lado, el problema grave surgía en el artículo 32 ALOPJ, pues aparte de afirmar que la “Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial será de obligada vinculación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”, junto con la razonable flexibilización correspondiente (“Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, éstos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión”), el problema principal estaba en quién y cómo se determinaba qué debía considerarse “doctrina jurisprudencial vinculante”, pues se pretendía fuera un órgano no jurisdiccional, el Pleno de cada

45 Desde una perspectiva amplia, vid. BASTOS, A.A., “A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico”, *Revista do Processo*, núm. 227, 2014, pp. 295-316

46 Vid. por ejemplo MEDINA GUEDES, A., “El Tribunal Supremo y la unidad de doctrina legal civil”, *Diario La Ley*, 1996, t. 6. Ref. D-355; CRUZ VILLALÓN, J., “La unificación de doctrina legal en la nueva planta de los tribunales laborales”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. 1, pp. 259 y ss.; GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Rectificación de la doctrina legal sobre el intento de notificación por correo certificado (STS de 3 de diciembre de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8292, 14 de Abril de 2014, pp. 1 y ss.

47 Así el artículo 477.3 LEC establece que “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

una de las Salas del Tribunal Supremo el que se reuniera trimestralmente para decidir cuáles de los Fundamentos de Derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieran pasar a formar parte de la “doctrina jurisprudencial vinculante”, expresando con un texto entrecomillado el contenido exacto del Fundamento de Derecho que pasaría a constituir doctrina vinculante para los tribunales. Con esto un órgano meramente gubernativo pasaba a tener atribuidas funciones cuasinormativas.⁴⁸

En segundo lugar, se pretendía establecer un sistema de prejudicialidad para permitir que los órganos jurisdiccionales se apartaran de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por considerar que la jurisprudencia dictada por el máximo órgano judicial pudiera producir una injusticia manifiesta, contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resultar contradictoria. En este sentido, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, de modo análogo a las cuestiones prejudiciales constitucional (cuestión de inconstitucionalidad) y europea (ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) que ya hemos visto, se permitía a los Jueces y a las secciones colegiadas, de oficio o a instancia de parte, plantear cuestión prejudicial cuando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y

determinante del fallo, contradijera la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resultara contradictoria con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia, así como en los casos en que produjera situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación.

De nuevo sería el Pleno de cada Sala, órgano meramente gubernativo, el competente para la admisión de la cuestión prejudicial, trámite estrictamente jurisdiccional, lo cual conllevaba una lamentable confusión de roles. Por otra parte, aún sin entrar todavía en la cuestión central del eventual valor normativo de las sentencias del Tribunal Supremo o incluso de otros tribunales, parecería que las cosas pudieran ser más simples: si el órgano jurisdiccional ordinario entiende que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contradice la del Constitucional, resulta contradictoria con otros pronunciamientos de aquel tribunal o conduce a manifiestas injusticias, lo que debería hacer es inaplicar sin más tal doctrina jurisprudencial en ejercicio justamente de su margen de apreciación para decidir el caso teniendo en cuenta las circunstancias específicas, es decir, al juzgar el caso concreto, y en su caso plantear su duda de constitucionalidad, no al Supremo, sino al

⁴⁸ Para la adopción del acuerdo se tenía la prudencia de exigir una mayoría cualificada de al menos tres cuartas partes del número total de jueces que integran legalmente el Pleno de la Sala. El acuerdo adoptado sería remitido de inmediato al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a efectos de su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Estado y su difusión entre la carrera judicial. De todas formas, es acertada la crítica de SOLER SOLÉ, G., “Jurisprudencia vinculante (JV). Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8338, 23 de junio de 2014, cuando señala que “la principal diferencia y nota distintiva que se observa en la JV es su fundamento en la estricta voluntariedad y decisionismo del propio Pleno de la Sala del TS, al basarse en un único acto de autoridad, consistente en la decisión tomada en una reunión trimestral determinada, sin otro requerimiento que la mayoría establecida, sin ni siquiera exigirse la existencia de más de una resolución sobre la misma cuestión y en la misma línea”.

Constitucional, como se establece desde las propias disposiciones de la Constitución (art. 163 CE) y, en su defecto, dejar que las partes disconformes con su apreciación accedieran al medio de impugnación previsto en la legislación procesal aplicable.

Conviene culminar este apartado señalando que el propio Ejecutivo ha dado marcha atrás, ya que finalmente en el Proyecto de Ley que ha sido remitido al Congreso de los Diputados⁴⁹ se renuncia a una Ley Orgánica nueva, y solamente se modifican algunos aspectos de la Ley Orgánica 6/1985, entre los que no se encuentra la introducción de los dos puntos problemáticos a los que nos acabamos de referir. No se abandona la preocupación por la necesidad de reforzar la seguridad jurídica ante la diversidad de opiniones jurisdiccionales, pero la forma de afrontarla cambia. Ya el artículo 264 LOPJ prevé en la redacción vigente la posibilidad de que los Magistrados de las diversas secciones de una misma Sala se reúnan para unificar criterios y coordinar las prácticas procesales, quedando a salvo la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos

procesos de que conozcan. Pero en el nuevo texto se acentúa en la unificación de criterios al referirse a los casos en que entre las diversas secciones de una misma Sala se sostuvieran diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales, pero se sigue dejando a la facultad del Presidente de la Sala o a la petición mayoritaria de sus miembros.⁵⁰

La novedad más interesante es la que se introduce en el apartado tercero, relativo al respecto de la independencia judicial. Se preocupaba ya el prelegislador del ALOPJ de reiterar que las normas propuestas no contradecían la independencia judicial, que es el fundamento principal de la actuación imparcial de los tribunales, caracteres de la Jurisdicción sin los cuales los órganos jurisdiccionales dejan de serlo.⁵¹ Por eso, ahora en el Proyecto se mantiene la referencia a que debe quedar a salvo de esa unificación de criterios la independencia de las secciones de enjuiciamiento y resolución de los procesos de que conozcan, aunque ahora se les va a obligar a motivar

49 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 134-1. 6 de marzo de 2015. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

50 El apartado IV de la Exposición de Motivos explica: "Los ciudadanos siguen percibiendo como un síntoma de falta de seguridad jurídica la existencia de resoluciones diversas sobre una misma materia. Por ello, en el texto se ahonda en la necesidad de evitar resoluciones contradictorias entre Secciones de un mismo órgano judicial que conducen a una falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, lo que, en último término, se proyecta sobre el grado de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento. Para ello, se introducen modificaciones en la regulación de los Plenos no jurisdiccionales para unificación de criterio previendo, por un lado, que formen parte de éstos los Magistrados que conozcan de la materia sobre la que existe la discrepancia y, por otro, que las Secciones deban motivar las razones por las que se apartan del criterio acordado en uno de estos Plenos".

51 CALVO SÁNCHEZ, M.C., "La recusación de los Jueces y Magistrados (I)", *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988, pp. 73-75: "La doctrina mayoritariamente ve en la independencia una nota esencial de la Jurisdicción, si ésta no es independiente y los Jueces y Magistrados no son imparciales, no puede decirse que se administre verdadera justicia, consustancial con el Estado de Derecho que exige la tutela judicial efectiva por un órgano imparcial a través del debido proceso. La independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción. La independencia alude al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad al momento procesal, a la Jurisdicción como Función".

adecuadamente su desviación del criterio acordado. En este sentido el Tribunal Constitucional señalaba ya, en un contexto algo distinto, pero plenamente aplicable a estos supuestos a los que nos referimos ahora, que “la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso” (STC 37/2012, de 19 de marzo).

5. La casación como vía de creación normativa.

5.1. La tradicional función nomofiláctica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus otras funciones.

La casación, como recurso extraordinario atribuido a un órgano específico que hasta hace no tanto tiempo ocupaba en los países de nuestro entorno el lugar más destacado en la cúspide la organización jurisdiccional de un Estado, se ha mantenido en el ordenamiento español, aunque de una manera restrictiva especialmente en el orden civil, a pesar de haberse superado en buena parte los exagerados formalismos que caracterizaron durante bastante tiempo el acceso a esta fase impugnatoria.

En teoría la originaria función nomofiláctica seguiría cumpliendo un papel central,⁵²

relacionada con la homogénea interpretación y aplicación de la ley, lo cual implica de manera directa el reforzamiento de dos valores importantes en un Estado Social y Democrático de Derecho: la igualdad y la seguridad jurídica. En ocasiones se han explicado como funciones o finalidades distintas de la casación, pero en realidad son expresiones distintas de la misma idea: la ley como manifestación de la voluntad general y abstracta de la soberanía popular concretada en el Parlamento implica la igualdad de todos ante la misma ley, pero como es obvio no sólo en el momento creativo de la propia ley, sino en especial en el momento aplicativo. En este sentido podríamos decir que la igualdad en la aplicación de la ley ante los mismos casos es consustancial a la idea de nomofilaxis, o dicho de otro modo: no se produciría de manera efectiva la protección del ordenamiento jurídico si no se asegurara asimismo en el momento de la aplicación de las normas una identidad de criterios que es desde luego más fácil de formular en abstracto que de determinar en el caso concreto. Pero también la seguridad jurídica viene beneficiada como consecuencia de esa igual aplicación de las normas a iguales supuestos, con lo que se satisfaría al mismo tiempo la necesidad de certeza y previsibilidad que son presupuestos de la estabilidad en el tráfico jurídico, y por la misma razón, de la confianza en las relaciones sociales y económicas en un determinado país.⁵³ Desde este punto de

⁵² En un loable propósito de ordenar las ideas NIEVA FENOLL, J., *El recurso...*, op. cit., p. 78, se refiere al “fin principal de la casación” y, en este sentido, afirma que “la razón principal de la existencia de un recurso de casación es la tutela o protección del ordenamiento jurídico”.

⁵³ Como afirma TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales supremos: entre la uniformidad y la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8473, 4 de febrero de 2015, “es sencillo ver que estas justificaciones no contrastan entre sí, y de hecho convergen en la necesidad de que la interpretación y aplicación del derecho sean lo más uniformes y constantes que sea posible”.

vista los órganos jurisdiccionales se limitarían a aplicar Derecho y no a crearlo.⁵⁴

Sin embargo la idea central de protección del ordenamiento pierde buena parte del sentido si nos fijamos en dos circunstancias que no son ni mucho menores, ni por supuesto infrecuentes. Ya se ha hecho referencia a la creciente restricción en el acceso a la fase impugnatoria, que es evidente en los países que aplican la selección discrecional de los recursos como ocurre con la *House of Lords* británica, o con el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y el muy limitado uso del *writ of certiorari*,⁵⁵ pero que es también aplicada, o por lo menos deseada, en algún grado en otros ordenamientos del contexto histórico romano-germánico, como consecuencia de la endémica sobrecarga de bastantes salas de diversos Tribunales Supremos.⁵⁶ Esta idea de restricción es radicalmente contraria a la del aseguramiento de una aplicación igual del ordenamiento en todos los casos, o por lo menos, se deduce fácilmente de ella que la casación no puede en realidad cumplir

sin graves problemas con esa función nomofiláctica, salvo que limitemos su sentido a los *leading cases* o casos que *a priori* aparezcan como especialmente importantes, con lo que aparece de modo inevitable la discrecionalidad, cuando no el subjetivismo, que como resulta obvio es opuesto también a esta idea originaria de la nomofilaxis como protección integral del ordenamiento.⁵⁷

Pero al margen de estas diferencias estructurales hay otra que supone un baño de realidad. Según la conocida concepción clásica los tribunales no crean Derecho, se limitan a interpretarlo y a aplicarlo; pero como sabemos los órganos jurisdiccionales no se limitan a aplicar automáticamente las normas, constatación que cambia o por lo menos matiza lo que venimos exponiendo. No hace falta sostener una posición monista en el sentido de que el único Derecho es el creado por los tribunales en el caso concreto⁵⁸ para concluir que cualquier tribunal en su decisión aporta algo más que la norma jurídica aplicada a unos determinados hechos que

54 Desde esta visión clásica y ortodoxa, ORTELLS RAMOS, M., "El Tribunal Supremo español: Un Tribunal en busca de identidad", en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, (Dir. V. Gimeno Sendra), Madrid, 2007, p. 34, afirma: "en el ordenamiento español, los tribunales no crean Derecho, ni vinculan, con una determinada interpretación de la norma en un caso concreto, a otros tribunales en el momento en que deban sentenciar sobre un caso sustancialmente igual. En cuanto ordenamiento adscrito al sistema de Civil Law, los jueces –todos y cada uno de ellos– son considerados por la Constitución y las leyes como aplicadores de la ley, con independencia y responsabilidad".

55 Son interesantes, desde la perspectiva del litigante, las consideraciones de BRENNER, S., y WHITMEYER, J.M., *Strategy on the United States Supreme Court*, New York, 2009, pp. 31-50.

56 Vid. desde la perspectiva argentina, OTEIZA, E., "El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación sin un rumbo preciso":

http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

57 Es fundamental añadir de inmediato una matización clara respecto al distinto papel político-constitucional de los Altos Tribunales anglosajones, respecto al tradicional de la mayoría de las Cortes Supremas del sistema continental. Vid. al respecto NIEVA FENOLL, J., "La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la 'unificación de doctrina'. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho", *Diario La Ley*, núm. 6393, 4 de enero de 2006.

58 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1979, p. 208: "El juez crea irrevocablemente el derecho de las partes, aun antes de la firmeza formal de la sentencia. La omnipresencia de la valoración judicial asume aquí tal vez la mayor envergadura que puede concebirse. Y es que el derecho, antes que la experiencia de la norma jurídica, sigue siendo decisión de casos, problema concreto de partes que disciplinan su acción sometiéndola al proceso y al juicio".

hayan quedado probados. La resolución judicial implica un juicio lógico complejo de carácter argumentativo, más o menos explícito según los casos, en el que adquiere sentido esa afirmación del legislador español por la cual la jurisprudencia al complementar el ordenamiento jurídico adquiere “cierta trascendencia normativa”.

De este modo enlazamos con otra de las reiteradas finalidades de la casación, que sería la unificación de la jurisprudencia, que en esencia es una derivación de la propia función nomofiláctica. La protección del *ius constitutionis* en términos de igualdad debería conllevar en términos estrictos el aseguramiento de que las respuestas de los juzgados y tribunales ante casos idénticos se mantengan homogéneas. Se ha hablado ya en apartados anteriores de conceptos como el de doctrina legal o el de interés casacional, que persiguen aparentemente este objetivo. No obstante, no podemos dejar de lado las limitaciones que el propio sistema impone ante la imposibilidad material de que esta función se cumpla a cabalidad. Es literalmente utópico pensar en

una unificación jurisprudencial en todas las materias y además de manera tempestiva.

En realidad en España no existe una armonización jurisprudencial más que de manera bastante limitada, aunque en apariencia se haya optado por situar esa función como centro de la casación civil: por un lado, porque hay muchos asuntos que no llegan al Tribunal Supremo, por ejemplo, los que se refieran a materias de Derecho foral o civil especial, vigente en algunas zonas determinadas del territorio español, que serán enjuiciados por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, o lo que es mucho más discutible, también los asuntos de Derecho Civil común conexos con estos anteriores (art. 478 LEC) o, por cuanto se refiere al ámbito penal, todas las infracciones criminales que no son enjuiciadas en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, salvo los escasos supuestos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Por otro lado, porque las dificultades de acceso a la casación son cada vez mayores, no sólo por la restricción procesal para la admisión de la impugnación,⁵⁹ sino también por las elevadas tasas aplicables

59 Vid. el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Civil (Sala 1.ª) del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en relación con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medias de Agilización Procesal. A pesar de que en este Acuerdo se habla de la “universalización del recurso de casación por razón de interés casacional”, esta afirmación no debe llevar a pensar en una generalización de la casación, que sigue limitada por el angosto criterio del interés casacional como presupuesto de la admisibilidad del recurso, eso sí ahora cualquiera que sea la forma de tramitación o la cuantía del asunto, salvo en asuntos de protección procesal civil de derechos fundamentales o de cuantía superior a 600.000 € en que no es necesario alegar la presencia de tal interés (art. 477 LEC). Se define el interés casacional en el apartado tercero: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

en caso de interposición de recursos de casación.⁶⁰

No podemos olvidar, por último, que la casación cumple además otro importante objetivo, si tenemos en cuenta que está configurado como un medio de impugnación. A pesar de las recelos doctrinales y prácticos respecto a la creación de una tercera instancia que prolongara indebidamente los procesos, es necesario recordar que está implicada aquí también la tutela de las partes del proceso y la posibilidad de controlar la aplicación del derecho no en abstracto sino en un caso concreto, por tanto ante unos hechos que habrán quedado o no probados de determinada manera y con la aplicación de normas concretas con una justificación específica. Se entroncaría aquí, a nuestro entender, con la llamada “función dikelógica” de la casación,⁶¹ relativa a proteger la justicia

del caso concreto por la Alta Corte, que en todo caso estaría notablemente limitada si la admisión de la casación sigue restringida, y que además debería relacionarse con la protección del ordenamiento jurídico aunque entendido de forma flexible (*ius constitutionis*), pues como es lógico la justicia del caso concreto no puede determinarse arbitrariamente, sino a partir de los criterios fijados en las normas jurídicas y a partir de la aplicación de los necesarios criterios de ductilidad que permita la interpretación jurisprudencial.⁶²

5.2. El Tribunal Supremo como órgano creador de precedentes normativos.

Ante la posición tradicional de la casación como instrumento básicamente de tutela del ordenamiento jurídico se ha planteado

viene de la pág. anterior

Quando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Es conocida la afirmación de SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, Revista Jurídica de Cataluña, 2001, p. 1143, por la que entiende que se sustituye el imperio de la Ley por la tiranía de la jurisprudencia. Por su parte, NIEVA FENOLL, J., El recurso..., op. cit., pp. 193-194, critica que de este modo se centra “la noción de interés casacional exclusivamente en la jurisprudencia, lo que supone el olvido de las finalidades de la casación que, como vimos no podían considerar la jurisprudencia como un bien en sí mismo, sino como un medio para lograr la protección de la norma jurídica”.

60 Vid. la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, de regulación de determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Es importante añadir, sin embargo, que esta materia ha sido flexibilizada un tanto por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, por ejemplo introduciendo una importante exención respecto a las personas físicas.

61 Vid. HITTERS, J.C., Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, 1984.

62 Un instrumento de actualización, y en general de adaptación de las normas jurídicas a la realidad cambiante, ha sido el artículo 3.1 del Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Como explica WRÓBLESKY, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, 1985, pp. 35-36: “La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicitar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma la decisión”.

en la avanzada doctrina brasileña la necesidad de que las Cortes Supremas instituyan precedentes.⁶³ Conforme defiende MARINONI es necesario cambiar de paradigma, en una muestra más del acercamiento entre los grandes sistemas legales en el que la doctrina brasileña ha dado muestras reiteradas de gran maestría. El profesor de Curitiba explica que la Corte Suprema y el Legislativo llevan a cabo una labor armónica y coordinada para concretar el Derecho en una realidad social en continua evolución. Desde esta perspectiva sugerente pone el acento en la función de la Corte de establecer el sentido de la ley a partir de un método interpretativo abierto, y de ahí deduce la necesidad de que de la labor interpretativa de la Corte se derive la creación de verdaderos precedentes judiciales con una función normativa clara, con la obvia consecuencia de su eficacia obligatoria.

En el artículo 39 del ya mencionado ALOPJ en apariencia se proponía una drástica formulación de vinculaciones a precedentes judiciales, pero en realidad sólo

se manifestaba la formulación del principio de igualdad en el ejercicio de la función jurisdiccional por cada uno de los Juzgados y Tribunales, como ya había establecido nuestro Tribunal Constitucional desde hace tiempo: cada Sala, Sección o Unidad judicial de un mismo tribunal estará vinculada al criterio por ella misma mantenido en casos similares precedentes, que sólo motivadamente podrá modificar; la inobservancia de esta regla significa una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Aquí no se trata de establecer precedentes obligatorios sino de mantener una regla de coherencia de la Jurisdicción: un mismo órgano jurisdiccional no puede resolver de una manera en un caso y de otra distinta en otro caso igual, salvo que justifique el cambio de posición. Los términos de comparación no son dos órganos jurisdiccionales, sino uno solo consigo mismo.⁶⁴

En todo caso, y sin negar la imprescindible convergencia entre el Legislativo y los órganos jurisdiccionales en el momento concreto del enjuiciamiento, creo que es

⁶³ Vid. ampliamente MARINONI, L.G., *Precedentes obrigatórios*, 2.ª ed., São Paulo, 2011.

⁶⁴ Vid. por todas la STC 29/2005, de 14 de febrero de 2005: "la reiterada doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley, recogida, más recientemente, entre otras, en las SSTC 210/2002, de 11 de noviembre (FJ 3), 46/2003, de 3 de marzo (FJ 2), 70/2003, de 9 de abril (FJ 2), 13/2004, de 9 de febrero (FJ) y 117/2004, de 12 de julio (FJ 2), según la cual para que pueda considerarse vulnerado el mencionado derecho fundamental se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.
- b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la «referencia a otro» exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.
- c) La identidad de órgano judicial, entendiéndolo por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisprudenciales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

necesario también destacar las importantes diferencias político-constitucionales que persisten entre sistemas jurídicos y que influyen directamente en la fundamentación de la legitimidad de los órganos del Estado. En ordenamientos como el nuestro la principal elección política se hace para la integración de los cuerpos legislativos, legitimados por ser representantes políticos de la soberanía popular. En cambio los Jueces y Magistrados no son nombrados políticamente, sino a través de concursos-oposiciones técnicas en las que no debería influir criterio político alguno. Por el contrario en los Estados Unidos de América la selección de los jueces tiene un claro componente político, bien por ser elegidos por voto popular, bien

por ser propuestos por el Ejecutivo con la ratificación de algún órgano del Legislativo. Esta diferencia de legitimidad es lógico que justifique un papel político distinto por cuanto a la creación del Derecho se refiere, sin perjuicio de una colaboración creativa, argumentada y justificada en el ejercicio de la función jurisdiccional.⁶⁵

5.3. Los precedentes y los demás órganos jurisdiccionales.

Cuando hablamos de una eventual eficacia normativa de los precedentes judiciales nos podemos encontrar con dos vertientes. Una relativa a la fuerza obligatoria de los precedentes de las Cortes Superiores respecto a órganos jurisdiccionales inferiores,

viene de la pág. anterior

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a un respuesta ad personam, singularizada.

También hemos dicho que la justificación a que hace referencia este último requisito no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso. En suma, lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad”.

65 TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales...”, op. cit., defiende que la decisión judicial se sitúa en el espacio intermedio entre dos extremos constituidos por el universalismo abstracto y el particularismo absoluto: “Se podría imaginar una situación ideal en que el Tribunal supremo, como tal depositario e intérprete del paradigma universalista, sea sin embargo sensible a las exigencias de justicia que nacen de las situaciones concretas que son objeto de decisión, y formule las propias interpretaciones-por lo demás destinadas a ser aplicadas de modo uniforme- tomando en consideración en la mayor medida posible las circunstancias relevantes de estas situaciones, sobre todo en la rápida variabilidad de las condiciones económicas, sociales y políticas, en las que surgen las controversias. Recíprocamente, los jueces de los casos concretos no deberían adoptar posturas de particularismo absoluto, y deberían en cambio hacer referencia a las indicaciones interpretativas que provienen de los tribunales supremos, al menos en la medida en que estas interpretaciones aporten reglas de juicio capaces de realizar la justicia del caso concreto”.

y otra respecto a la creación de precedentes por los propios tribunales inferiores, en cuyo caso tendríamos bien el elemento de la coherencia en la función jurisdiccional al que ya hemos aludido y que a nuestro entender no tendría relación alguna respecto a creación de normas jurídicas, bien respecto a otros tribunales del mismo o de inferior rango jerárquico.

En todos los casos, nos encontramos con la cuestión no menor de lo que implica la independencia judicial, justificada por la propia Constitución en el sometimiento único al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, esta independencia “permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan

vinculados a la «doctrina legal correctora» que fije el Tribunal Supremo (STC 111/1992, FJ 4), so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA⁶⁶ (SSTC 308/2006, FJ 7, y 82/2009, FJ 8)” (STC 37/2012, de 19 de marzo).

6. Conclusión.

En un contexto jurídico-político como el nuestro es difícil admitir cambios de paradigma de modo que se otorgue un completo alcance normativo a los precedentes creados en la cotidiana labor de enjuiciamiento de todos los órganos jurisdiccionales. No obstante, como se ha explicado, se ha introducido sin traumas graves la eficacia normativa de las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y hasta en algunos casos del propio Tribunal Supremo, en que se establecen en interés de ley decisiones que son publicadas en el Diario Oficial, y que legalmente vinculan a los órganos jurisdiccionales inferiores.

Se observa, por tanto, un inequívoco movimiento de convergencia que tal vez sea más claro en la actividad cotidiana que cuando reflexionamos observando los distintos panoramas jurídicos del Derecho comparado. Tanto en sistemas de precedente

⁶⁶ El apartado séptimo del artículo 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece: “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”.

obligatorio como en sistemas en que la vinculación es más lábil, es fundamental la motivación para justificar en cada caso no sólo la convicción sobre los hechos, sino también la interpretación legal en cada caso, y a la vez el ajuste o desajuste consciente del precedente jurisprudencial, sea formalmente vinculante o no. La clave puede estar en la argumentación de esos desajustes a partir de las circunstancias particulares respecto a la legislación y la jurisprudencia aplicable entendida en sentido abstracto (*ratio decidendi*), sin olvidar sin embargo que la jurisprudencia anterior también se ha formulado con respecto a unos hechos concretos y específicos.

7. Bibliografía.

BADELL MADRID, Rafael, “La protección de los intereses difusos o colectivos en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 2, 2014, pp. 13-41

BASTOS, A.A., “A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico”, *Revista do Processo*, núm. 227, 2014, pp. 295-316

BRENNER, S., y WHITMEYER, J.M., *Strategy on the United States Supreme Court*, New York, 2009, pp. 31-50.

BLASCO SOTO, M.C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, 1995.

CADENA SERRANO, F.A., “EL ADN en la doctrina del Tribunal Supremo”, *La prueba de*

ADN en el proceso penal (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 143-170.

CALAMANDREI, P., “La cassazione civile”, vol. I, Milano, 1920, recogido en *Opere Giuridiche*, VI, Napoli, 1976.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., “La recusación de los Jueces y Magistrados (I)”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988.

CAPPELLETTI, M., *¿Jueces legisladores?*, Lima, 2010.

CASCAJO CASTRO, J.L., y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1984

CRUZ VILLALÓN, J., “La unificación de doctrina legal en la nueva planta de los tribunales laborales”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. 1, pp. 259 y ss

DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, 2010.

DEL POZO PÉREZ, M., *Diligencias de investigación y cadena de custodia*, Madrid, 2014, pp. 93-139.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia*, 2001, núm. 2, pp. 1 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, *Anuario de Derecho Civil*, t. X, 1957, pp. 661-692.

FERRERES COMELLA, V., “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES, V., y XIOL, J.A., *El carácter*

vinculante de la jurisprudencia, Madrid, pp. 47-51.

FROWEIN, J.A., “La protección europea de los derechos humanos como inicio de una jurisprudencia constitucional europea”, *Justicia*, 1988, t. IV, pp. 967-988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El valor en Derecho español de la Jurisprudencia del TEDH”, *Boletín de Información del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987.

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo*, Madrid, 2010.

GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997.

KELSEN, H., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución”, en SCHMITT, C., y KELSEN H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009
HINAREJOS, A., *Judicial Control in the European Union. Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, New York, 2009.

HITTERS, J.C., *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, 1984.

LETELIER LOYOLA, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Barcelona, 2013.

MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Madrid, 2012.

MARINONI, L.G., *Precedentes obrigatórios*, 2.ª ed., São Paulo, 2011.

MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, 2003.

MARTÍN PASTOR, J., “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba pericial de ADN en el proceso penal (en especial, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creada por la Ley Orgánica 10/2007, de 25 de noviembre)”, *La Ley Penal*, núm. 46, febrero, 2008.

----- “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, *La Ley Penal*, núm. 89, enero, 2012.

MARTÍNEZ FRANCISCO, N., *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013.

McCLOSKEY, R.G., *The American Supreme Court*, 5th. ed., Chicago-London, 2010, pp. 1-34.

MEDINA GUEDES, A., “El Tribunal Supremo y la unidad de doctrina legal civil”, *Diario La Ley*, 1996, t. 6. Ref. D-355.

MERRILS, J.G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester-NewYork, 1988.
MÜLLERSON, R.A., “Monitoring Compliance

with International Human Rights Standards” in *Control over Compliance with International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1991

NIEVA FENOLL, J., NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003.

----- “La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la ‘unificación de doctrina’. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho”, *Diario La Ley*, núm. 6393, 4 de enero de 2006.

----- “Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN”, *La Ley Penal*, núm. 93, mayo, 2010.

ORTELLS RAMOS, M., “El Tribunal Supremo español: Un Tribunal en busca de identidad”, en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, (Dir. V. Gimeno Sendra), Madrid, 2007.

OTEIZA, E., “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf

PLANCHADELL GARGALLO, A., “Toma de muestras de ADN abandonadas: Análisis jurisprudencial”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 223-258.

PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre el ‘Poder’ Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990.

PÉREZ CEBADERA, M.A., “Cuestiones prácticas sobre el ADN: La toma de

muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 259-272.

RAMOS MÉNDEZ, F., RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1979.

----- “¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?”, *Justicia*, 2006, núms. 1-2.

REIFARTH MUÑOZ, W., y otros, “Cien años de soledad: La inconstitucionalidad por omisión”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 39, 2013, pp. 457-478.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, *Diario La Ley*, núm.8445, 19 de diciembre de 2014, pp. 1 y ss.

SALOM ESCRIVÁ, J.S., “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Coord. J.L. Gómez Colomer), Valencia, 2014, pp. 171-221.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001.

SOLER SOLÉ, G., “Jurisprudencia vinculante (JV). Anteproyecto de Ley Orgánica del

Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 8338, 23de junio de 2014

TARUFFO, M., “Las funciones de los tribunales supremos: entre la uniformidad y la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8473, 4 de febrero de 2015

VILLAVERDE, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997.

WRÓBLESKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1985