

Recurso de casación: Entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales

Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona

Abstract

El recurso de casación puede ser objeto de análisis desde muy diferentes puntos de vista, como de hecho lo ha sido. Sus finalidades, en ocasiones más allá del ámbito jurídico; ser competencia del tribunal que corona la cúspide jurisdiccional, y la necesidad de cohonestar tan alto cometido con una eficacia que permita alcanzar los objetivos para los que fue concebido constituyen hoy en día alguno de los aspectos más debatidos. Debate al que se han incorporado puntos de vista de otros sectores doctrinales, singularmente del ámbito constitucional y de la filosofía del derecho, pero también de la justicia, cuestionando la conveniencia de examinar y eventualmente incorporar otras tradiciones jurídicas, como la norteamericana, en orden a alcanzar una doctrina jurisprudencial verdaderamente adecuada a las cambiantes realidades sociales. Con este trabajo se busca una aproximación al estado de la cuestión sobre los referidos aspectos, exponiendo los diferentes puntos de vista que contribuyan a sentar las bases para una reflexión suficientemente ponderada de opciones legislativas de enorme trascendencia.

Cassation appeals may be analyzed from very different points of view, as indeed they have been. Their purposes sometimes outstretch the legal sphere, such as the powers of the highest court and the need of such a high commitment to co-exist with an efficiency that achieves the objectives for which it was conceived and these now constitute one of the most hotly debated issues. These opinions may include other doctrinal arguments, especially regarding the constitutional scope and philosophy of law, and also justice, questioning the advisability of examining and eventually incorporating other legal traditions such as the US method in order to achieve case law doctrine that truly adapts to changing social realities. This work seeks to address an approach to the issue of these aspects by highlighting different points of view that may contribute to lay the basis for sufficiently weighing up legislative options of great importance.

Title: Cassation Appeal: Between efficiency and new guidelines with traditional aims

Keywords: ius litigatoris; ius constitutionis; jurisprudence; precedent; certiorari

Palabras clave: ius litigatoris; ius constitutionis; jurisprudencia; precedente; certiorari

* Este trabajo ha sido realizado disfrutando de una Ayuda de la Fundación Privada Serra Domínguez, convocatoria 2016. Asimismo, en el marco del proyecto de investigación: I+D (DER 2013-42159-P); y la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación (MPC UdG 2016/002).

Sumario

1. Antecedentes históricos del recurso de casación (una aproximación)
 - 1.1. La Constitución de Cádiz y las sucesivas reformas hasta la Ley de Enjuiciamiento de 2000. Entre la búsqueda de reducir el número de recursos o salvaguardar su finalidad originaria
 - 1.2. Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, reformas y doctrina constitucional
2. Fines de la casación desde la perspectiva comparada: tres modelos y una convergencia
3. Necesidad de descargar al tribunal supremo y selección de asuntos
 - 3.1. Métodos de selección internos
 - 3.2. Métodos de selección externos
 - a. La selección discrecional del modelo norteamericano (*writ of certiorari*)
 - b. El modelo de selección alemán
 - 3.3. Selección de recursos y condicionantes del modelo normativo actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil
4. El recurso de casación y el valor de la jurisprudencia en la doctrina y jurisprudencia españolas. Eficacia y nuevas orientaciones
5. ¿Un paso hacia el precedente?
6. Reflexiones finales
7. Tabla de jurisprudencia
8. Bibliografía

1. Antecedentes históricos del recurso de casación (una aproximación)

Resulta útil iniciar estas consideraciones sobre el recurso de casación con una mención siquiera breve a su origen histórico, como punto de partida de la variada y con frecuencia diversa perspectiva de la que ha sido objeto en el tiempo y en los modelos de derecho comparado.

Centrando la atención en un concreto pero relevante momento en el tiempo, el *Conseil des parties* nace de una escisión del Consejo del soberano que tuvo lugar en Francia en 1578, dando lugar al *Conseil d'Etat*, al que se le atribuía controlar la actividad de unos órganos judiciales de los que se desconfiaba y a quienes se quería someter al cumplimiento de la ley completamente y en los términos fijados por el legislador. El objetivo consistía en sojuzgar el peligro de que los órganos jurisdiccionales transgrediesen el derecho objetivo so pretexto de interpretarlo². Los revolucionarios franceses se sirvieron del instituto de la casación para crear el *Tribunal de Cassation*, mediante Decreto de 27 de noviembre de 1790 con las funciones ya señaladas, de manera, que en último término la correcta interpretación de la ley debía consultarse al legislativo³. En su origen, por tanto, no cumplía una función jurisdiccional cuando casaba sentencias por contravención expresa del texto legal⁴.

En una aproximación de trazo grueso, la evolución culminará con las leyes de 1 de abril de 1837 y de 7 de noviembre de 1979, que terminan de reformar el mecanismo de reenvío, transformando el recurso de casación en un recurso jurisdiccional y de tutela de los derechos de los litigantes, incorporando un elemento uniformador en la interpretación y aplicación del derecho por los diversos órganos jurisdiccionales⁵.

Posteriormente, el “Código napoleónico” reconoce a los jueces la facultad de interpretar y aplicar la ley al caso concreto y se admite la casación por falsa o errónea aplicación de la ley, a partir de los hechos declarados probados en la instancia; es decir, comprobando si la interpretación de la

² Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil* (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO), Librería del Foro, Buenos Aires, I, 2, pág. 15. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), “El recurso de casación” en Valentín CORTÉS (Coordinador), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, págs. 783-954.

³ Mediante el conocido *referee*. Leonardo PRIETO CASTRO (1985), *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y Proceso de ejecución*, Vol. I, Aranzadi, Pamplona, pág.470. Jorge CARRERAS LLANSANA *et al.* (1962), “Técnica del recurso de casación”, Conferencia pronunciada en homenaje de Piero CALAMANDREI, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 599-628.

⁴ Cuando conocía de la casación, y estimaba el recurso, anulaba la sentencia y había reenvío, de forma que el juez que había incurrido en el defecto, ya fuera *in iudicando* ya fuera *in procedendo*, debía dicta nueva resolución. En el segundo caso, corrigiendo el defecto. Si se trataba de error *in iudicando* el juez de mérito no estaba obligado a seguir las directrices declaradas por el *Tribunal De Cassation*; pudiendo separarse de su criterio, y eventualmente, volver a incurrir en un error semejante. Si así sucedía tres veces, es decir, al tercer reenvío, y resultando patente el error, para evitar un número ilimitado y paralelamente salvaguardar estrictamente la separación de poderes, el Tribunal debía someter al *Corps legislatif*, que representaba la auténtica interpretación de la ley.

⁵ Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile*, París, Dalloz y Loïc CADIEU (2008) “El sistema de casación francesa” en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.

ley respecto a tales hechos se había realizado de forma incorrecta o se habían subsumido erróneamente en una norma jurídica. Esta transformación, consagrada legalmente en la Ley de 1 de abril de 1837, prescribe, que cuando la Corte de Casación case la sentencia por segunda vez y por el mismo motivo, el juicio de la Corte de Casación resultará vinculante para el juez, circunstancia que transforma a ésta última en una corte jurisdiccional resolutoria de controversias entre particulares, si bien sin vincular en principio al resto de órganos judiciales. Es a través de la opción de los tribunales de adoptar el criterio señalado por la Corte cuando se puede empezar a hablar de una cierta función uniformadora de la jurisprudencia⁶.

1.1. La Constitución de Cádiz y las sucesivas reformas hasta la Ley de Enjuiciamiento de 2000. Entre la búsqueda de reducir el número de recursos o salvaguardar su finalidad originaria

El modelo francés, tan sucintamente descrito, influyó, pero no determinó el adoptado en España, como se recuerda seguidamente⁷.

La Constitución de Cádiz creó el Tribunal Supremo al modo de los revolucionarios franceses, como se advierte del tenor legal de su artículo 261,10^o, recogiendo entre las funciones del Tribunal Supremo: oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, así como consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para promover la conveniente declaración en las Cortes⁸.

La referencia francesa, con todo, es muy relativa, al no instaurarse de hecho el recurso de casación sino el de nulidad, que puede entenderse como su precursor si bien limitado al ámbito del proceso civil⁹. La posterior derogación de la Constitución gaditana y del Tribunal Supremo, así como su reinstauración posterior con la llegada de Fernando VII¹⁰, así como el Decreto de 4 de noviembre de 1838, que atribuía al Tribunal Supremo el nuevo recurso de nulidad todavía no se apartaban realmente del modelo francés. Tal circunstancia acontece a partir de 1855, concretamente con la promulgación de las Leyes de 1852 y 1855 que crearon el recurso de casación ya distanciado de la influencia francesa, y en el que se suprime el reenvío al tribunal de instancia propiciando que el propio Tribunal Supremo resuelva la controversia cuando la infracción se refiere a normas de carácter sustantivo. En 1855 se publica la Ley de Enjuiciamiento

⁶ Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil...*, ob. cit., pág. 132.

⁷ Caracteriza al modelo español: su falta de significado político al atribuir su conocimiento a un órgano jurisdiccional; la sustitución del sistema de reenvío por la asunción por el propio Tribunal Supremo de la jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto, una vez casada la sentencia; y especialmente, la posibilidad de llevar a cabo el "control de hecho" mediante la introducción de un motivo de casación por error en la apreciación de la prueba. José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1979), *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser Servicios Editoriales, Madrid, págs. 14 y ss. Este último motivo desapareció en la reforma de 30 de abril de 1992.

⁸ Luis MORENO PASTOR (1989), *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, págs. 44 y ss.

⁹ Carmen RODRÍGUEZ RUBIO (2008), *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, pág. 150.

¹⁰ Mediante Decreto de 4 de mayo de 1814 y posterior Decreto de 24 de marzo.

Civil que regula el recurso de casación a semejanza del contemplado en la Real Cédula de 1855, distinguiendo ya entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo* y cuya jurisprudencia tenía una clara vocación nomofiláctica¹¹.

Pero no fue hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y su previa Ley de Bases de 21 de junio de 1880 cuando se distinguió entre *casación por infracción de ley o doctrina legal* (art. 1692) y *casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio*, atendiendo esencialmente a la necesidad o no de utilizar el mecanismo de reenvío. Distinción que también se contuvo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) al diferenciar entre recurso por infracción de ley¹², y por quebrantamiento de forma¹³. A partir de tal momento, la historia de la casación civil se mueve entre la necesidad de limitar el número de asuntos y la orientación que se persigue con el recurso; algo sustancialmente parejo a lo acaecido en el ámbito del proceso penal¹⁴. Las reformas, mediante Leyes de 8 de septiembre de 1928 y 28 de junio de 1933, incorporan el error en la apreciación de la prueba, suscitando sendas críticas en el campo civil y penal, ya que en la casación civil tanto el error de hecho como el derecho se traduce en una infracción jurídica, al ser la ley quien determina el valor probatorio de un documento auténtico, mientras que en el proceso penal, informado por el proceso de libre valoración de la prueba, no existen reglas de valoración legal¹⁵.

La “Reforma urgente”, a través de la Ley nº 34/1984, de 6 de agosto agrupa los motivos de casación en los cinco del entonces nuevo artículo 1692, procurando equilibrar por primera vez los intereses de uniformar la jurisprudencia y la concesión de un último recurso jurisdiccional, de un lado; y restringir el acceso para garantizar efectivamente la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso en la declaración definitiva del derecho, de otro¹⁶. Posteriormente, la Ley nº 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dio un paso más en la tendencia a descargar de trabajo la Sala Primera, suprimiendo el *error de hecho en la apreciación de la prueba documental*, circunstancia asimismo justificada por impedir que el Tribunal Supremo se constituyera en una suerte de tercera instancia y sí en un medio de defensa

¹¹ Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), “Estudio externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855” en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, II, págs. 19 y ss.

¹² Arts. 847 y ss. LECrim.

¹³ Arts. 911 y 912 LECrim.

¹⁴ Carmen RODRÍGUEZ RUBIO (2008), *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma...*, pág. 155.

¹⁵ Emilio GÓMEZ ORBANEJA *et al.* (1987), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 10ª ed., pág. 308. Como señalará también otro autor, tal motivo “pugna profundamente con el significado originario de la casación, y atiende más a la finalidad de justicia que a la defensa de la ley por sí misma, Carlos VIADA LÓPEZ PUIGCERVER (1964), *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, II, pág. 272.

¹⁶ Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), “El recurso de casación...”, pág. 783. Adicionalmente se agrupan los motivos de casación en los cinco que contenía el art. 192.

del derecho objetivo, ya sin reducciones¹⁷.

Muy resumidamente, con anterioridad a la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el recurso de casación ni suponía una tercera instancia, ni se orientaba propiamente a los fines que generalmente se le atribuyen, esto es, la protección del *ius constitutionis* asegurando que los tribunales interpretan y aplican correctamente las leyes (función nomofiláctica), y el *ius litigatoris*; sin sentar criterios generales sobre la interpretación y aplicación del derecho (creación de doctrina jurisprudencial). A lo largo del siglo XX se ha primado, empero, la función de “quitar papel” al Tribunal Supremo, incorporando diferentes filtros como elevar la cuantía del litigio o ampliar los motivos de inadmisión¹⁸.

1.2. Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, reformas y doctrina constitucional

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 apostó por un modelo de casación, que sin rechazar del todo la atención al *ius litigatoris*, potenciaba la creación de jurisprudencia mediante un sistema integral consistente en que frente a la sentencia de segunda instancia caben alternativamente dos recursos: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación (arts. 468-489).

Destacan como elementos característicos del modelo: a) la bifurcación y alternatividad de los recursos extraordinarios; b) la diversidad en el conocimiento del recurso por infracción procesal, atribuido originariamente al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, y el recurso de casación, del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo; y c) la limitación en el acceso a la casación a los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales mediante el recurso de infracción procesal¹⁹. El modelo de recurso de casación ciña su ámbito objetivo de aplicación a las sentencias que presenten un rasgo relevante, como la vulneración de un derecho fundamental, una cuantía litigiosa mínima o el “interés casacional”. Dicha configuración, sin embargo, nunca llegó a entrar en vigor, habiendo regido el “régimen transitorio” contemplado en la Disposición final decimosexta de la LEC; consolidándose posteriormente mediante la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*. A ellas debe añadirse –para obtener una visión suficiente de la complejidad resultante y del modelo actual– el *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal*, aprobado el 30 de diciembre de 2011 por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que pese a carecer de naturaleza normativa, adquiere gran relevancia por el amplio seguimiento por parte

¹⁷ Fernando JIMÉNEZ CONDE (1990), “Motivos de casación con especial referencia a la revisión de hecho” en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid, pág. 247ss; y Manuel MARTÍN GRANIZO (1990), “Reflexiones sobre posibles reformas del recurso de casación” en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid, pág. 231 y ss.

¹⁸ Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES (2009), *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia; Jordi NIEVA FENOLL (2003), *Recurso de Casación*, Ariel, Barcelona; Rafael BELLIDO PENADÉS et al. (2014), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.

¹⁹ Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>, págs. 1 y siguientes, última vista, 21,12,016, 16,40hh.

del Tribunal Supremo, casi como si se tratara de una *fuerza atípica*²⁰; así como las constantes referencias que las resoluciones sobre el recurso de casación o su inadmisión llevan a cabo.

Desde la perspectiva de los fines perseguidos, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se priorizó la función nomofiláctica sobre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*. De hecho, el sistema de recursos extraordinarios se encuentra ordenado para permitir a la Sala Primera centrarse en dicha función jurisprudencial, empezando porque sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales²¹, más los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo de los correspondientes convenios o normas de similar naturaleza, cuando, además, la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento²². Por otra parte, debe concurrir alguno de los tres casos mencionados en el art. 477,2 LEC, denominados “modalidades de la casación” por el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011: 1) Haberse dictado en procesos que tuvieran por objeto la tutela civil de derechos fundamentales, excepto los reconocidos en el art. 24 CE²³; 2) Corresponder procesos cuya cuantía exceda de seiscientos mil euros²⁴, siempre que dicha cuantía sea la controvertida en segunda instancia y la sentencia recurrida se hubiere dictado en un proceso determinado por la cuantía²⁵; o 3) tratarse de procesos cuya cuantía no excediera de 600.000 euros o hubiese sido tramitado por razón de la materia, siempre que en ambos casos, la resolución presente “interés casacional”²⁶. La restricción de la fórmula referente a las cuantías fue corregida mediante la reforma de 2011, precisando que el interés casacional concurre también en los procesos tramitados por razón de la cuantía, sin resultar relevante el criterio en virtud del cual se determinó el procedimiento adecuado, sino la presencia o no de dicho interés casacional en los términos del art. 477,3 LEC²⁷.

²⁰ Ignacio Díez-Picazo Giménez *et al.* (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil*, Ramón Areces, Madrid, 2ª ed., pág. 298.

²¹ Art. 477,2 LEC.

²² Acuerdo de 30 de diciembre de 2011.

²³ Art. 477,2,1º LEC.

²⁴ Art. 477,2,2º LEC.

²⁵ Si se trató de un proceso determinado por la materia en primera instancia, no cabrá acudir a esta modalidad de casación (Acuerdo 30 diciembre 2011).

²⁶ Dicha interpretación, claramente restrictiva, fue recurrida ante el TC, quien resolvió, que aunque resultando un criterio discutible, se ajustaba a los cánones de control vigentes en materia de acceso al recurso (irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente). STC, 1º, 20.09.2004; 150/2004; MP: Roberto García-Calvo y Montiel; Partes: Doña María Teresa Caviedes Inestrillas y Axa Aurora Ibérica S.A., FJ.3; y STC, 2ª, 4.10.2004; 164/2004; MP: Ramón Rodríguez Arribas; Partes: Almonte Marismas y Exportaciones, S.A., FJ.3.

²⁷ Rafael Bellido Penadés (2006), “El acceso al recurso de casación” en Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Ortelles Ramos (Coordinadores) *Problemas actuales del proceso Iberoamericano*, Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), Málaga, págs. 323-326.

Se constata, en resumen, la primacía de la función nomofiláctica sobre la tutela del *ius litigatoris*²⁸, pero al mismo tiempo resulta determinante “el interés casacional”, como criterio para acceder a la casación, en cuya configuración legal predomina la finalidad de alcanzar una unificación jurisprudencial sobre la defensa del derecho objetivo²⁹. Por otra parte, los jueces deben resolver del mismo modo casos iguales interpretando y aplicando la ley del mismo modo³⁰; si bien no cabe recurrir en amparo por lesión del principio de igualdad en el caso de que la lesión se afirme originada por una resolución contradictoria con otra (u otras) dictadas en casos sustancialmente iguales por un tribunal diferente, del mismo o grado superior³¹.

Tras esta sucinta aproximación a la configuración primigenia y a la regulación vigente del recurso de casación civil, se está en condiciones de acometer los fines de la casación desde la perspectiva comparada.

2. Fines de la casación desde la perspectiva comparada: tres modelos y una convergencia

Tradicionalmente, los estudiosos europeos han diferenciado tres modelos de recurso de casación: el *modelo de casación francés*, descrito previamente³²; el *modelo de revisión*, adoptado en Alemania y Austria, y el *modelo de apelación*, propio de los países del *common law* y adoptado en Escandinavia, Suecia, Finlandia y Noruega. En aras a diferenciar entre los mismos resulta irrelevante la denominación del recurso (casación, revisión o apelación), como tampoco lo es la denominación de la Corte o Tribunal que conozca de la más alta instancia. Ni siquiera resulta definitiva la nota tradicionalmente significativa de reenviar o entrar a enjuiciar sobre el fondo por el Alto Tribunal,

²⁸ No cabe casación frente a cualquier resolución desfavorable, aunque cabe resolver el caso si se estima fundado (art. 487,3 LEC).

²⁹ Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2012), “Sobre los nuevos criterios de admisión de la casación civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2012, pág.6 y ss.

³⁰ Valga como referencia de un aspecto rico y complejo la remisión a Andrés OLLERO TASSARA (2005), *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2000), *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia; Juan Carlos GAVARA DE CARA (1993), “El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales: práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, n.2, págs. 423-450.

³¹ El fundamento se encuentra en preservar la independencia de la función judicial (STC, 2ª, 1.10.1990; 146/1990; MP: Francisco Rubio Llorente; Partes: Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, F.J.3º entre otras en idéntico sentido, por una parte; y en no alterar la posición que la Constitución asigna al TC respecto de los tribunales ordinarios (STC, 1ª, 2.04.1986; 41/1986; MP: Luis Díez-Picazo; Partes: Sociedad «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», F.J.1).

³² Para un análisis en detalle Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile...*, y la bibliografía citada en nota 49. Sobre la evolución más reciente, Loïc CADIEU (2016), “El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia: Tradición, Transición, Mutación?”, en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 175-196.

ni el hecho de resolver sobre vicios *in iudicando* o vicios *in procedendo*, desde el momento que tanto el modelo de casación como el de revisión limitan su conocimiento a decidir sobre cuestiones de derecho, aunque no sea así el modelo de apelación³³.

Sí parece resultar significativa la configuración que atiende, predominante aunque no únicamente, a decidir justa y correctamente una cuestión desde el punto de vista del derecho de los litigantes: *ius litigatoris* o “función privada”; o por el contrario, orientarse más hacia la correcta interpretación de la ley proyectada no solo en el caso concreto sino sobre el futuro de dicha hermenéutica, orientándola o prefijándola hacia o para los tribunales inferiores en orden a la seguridad jurídica implícita en la predictibilidad de las resoluciones *ius constitutionis* (o función pública)³⁴. Claro está que ambas finalidades no tienen que resultar incompatibles, pero priorizar una u otra resulta suficientemente determinante. El objetivo de alcanzar un resultado más justo en el caso concreto, determinando correctamente los hechos para aplicar la ley conecta claramente con el interés general subyacente en garantizar la aceptación general de la resolución, mientras que la uniformidad del derecho se conecta claramente con la garantía de la igualdad ante la ley, al igual que la seguridad jurídica, satisface intereses individuales³⁵.

Desde otro punto de vista, la cuestión de la sobrecarga de los Tribunales (Cortes) Supremos (as) se cierne en mayor medida sobre aquellos modelos orientados preponderantemente a la protección del *ius litigatoris*, pero no resulta ajena, empero, al resto de objetivos, como demuestran países como Italia (modelo casacional)³⁶; o Alemania (modelo de revisión)³⁷. Frente a la necesidad de aliviar la sobrecarga, aquellos sistemas en que prevalece el *ius litigatoris* recurren a seleccionar y limitar el acceso en atención a la cuantía; criterio duramente criticado como generador de enormes diferencias a favor de litigantes con alto poder económico, pero además, como instrumento absolutamente ineficaz a la hora de alcanzar un fin público de igualdad y seguridad jurídica³⁸. En todo caso, si el acceso a la casación es muy amplio, la vertiente pública, entendida como establecer líneas interpretativas seguras y previsibles saldrá perjudicada³⁹. Y frente a tal hecho, se abren diversos métodos de selección, que a la postre, han decantado la orientación de los fines de la casación a favor de preservar su vertiente pública frente a la

³³ Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice, Warsaw, 11-14 June 2014 (inédito). Cortesía del autor.

³⁴ Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., pág.4-5.

³⁵ Michal BOBEK (2009), “Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57/1, 2009, pág.40.

³⁶ Michele TARUFFO (1991) *Il vértice ambiguo (Saggi sulla casazione civiles)*, Il Mulino, Ricerca, Bologna, “passim”.

³⁷ Jonas STEIN, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 22 Auflage, Vorbemerkung zu Par. 542-566, No. 8-12, DOMEJ, pág. 275, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, 16. Auf.

³⁸ En España, desarrolla un análisis pormenorizado: Rafael BELLIDO PENADÉS (2014), “Los requisitos especiales de recurribilidad (II): la cuantía del asunto” en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, págs. 239-270.

³⁹ The Hammerstein Committee Report, chapter 2.2.

privada⁴⁰. Dicha dirección no ha estado exenta de críticas, esencialmente por entender que la limitación del acceso a la justicia resulta irracional y abre la eventualidad de consagrar la arbitrariedad judicial⁴¹, llegando incluso a oponerse a garantías constitucionales, como en el caso de Hungría, en el que la violación de la ley debe ser motivo de admisión para cualquier remedio legal⁴². Algo que ya había recordado el *Bundesverfassungsgericht* alemán advirtiéndolo que la función individual del *Bundesgerichtshof*, su Corte Suprema, no puede subordinarse a su función pública⁴³.

No es, con todo, la única consecuencia de hacer prevalecer criterios de eficacia en la selección, como fundamento de reducción del ámbito de acceso al recurso de casación, limitándolo a la preponderancia de la finalidad pública. Tales objetivos sirven, asimismo, para argumentar, que en orden a poder satisfacer la repetida finalidad pública (*ius constitutionis*) no es suficiente reducir al máximo la atención de fines de satisfacción individual, sino que resulta preciso que los criterios de selección sean lo más discrecionales posibles, si no totalmente discrecionales, como única forma de sentar precedentes⁴⁴; idea desarrollada por la Corte Suprema norteamericana en *Missouri v. Jenkins*⁴⁵, e incorporada actualmente al régimen normativo de Eslovenia, Croacia y Serbia⁴⁶.

Recordemos finalmente, que en su configuración original francesa, el recurso de casación se orientaba claramente a la “función nomofiláctica”, esto es, a mantener a los órganos jurisdiccionales en la esfera de poder del legislador, destruyendo (casando) las sentencias que hayan sido pronunciadas fuera de los límites marcados por una estricta sujeción a la ley⁴⁷. De otra manera, si

⁴⁰ Así sucede en Alemania, Jonas STEIN, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 22 Auflage, Vorbemerkung zu Par. 542-566, No. 8-12, DOMEJ, pág. 275, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, 16. Auf.

⁴¹ Así ha sucedido en Alemania, Eslovenia o Checoslovaquia, Michal BOBEK (2009), “Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe...”, pág.48.

⁴² Sentencia del TC húngaro N.º. 42/2009 (IX, 9), citado por Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., nota 113.

⁴³ Decisión del Pleno, No. 1 PBvU 1/79, 11 de julio 1988, especialmente parágrafo 40-41. Citado asimismo por Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., nota 121.

⁴⁴ Tal fue la línea orientadora de la reforma eslovena del proceso civil, avalada por su Corte Suprema y Constitucional. Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., apartado 8.

⁴⁵ (93-1892) 515 U.S.70 (1995).

⁴⁶ Michal BOBEK (2009), “Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe...”, pág.49 y ss.

⁴⁷ Giuseppe CHIOVENDA (1922), *Principios de derecho procesal civil*, (traducción de José CASAS Y SANTALÓ), Editorial Reus, Madrid, t. II, pág. 595. CALAMANDREI, al referirse a dicha “nomofilaquia”, advierte del riesgo de una acentuación excesiva de aquella anule el cometido de la función jurisdiccional, que debe decidir *secundum ius* el litigio que se le somete, y de no ser así, sustrae a la ley sustancial la posibilidad de hacerse valer (Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil ...*, págs. 48 y 62).

el juez pudiera interpretar el sentido de la norma desviándose de su correcto significado incurriría en abuso de poder, cuando evitarlo es precisamente el fin de la casación⁴⁸.

Entre uno y otro modelo, el sistema de casación vinculado a la suficiencia de la legislación estatal para resolver los litigios puede suponer el riesgo de relegar la jurisdicción a una simple aplicación mecánica, que renuncie a otros factores normativos e interpretativos, instrumentales de la justicia del caso concreto⁴⁹. A juicio de TARUFFO ordenamientos como el italiano, donde se atribuye a la Corte Suprema de Casación la función de asegurar la exacta observancia de la uniforme interpretación de la ley, se inspiran en dicho concepto de nomofilaquia, como interpretación abstracta y general de la ley, siguiendo el modelo de CALAMANDREI; encaminándose al control de la correcta aplicación de la ley por los tribunales inferiores, más que a definir el significado propio de la norma. Así, se propicia un método interpretativo (deductivo) que incide, no sólo en la teoría de interpretación de la norma (actuar el verdadero significado de la ley) sino que, además, conforme a una teoría de la función del juez, declara el verdadero significado de la norma prescindiendo de la noción de justicia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Se trata, afirma el autor, de un método ligado al positivismo tradicional, insostenible al no ser posible, afirmar a priori ninguna “respuesta correcta” interpretativa respecto de norma alguna⁵⁰.

3. Necesidad de descargar al tribunal supremo y selección de asuntos

El devenir del recurso de casación ha ido acompañado desde muy pronto por la necesidad de reducir el número de asuntos que llegaban hasta el Tribunal Supremo. En esa dirección se interpretó la exclusión del reenvío en los casos de estimación del recurso por infracción de norma aplicable a la resolución sobre el objeto del proceso o la concentración en una sentencia de los pronunciamientos sobre los motivos de casación y el objeto del proceso operada por reforma de 1984. No ha sido el único instrumento adoptado. Desde un punto de vista general y teórico cabe recordar los siguientes⁵¹.

En una primera clasificación cabe hablar de: Medios de selección internos y medios de selección externos⁵².

⁴⁸ Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil...*, pág. 63.

⁴⁹ Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional*, Civitas, Madrid, pág. 21.

⁵⁰ Art. 65 del *Ordinamento giudiziario* italiano, aprobado por R.D de 30 de enero de 1941. Michele TARUFFO (1991), *Il vertice ambiguo (Saggi sulla Casazione civile)...*, pág. 67 y ss. Sobre el “formalismo interpretativo”, *ibidem*. pág. 73 y ss.

⁵¹ Adviértase de antemano, que en un plano abstracto y general, no todos los medios tienen el mismo efecto de impedir el acceso a la casación, sino que hay también formas que persiguen diversificar las formas procesales de intervención casacional, como inmediatamente se verá. Autor de la clasificación que seguiré en este apartado.

⁵² Carlos DEL RIO FERRETI (2015), “La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n. 2, págs. 485 y 486.

Los primeros establecen un procedimiento o fase procedimental previa para asuntos que no requieren de un estudio o revisión profundos de la norma o de la generación *ex novo* de ésta. Es posible, además, que incorporen modificaciones orgánicas internas del tribunal de casación o la previsión de reglas de reparto de competencia funcional. Los segundos, por su parte, instituyen filtros normativos o judiciales que permitan privar de acceso a un conjunto más o menos amplio de asuntos, limitándolo a los más idóneos⁵³.

3.1. Métodos de selección internos

En el mismo núcleo del recurso de casación y preservando por tanto los valores en tensión: el *ius litigatoris*, de un lado, y la unificación de la jurisprudencia, de otro, estos métodos acuden a procedimientos alternativos mediante cauces preferenciales y simplificados, a través, por ejemplo, de un procedimiento sin audiencia pública ante el Supremo, con comparecencia de las partes y debate oral.

Dicha opción debe preservar la contradicción y además, cohonestar: a) El tipo y forma de resolución con la que se decide la casación; b) La atribución del conocimiento a un número restringido de magistrados mediante un procedimiento alternativo preferencial; y c) el reparto de competencia funcional con otros tribunales superiores.

Otros mecanismos de este carácter sería “rebajar la exigencia” (tipo y forma) de la resolución que decide el recurso de casación, mediante diferentes formas de resolución menos exhaustivas o motivando esquemáticamente. O atribuir el conocimiento del recurso a un colegio restringido mediante procedimiento alternativo preferencial⁵⁴.

3.2. Métodos de selección externos

Orientados como los anteriores a restringir el acceso a la casación, reduciéndolo a un conjunto de asuntos, comprenden desde el conocido como *writ of certiorari* norteamericano, utilizado como referencia general en algunos ordenamientos, hasta la selección por parte de los tribunales inferiores, la *summa cassationis* y el interés casacional.

a. La selección discrecional del modelo norteamericano (*writ of certiorari*)

En los Estados Unidos de Norteamérica, el *writ of certiorari* consiste en una presentación directa a la Corte Suprema para que ésta requiera a un tribunal inferior el envío de una causa para su posterior examen. Destaca en este modelo no atender al *ius litigatoris* sino a la necesidad de establecer criterios interpretativos que operen como línea de actuación, resolviendo conflictos entre tribunales o modificando el precedente sentado en resoluciones anteriores que ahora se

⁵³ *Ibidem*, pág. 487ss..

⁵⁴ Soraya AMRANI MEKKI (2010), “La sélection des pouvoirs à Cour de Cassation” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 633-639 y Gérard COUCHEZ y Xavier LAGARDE (2014), *Procédure Civile*, Sirey, París, 10^a ed., págs. 488-489.

estiman obsoletas⁵⁵.

A tal efecto, la selección corresponde de manera discrecional al propio Tribunal⁵⁶; si bien dicha discrecionalidad se enmarca en la costumbre de utilizar la misma para aceptar casos de *imperative public importance*, en ciertos supuestos de resoluciones del Tribunal de Apelación Militar, u otras emanadas de tribunales estatales superiores o de última instancia (*courts of last resort*)⁵⁷.

La práctica del propio tribunal, la falta de registros de los votos y el secretismo que rodea sus decisiones impide conocer realmente el modo a través del que se procede a la selección, cuya admisión formal precisa del voto favorable de cuatro de los nueve Magistrados. Con todo parece razonable, atendiendo a la disposición décima de las *Rules of the Supreme Court of the United States* que consagra dicha discrecionalidad, que ésta se informe de la existencia de errores en la determinación de los hechos o en la aplicación de las normas jurídicas⁵⁸.

Resulta así que la discrecionalidad parece utilizarse en el más amplio sentido del término, informada por las propias valoraciones de los Magistrados de la Corte Suprema, que tenderán a rechazar el *certiorari* cuando compartan el criterio de la resolución que se someta a su consideración, y viceversa, a admitirla si están en desacuerdo, o a limitar su eventual admisión a uno o varios de los aspectos involucrados, como garantía de eficacia en la creación de jurisprudencia⁵⁹.

Adicionalmente, la eficacia de los criterios y con ello la capacidad orientativa se limita extraordinariamente al resolver sobre un número escasísimo de asuntos, en una tendencia reductora creciente; circunstancia que la doctrina norteamericana conecta con la evaluación estratégica en la administración de la carga de trabajo (criterios administrativos) más que en

⁵⁵ Disposición décima de las *Rules of the Supreme Court of the United States*, Michele TARUFFO (2009), "Las funciones de las Cortes Supremas", en *Páginas de justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, pág. 95. Ibón HUALDE LÓPEZ (2012), "Una aproximación al Tribunal Supremo y *certiorari* norteamericano", comunicación presentada en el Seminario Internacional *La convergencia entre los procesos civil y penal ¿una buena dirección? Análisis comparado*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, los días 30 y 31 de enero de 2012, nota 37. Conviene recordar, que el precedente no resulta vinculante en el sentido de eficacia obligatoria sino más bien de fuerza persuasiva, de línea guía interpretativa para futuras interpretaciones de la ley.

⁵⁶ La *Evarts Act* de 1891 introdujo el principio de revisión discrecional de las sentencias. Confirmada posteriormente a través del Acta del 23.12.14 y del Acta 13.2.25, conocida como *Judges Bill*. La reforma de 1995 al Código Judicial de los Estados Unidos redujo su uso a supuestos excepcionales. Richard FALLON JR *et al.* (1996), *The Federal Courts and The Federal System*, The Foundation University Press, New York, 4 ed., pág. 57 y ss.

⁵⁷ Kevin SCOTT (2006), "Shaping The Supreme Court's Federal Certiorari Docket", *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, n. 2, págs. 191-207.

⁵⁸ M. M. CORDRAY y R. CORDRAY (2004), "The Philosophy of certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection", *Washington University Law Quarterly*, vol. 82, 2004, pág. 452.

⁵⁹ H. W. PERRY, JR. (1991), *Deciding to decide*, Harvard University Press, USA, pág. 286, citado por Ibón HUALDE LÓPEZ (2012), "Una aproximación al Tribunal Supremo y *certiorari* norteamericano...", págs.9 y 10. En idéntico sentido Kevin SCOTT (2006), "Shaping The Supreme Court's Federal Certiorari Docket...", págs. 191-207.

atención a valoraciones de orden jurídico⁶⁰.

No deja de advertirse, finalmente, un último peligro en este sistema discrecional de selección: una retirada del control o defensa del Derecho objetivo, y paralelamente, la práctica imposibilidad de alcanzar la unificación de la interpretación judicial eficiente, reducida a una parcela mínima de las resoluciones de los tribunales inferiores. Un método aparentemente incompatible con la perspectiva de un jurista continental, con el imperio de la ley positiva y del derecho de todo justiciable a su aplicación⁶¹ Todo sin olvidar un último y potencial peligro: la politización de la Corte Suprema que atiende a criterios de oportunidad, opacos y ajenos control alguno⁶².

b. El modelo de selección alemán

A la búsqueda de equilibrio, la selección de los asuntos en Alemania se efectúa mediante la facultad del propio órgano inferior sobre el carácter recurrible o no de su propia decisión atendiendo, empero, a la concurrencia de presupuestos fijados previamente por el legislador a través de los correspondientes presupuestos normativos: a) La importancia del asunto; b) la necesidad de desarrollo del Derecho; y c) el aseguramiento de la unificación jurisprudencial, de un lado; y c) a la posibilidad de recurrir la denegación ante el Tribunal Supremo Federal, de otro⁶³.

Tales criterios normativos se corresponden con determinadas líneas hermenéuticas que atienden a la concurrencia de otros tantos índices: la importancia fundamental del asunto, cuando envuelve interés público de manera relevante; la necesidad del desarrollo de la ley, presente en asuntos no previstos legalmente (lagunas legales); y el interés en asegurar la unificación jurisprudencial, perceptible ante doctrinas divergentes de los tribunales inferiores que se aparten arbitrariamente de un precedente válido⁶⁴.

⁶⁰ Edward HARNETT (2000), "Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After The Judges "Bill", *Columbia Law Review*, 2000, vol. 100, nº 7, págs. 1643-1738.

⁶¹ Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, pág. 62. A juicio de este autor, la selección discrecional de los asuntos presenta tres graves inconvenientes: 1) que la decisión de admisión o inadmisión debe adoptarse sin conocer a fondo el asunto; 2) el peligro de pasar del arbitrio a la arbitrariedad; y 3) que la noción de importancia tiende a decrecer conforme aumentan el número de recursos.

⁶² Richard POSNER (2011), *Como deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, pág.300; Robert SUMMERS (1997), "Precedent in the United States (New York State)" en *Interpreting Precedents: a comparative study*, Dartmouth, Londres, págs. 371-372. Ambos citados por Carlos DEL RIO FERRETI (2015), "La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Jurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal...", págs. 497-498.

⁶³ Peter GOTTWALD (2008), "Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001" en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, págs. 91 y ss.

⁶⁴ *Ibidem*. Así, más que un control se realiza una administración de la legalidad, Michele TARUFFO (2009), "Las funciones de las Cortes Supremas...", pág.100.

El modelo en su conjunto, aunque permite constatar una cierta prevalencia de la atención al interés público, no omite, sin embargo, atender al *ius litigatoris* mediante permitir la casación por error de hecho en aras a proscribir la arbitrariedad⁶⁵.

3.3. Selección de recursos y condicionantes del modelo normativo actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Recordemos inicialmente que con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución diferentes reformas habían constreñido el acceso a la casación, como la repetida exclusión de reenvío hasta la modificación de 1992, que eliminó toda posibilidad de que la Sala primera revisara ninguna clase de error de hecho en la apreciación de la prueba, para evitar que se convirtiera en una tercera instancia; limitando su examen a la comprobación y subsunción de tales hechos inmodificables en una norma formalmente idónea⁶⁶. La agilización se buscó, además: a) suprimiendo la vista preceptiva, que dependería de la discrecionalidad del tribunal o de la petición concorde de ambas partes; y b) el establecimiento de dos causas de inadmisión por enjuiciamiento anticipado de dos motivos de fondo (la carencia de fundamento del recurso y la anterior desestimación en el fondo de un recurso semejante⁶⁷); acompañados de sendas garantías específicas: la exigencia de unanimidad y la concesión al recurrente de una audiencia para intentar corregir inadmisiones sorpresivas.

A partir de la doctrina constitucional sobre el derecho al recurso, la configuración legal del mismo queda abierta a los criterios del legislador ordinario que deberá tener presente dar respuesta a la necesidad de protección de la igualdad en la aplicación de la ley y las diferentes vías que pueden adoptarse con tal fin⁶⁸. Dicha necesidad ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que relacionan el fundamento de un mayor rigor en la formulación de los requisitos de la casación y en su aplicación judicial por la función de naturaleza pública del recurso⁶⁹. A partir de ahí, las opciones de selección eran variadas: desde fijar un criterio único o varios, hasta conferir al Tribunal Supremo una potestad personal de elección, discrecional o reglada vinculada a conceptos jurídicos indeterminados. La

⁶⁵ Carlos DEL RIO FERRETI (2015), "La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal...", pág. 500.

⁶⁶ Limitación criticada por estimarse contradictoria con la existencia de un motivo que invitaba a replantear ante el Tribunal de casación la valoración de la prueba. José ALMAGRO NOSETE (1993), "Luces y sombras del recurso de casación civil reformado" en Luis MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ (Coordinador), *La nueva casación civil. Estudios de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Civitas, Madrid, págs. 143-150.

⁶⁷ Art. 1710,1,3º LEC 1881-1992.

⁶⁸ Teresa ARMENTA DEU (1994), "El derecho a los recursos: configuración constitucional", en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1994, págs. 8105 a 8122. Manuel ORTELLS RAMOS, "La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de "unificación de doctrina" y de "interés casacional", accesible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>, págs. 16-17, última vista, 21,12,016, 16,40h. Desde un punto de vista más general, Teresa ARMENTA DEU (1994), "El derecho a los recursos: configuración constitucional...".

⁶⁹ STC, Pleno, 25.03.2004; 47/2004; MP: Pablo García Manzano; Partes: Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, a la hora de atender a los fines de unificación de la jurisprudencia y de protección de la igualdad, se decantó, como es conocido, por atender a la existencia de “interés casacional”, vinculándolo a que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o a que resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales⁷⁰. Estos dos motivos se asemejan en cierta medida a la antigua casación para unificación de doctrina, pero en realidad representan una realidad diversa. En efecto, la recurribilidad por unificación de doctrina requiere igualdad de los hechos entre la sentencia recurrida y la contrastada; en tanto la recurribilidad por interés casacional constituye un juicio jurídico de contornos más imprecisos. El criterio principal de selección era, como se ha dicho, la cuantía mínima incrementada a lo largo del tiempo, siendo objeto de las críticas ya referidas anteriormente. La reforma por LO 7/2015, de 21 de julio incorpora un nuevo motivo de inadmisión al recurso de casación, en el caso de que carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales⁷¹.

En otros términos, la Ley de Enjuiciamiento Civil consagró el interés casacional, como mecanismo propio y singular del modelo, sin constituir, empero, un motivo casacional, sino un requisito de admisibilidad del recurso de casación, es decir, sin constituir causa de estimación del recurso sino de examen previo en la fase de admisión del mismo: un modo de evitar el colapso del Tribunal Supremo sin adoptar un modelo de libre discrecionalidad en la selección, o lo que es igual, sometiendo dicha selección a presupuestos prefijados legalmente, a semejanza del modelo alemán de la *Zivilprozessordnung*. Este sistema de selección obedece claramente a la prevalencia de la finalidad de unificación jurisprudencial sobre la de la nomofilaquia y el *ius litigatoris*, que no resultan eliminados pero quedan subordinados a aquél primer fin⁷².

Pero tampoco así el fin unificador resulta totalmente garantizado, ya que su configuración legal limita la posibilidad de intervención nomofiláctica del Tribunal Supremo a los supuestos de falta de uniformidad en la aplicación del derecho o de indeterminación del sentido en que deben ser interpretadas las normas más recientes, sin incorporar la necesidad de superar la jurisprudencia en vigor; aspecto éste último que se contempla a través de ser suscitado únicamente por aquellos tribunales que a partir de su jurisprudencia disidente permitan al Tribunal Supremo revisar sus antecedentes y su propia doctrina⁷³. En efecto, conforme al artículo 477,3 LEC se debe comparar la sentencia que se pretende impugnar por “interés casacional” con otra sentencia, pero no directamente, sino con la doctrina jurisprudencial que se deduce de sentencias del TS, y a la que

⁷⁰ También si aplican normas que lleven menos de cinco años en vigor, si no existe doctrina jurisprudencial del TS sobre norma anterior de igual o similar contenido. Pero éste es un supuesto claramente diverso.

⁷¹ Art. 483,2,4º LEC.

⁷² Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, pág. 33.

⁷³ Motivo que también se incluye en la reforma de 2009 del CPC italiano, permitiendo la inadmisibilidad por existencia de jurisprudencia de la Corte de casación convergente con la sentencia impugnada (contraria al recurso) pero susceptible de ser superada en tanto los motivos del recurso ofrezcan antecedentes que haga necesaria una revisión jurisprudencial. Bruno SASSANI (2010), “Il nome della “nomofilachia”: il ricorso per cassazione del “quesito” al “filtro” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 657-659.

la sentencia ha de oponerse, o con sentencias de varias AAPP con las que la sentencia impugnada coincide en resolver una cuestión sobre el que aquellas sentencias mantienen jurisprudencia contradictoria; o si la resolución impugnada aplica normas de reciente vigencia sobre las que falte doctrina jurisprudencial del TS⁷⁴.

El Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* confirma la prevalencia del fin unificador de la jurisprudencia añadiendo que el interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que estime correcta en los términos del art. 487.3 LEC, o lo que es igual, que la interposición del recurso por interés casacional, a la hora de solicitar la fijación de la jurisprudencia, debe indicar el motivo: oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS o existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida; añadiendo que fundamentar la oposición o desconocimiento requiere de algunas circunstancias, como la existencia y cita de dos o más sentencias de la Sala Primera del TS donde se vulnere o desconozca la jurisprudencia establecida en ellas, justificando que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia. El Acuerdo recalca la exclusión de las cuestiones de hecho, salvo que se trate de sentencias del Pleno o de aquellas dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastando en tal caso la cita de una sola invocando su jurisprudencia, cuando, además, no haya existido sentencia posterior que modifique el criterio; o si a criterio de la Sala Primera, la parte recurrente justifica debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Esta orientación se consagra e incrementa en el más reciente Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Destaca en el mismo la reducción drástica de la revisión probatoria y una serie de aspectos formales, de estructura y forma del recurso, sobre los que no es posible extenderme en esta sede⁷⁵. En lo relativo al recurso de casación y más en concreto al “interés casacional”, a

⁷⁴ Supuesto diverso, como señala Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>, última visita 19,dic, 2016, 7h.

⁷⁵ La valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial debe argumentarse siempre sobre la base de una vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art 24 CE. Los nuevos criterios admiten como único motivo el error patente, entendiendo el error fáctico, no jurídico, cometido por el tribunal de apelación, *patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales*.

En cuanto a los aspectos formales, se requiere que el recurso se estructure en motivos numerados correlativamente, no pudiendo formularse submotivos. El cuerpo del escrito tendrá que estructurarse en dos partes diferenciadas, sobre las normas que habilitan para interponer el recurso, y después los motivos del mismo, constanding cada una de un encabezamiento y desarrollo, pormenorizándose los requisitos de encabezamiento del motivo del recurso y aquellos requisitos relativos a cada motivo. Se explicita, asimismo, numerosas fórmulas que se deben evitar: citar un precepto con la fórmula “y siguientes”, citar normas sustantivas y no de otros órdenes si no están relacionadas con el orden civil.

partir del recordatorio de que con tal motivo se busca “fijar doctrina jurisprudencial”, se diferencia entre los requisitos generales para cualquiera de sus modalidades y los que deben concurrir para cada una de las mismas, requiriendo en el primer caso la necesidad de justificar con toda claridad dicho interés y recordando que el recurso será inadmitido, entre otros supuestos: si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados. Tratándose del *interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, se reitera el concepto de jurisprudencia (dos o más sentencias de la Sala Primera⁷⁶, o una sentencia de Pleno, siempre que no exista sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión); señalando la posibilidad de no citar las sentencias, cuando a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el recurrente justifique la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la establecida en relación al problema jurídico planteado por evolución de la realidad social o la común opinión jurídica sobre una determinada materia, insistiendo, sin embargo, en el carácter excepcional de esta posibilidad, y en el control que la propia Sala Primera ejerce sobre la necesidad de dicha modificación.

Control directo que vuelve a manifestarse cuando el Acuerdo se refiere a los requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional por contradicción entre Audiencias Provinciales, donde, amén de aclarar pedagógicamente la extensión de los mismos⁷⁷, y a la hora de cumplimentar la invocación de dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia y en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos precedentes que decidan lo contrario, se exime de tal cita y requisitos, cuando a criterio de la Sala Primera conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado⁷⁸.

El último apartado diferencia entre las causas de inadmisión absolutas y las relativas, señalando que éstas últimas se resolverán en el auto de inadmisión.

⁷⁶ Razonando cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia, existiendo identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto de recurso.

⁷⁷ El concepto de jurisprudencia contradictoria comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de Audiencias mantenidos con extensión suficiente e igual trascendencia, de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa, debiendo acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de diferentes Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

⁷⁸ Para lo que será necesario que el problema haya sido puntualizado por el recurrente y se haya justificado la existencia del criterio dispar entre Audiencia mediante la cita de sentencias contrapuestas.

4. El recurso de casación y el valor de la jurisprudencia en la doctrina y jurisprudencia españolas. Eficacia y nuevas orientaciones

El alcance y valor de la jurisprudencia se encuentra definido en el art. 6,1 CC⁷⁹; articulándose mediante la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo realiza a través del recurso de casación. Ocurre que como hemos visto la regulación del recurso de casación no facilita precisamente dilucidar cómo se alcanzan los fines de unificación y nomofilaxis.

ampoco ayuda la supresión de la infracción de jurisprudencia como motivo de casación, que fue asimilada a considerar la jurisprudencia como actividad interpretativa de la ley y no como fuente de derecho objetivo, directa⁸⁰, o indirecta⁸¹; según reconocía el propio Tribunal Supremo⁸². Recordemos que la propia hermenéutica del concepto “doctrina reiterada” estaba sometido a revisión: ya que para un sector doctrinal sólo permitía el recurso de casación cuando se opusiera a una doctrina jurisprudencial conformada al menos por dos pronunciamiento del Tribunal Supremo⁸³; mientras que, hoy en día, se defiende que conforme al tenor legal del art. 487,3 LEC⁸⁴, una sola sentencia resulta suficiente para considerar que ha habido un cambio jurisprudencial, siempre que suponga una variación consciente de una línea jurisprudencial anterior⁸⁵, o se trate de una sentencia del Pleno⁸⁶.

No se trata ahora de volver sobre este aspecto, ni sobre la incidencia del “interés casacional”, ni es objetivo de estas líneas un análisis que se sume a los muchos efectuados hasta la fecha sobre el impacto de la incorporación del repetido “interés casacional” como criterio de admisión del

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, *Tribunales de Justicia*, n.10, octubre 2002, sección Opinión, págs. 1-18. La jurisprudencia del TS no carece de valor, però sí de una juridicidad vinculante originaria o propia. Su valor es el de *auctoritas*, el del fundamento racional y de la fuerza de convicción que conducen a un reconocimiento general del acierto jurídico.

⁸¹ Vicente GIMENO SENDRA (1981), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, pág. 119 y Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), “El recurso de casación...”, pág. 861.

⁸² STS, 1ª, 7.03.1998; RJ 1998/1041; MP: Pedro González Poveda; Partes: Marcos de la L. M. y Alberto de la L. C..

⁸³ José BONET NAVARRO (2000), *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Pamplona, pág. 241; Juan Montero Aroca et al. (2009), *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal...*, pág. 477.

⁸⁴ Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3 del apartado 2 del art. 477 (sic: 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 que resuelva jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor (..) si la sentencia considera fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de la jurisprudencia.

⁸⁵ Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/, última vista, 21,12,016, 16,40hh. José Antonio XIOL RÍOS (2009), “Notas sobre la jurisprudencia” en Víctor FERRERES y José Antonio XIOL RÍOS *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, págs. 102 y ss.

⁸⁶ Véase Acuerdo de la Junta General de Magistrados, de 30 de diciembre de 2011.

recurso de casación⁸⁷. Circunstancia que no excluye, empero, la conveniencia de un breve recordatorio de la configuración legal en lo atinente al único motivo del recurso: la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477,1 LEC), limitado a tratarse de sentencias dictadas por la Audiencias Provinciales, y siempre que además, concurren los presupuestos relativos a interposición y admisión (art. 479,2 y 483 LEC). Recalcando, una vez más, que dicha regulación no garantiza la revisión de la correcta interpretación de la norma aplicable⁸⁸; ni la igualdad en la interpretación⁸⁹; y ni siquiera puede haber doctrina jurisprudencial sobre muchas materias: sustantivas⁹⁰ y procesales⁹¹.

El valor propio de la jurisprudencia desde el punto de vista de la infracción de la jurisprudencia como motivo del recurso de casación ha quedado reducido al “interés casacional”, como presupuesto para que el tribunal pueda admitir aquél⁹²; y aun así sólo en los casos arriba reseñados⁹³. De este modo, la función del recurso de casación como garantía de una correcta interpretación de la ley se mantiene en los márgenes de la tutela judicial de los derechos fundamentales; cuando la aplicación de la norma surja en asunto de cuantía que exceda los 600000 euros, o cuando exista jurisprudencia o ausencia de las mismas en circunstancias que evidencian el repetido “interés casacional”. Método de selección, que en contraste con la casación para unificación de doctrina, ha sido valorado por la doctrina como más eficaz al abarcar un abanico de casos más amplio, así como por procurar la igualdad en la aplicación de la ley,

⁸⁷ Por todos, Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, y Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2002), *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Pamplona.

⁸⁸ Ni tutela civil de derechos fundamentales (a excepción de los contenidos en el art. 24 CE), ni cantidad inferior a 600.000 euros, con los matices que se señalan después.

⁸⁹ Como bien señala María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), en el recurso de casación la igualdad sería con una interpretación anterior del Tribunal Supremo, y tratándose de casos sustancialmente iguales, salvo justificación de la desigualdad (doctrina del TC). No será así cuando el interés casacional derive de interpretaciones contradictorias de las AAPP o de no existir doctrina jurisprudencial si la norma lleva menos de cinco años en vigor; en cuyo caso la interpretación del TS (la pasada que se mantiene; la actual, consecuencia de un cambio o de nueva fijación) sirve para afirmar que se ha infringido la norma aplicable porque no coincide con la del TS. “Alcance y valor en el derecho privado español” en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, pág. 334.

⁹⁰ María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág.337-347. Así ha sucedido, con la obligación de alimentos de los abuelos y el problema de si se cubren o no los gastos extraordinarios, en que por no tratarse de una norma nueva y no haberse suscitado jurisprudencia contradictoria impide que el TS se pronuncie sobre la correcta interpretación del art. 142 CC (ob. cit. pág. 331, nota 41).

⁹¹ Faustino CORDÓN MORENO (2016), “Materias procesales sobre las que no existe doctrina jurisprudencial”, en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, págs. 289-375.

⁹² Arts. 477,2 y 3, y 438 LEC.

⁹³No se admite recurso de casación por infracción de norma aplicable, aunque la interpretación de la sentencia de la AP infrinja la norma aplicable si no existe ya una jurisprudencia del TS sobre esa norma o si, no habiéndola, que la interpretación de las AAPP resulte contradictoria o sea una norma en vigor desde hace menos de cinco años y no exista doctrina anterior del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

centrándose en la norma y el sistema de fuentes⁹⁴.

Con todo, se propone que la casación civil abandone el criterio de la justicia, reforzando el “interés casacional” como método adecuado para alcanzar la función de unificación de la jurisprudencia en la interpretación de la ley; añadiéndole únicamente, como supuesto de recurribilidad la vulneración de derechos fundamentales sustantivos, por dos motivos: porque no toda vulneración de derechos fundamentales tiene actualmente acceso al Tribunal de Casación, sino sólo aquellos que revistan especial trascendencia constitucional, y porque la carga de trabajo actual de la Sala Primera así lo permite⁹⁵.

Un planteamiento que en parte concurre y en parte contrasta con el del recurso de casación regulado en algunas autonomías, concretamente en Galicia⁹⁶; Aragón⁹⁷; y Cataluña⁹⁸. En efecto, sin poder entrar a más a fondo por exceder el ámbito de esta trabajo, sí resulta de interés significar que la orientación del acceso al recurso de casación es claramente expansiva, incorporando en algún caso motivos que ya existieron en modelos de casación de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, como sucede en el caso de la casación gallega cuando contempla el “error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”⁹⁹; en tanto, en otros como la casación aragonesa, al objeto de *poder consagrar la extraordinaria importancia de la jurisprudencia en la tarea de revitalizar nuestro derecho* creando jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés se regula el acceso a la casación foral incluyendo el interés casacional¹⁰⁰. Tendencia expansiva que se incrementa en la casación civil catalana sin excluir ningún tipo de asunto por el carácter fundamental que para el derecho civil catalán tiene la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, procurando un aumento moderado mediante establecer que el

⁹⁴ La selección de asuntos para unificación de doctrina se encontraba muy condicionada por la igualdad de los casos, que a mayor heterogeneidad menor posibilidad de acceso a la casación. Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/, última vista, 21,12,016, 16,40hh.

⁹⁵ Rafael BELLIDO PENADÉS (2016), “Presente y líneas de reforma del sistema de recursos en el proceso civil español”, en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, pág. 270.

⁹⁶ Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.

⁹⁷ Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral Aragonesa.

⁹⁸ Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña.

⁹⁹ Artículo 2.1 Ley 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.

¹⁰⁰ En Aragón son recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales: 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de motivo relativo. 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional, aunque la determinación del procedimiento se hubiera hecho en razón de la cuantía; concurriendo éste en los supuestos del artículo 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral Aragonesa, que recoge, a su vez, los tres casos conocidos referidos a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo dictada en aplicación del Derecho civil aragonés o las normas de éste último.

interés casacional rige el acceso a la casación de todos los asuntos¹⁰¹.

En esta suerte de debate entre los fines deseables y la posibilidad de alcanzarlos, operan, de una parte, la necesidad de reducir en todo caso el número de asuntos sobre los que pronunciarse¹⁰²; pero también otros aspectos que “desdibujan” la posibilidad de alcanzar pronunciamientos únicos y finales a raíz de sus diversas incidencias en tal objetivo: por una parte, las “Sentencias de Pleno” y los “Acuerdos no jurisdiccionales”; y por otra, la posibilidad de recurrir tras el fallo

¹⁰¹ La Exposición de Motivos de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña señala que el desarrollo cuantitativo y cualitativo del derecho civil catalán ligado al proceso de codificación de 2002 debe completarse con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A tal efecto y para procurar el incremento, moderado pero efectivo, que propicie el pronunciamientos por parte del Tribunal Superior sobre todas las materias de su competencia, *entendiendo que el riesgo de que se produzca un alud de asuntos es remoto*, se acude al interés casacional, sin nombrarlo específicamente en el articulado, permitiendo el acceso a la casación las resoluciones en materia civil de las AP con sede en Cataluña, fundándose el recurso, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán o en la alegación de la infracción de precepto constitucional o de la doctrina del TC con relación al derecho civil catalán (sic) acceso a la casación ante el TSJC, en los casos y con los requisitos establecidos por la Ley 2/2012, si no procede la casación ante el TS (artículo 2), y conforme a los requisitos de acceso contenidos en el artículo 3, concretamente, cuando exista contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña; o cuando falte jurisprudencia de los citados tribunales sin que el tiempo de vigencia de la norma en relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia impida el acceso a la casación en ningún caso.

¹⁰² Objetivo de reducción del acceso a la jurisdicción por motivos “de gestión” o “de costes”, que puede plantearse, en general, respecto de todos los recursos, véase, Manuel ORTELLS RAMOS (2016), “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, págs. 24 y ss; pero que alcanza mayor significado en sede de recurso de casación por la urgencia de aligerar la carga de trabajo del Tribunal Supremo para poder así desarrollar cumplidamente su función de interpretación y creación de una buena jurisprudencia. Objetivo, por otra parte, que ha informado prácticamente todas las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso antes de la del año 2000 al incorporar la cuantía mínima del asunto que se iba incrementando con el paso del tiempo. Instrumento, que como se vio anteriormente resultaba discriminatorio y lo que es peor inoperante. Rafael BELLIDO PENADÉS (2010), “La determinación de la cuantía relevante para el acceso a la casación” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 239-269.

Recuérdese, además, que se excluye del recurso de casación las sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (excepto los que reconoce el art. 24 CE); y los de cuantía que no exceden los 600.000 euros o los tramitados por razón de la materia, si la resolución del recurso no presenta interés casacional; esto es, que la infracción de la norma se ha producido porque la sentencia recurrida ha interpretado la norma de manera diferente a como lo ha hecho el propio TS en otras ocasiones; o que la infracción de la norma se ha producido sin que exista sobre la misma jurisprudencia del TS pero a la vez sí la haya contradictoria de las Audiencias Provinciales; o que la infracción se refiera a una ley de vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia del TS hasta la fecha, como tampoco sobre otra anterior o similar. Como bien percibe María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), es como si se dijera que cuando no se trata de derechos fundamentales o de asunto de cuantía superior a 600.000 euros, la infracción de una norma no podrá ser revisada por el TS, salvo que la infracción consista en que no se ha aplicado conforma a la interpretación del propio TS. Y aun así, con diferentes matices: si la cuantía es superior a 600.000 euros y el asunto no es complejo, el TS reiterará su doctrina con la única opción (discrecional) de entender que reviste complejidad. “Alcance y valor en el derecho privado español...”, cit., pág. 332.

del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, al TJUE y al TEDH¹⁰³. A través de todos se pone de manifiesto, la necesidad de tomarlos en consideración, por los efectos que provocan, o para constatar la dificultad real de alcanzar una doctrina única y definitiva; argumentos recurrentes en boca de los partidarios de plantear un giro hacia el precedente, en los términos que se examinan en el siguiente apartado de éste trabajo.

Muy brevemente. Las sentencias del Pleno se contemplan en el art. 197 LOPJ, para casos en que el Presidente o la mayoría estime necesario para la administración de justicia que sean llamados, para formar Sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija. No se atribuye fuerza especial a la resolución que se adopte, aunque el Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de 30 de diciembre, señala que a efectos de apreciarlo el interés casacional, una sentencia del Pleno será suficiente para apreciarlo; circunstancia que claramente propicia el valor de dichas resoluciones a efectos de unificación de doctrina, y que, por otra parte, no dependerá del quehacer de los litigantes sino del propio Tribunal que convoca el citado Pleno. Las resoluciones más recientes que han sido abocadas al Pleno de la Sala Primera ponen de relieve, en otro orden de cosas, la atención a materias con mayor repercusión social, mayor índice de litigiosidad o en las que existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁴.

Los Acuerdos no Jurisdiccionales, por su parte, carecen ciertamente de fuerza normativa, pero en tiempos recientes se ha acudido a los mismos, al amparo del art. 264 LOPJ, precisamente para adoptar una posición común en materias sobre las que no ha existido de momento pronunciamiento unificador. Además, pese a la carencia de fuerza vinculante señalada, la Sección que en uso de su independencia quiera apartarse del criterio adoptado en el Acuerdo deberá motivarlo razonadamente¹⁰⁵.

¹⁰³ El Tribunal Constitucional resuelve en los modelos de control concentrado otorgando un significado específico a lecturas de la ley efectuadas por el tribunal superior, a veces en sentido contrario; en tanto el TJUE en el ámbito de sus competencias, pero con claras intersecciones con las competencias correspondientes a los tribunales supremos, abren un nuevo frente en la búsqueda de resoluciones en sentido idéntico, iguales y que generen seguridad jurídica. Piénsese en la situación del ordenamiento civil español en materia de juicio hipotecario o de acciones colectivas, por acudir a dos casos actuales.

¹⁰⁴ María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), constata que se trató de asuntos relativo a: "protección del consumidor, cláusulas abusivas, compra de preferentes o, en general, asuntos que puedan plantearse en un alto número de litigios; protección de menores y personas con discapacidad; prescripción y Talidomida; o derecho al olvido digital. "Alcance y valor en el derecho privado español...", cit., págs. 356-361.

¹⁰⁵ Incluso la STC, 2ª, 2.06.2003; 108/2003; MP: Guillermo Jiménez Sánchez; Partes: Don Alfredo de la Cuadra López Trigo y Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia, señalaba que un Acuerdo previo, el de 12 de diciembre de 2012 "forma parte de la normativa sobre el recurso de casación"; afirmación tildada justamente de excesiva y desproporcionada por María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), "Alcance y valor en el derecho privado español...", cit., pág. 322, nota 25.

La incidencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en lo que podríamos llamar “derecho europeo”, en sentido amplio, es más reciente, pero no por ello menos relevante. Proviene de la vinculación de los órganos jurisdiccionales españoles, conforme al art. 4bis.1 LOPJ y se completa: con el reconocimiento por el propio Tribunal Supremo de que la infracción de la jurisprudencia del TJUE resulta suficiente a efectos del recurso de casación por interés casacional¹⁰⁶; así como con la posibilidad de plantear una “cuestión prejudicial” cuando no exista jurisprudencia sobre una materia concreta¹⁰⁷. Baste pensar a este respecto, en la resoluciones del TSJUE sobre “intereses abusivos”; cláusulas suelo; o las conocidas como “preferentes”¹⁰⁸

Y finalmente, con mayor antigüedad pero quizás no tanta incidencia por la dificultad en acceder al mismo, las resoluciones del TEDH, último eslabón de la cadena judicial en algunos casos conocidos, como el “caso Preysler” y al que pretendieron llegar, sin éxito los perjudicados por la Talidomida frente a la resolución desfavorable del TSJUE¹⁰⁹; circunstancia o posibilidad, que en España, como en otros muchos países, dificulta que quepa hablar de una Corte Suprema o de una jurisprudencia vinculante¹¹⁰.

El recurso de casación y su función unificadora se enfrentan así, por una parte, a una serie de circunstancias provenientes de la complejidad normativa y de la pluralidad de intérpretes de una misma norma; aspecto que se une, además, a las voces que desde un punto de vista más amplio

¹⁰⁶ STS, Pleno, 3.06.2016; RJ 2016/2306; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.).

¹⁰⁷ Art. 267 TFUE y art. 23 del Estatuto del TJUE. Las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 Reglamento de procedimiento del TJUE), tienen eficacia *ex tunc* y *erga omnes*. Manuel CIENFUEGOS MATEO (2014), “La cuestión prejudicial comunitaria (Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”, The Jean Monet/Robert Schuman Paper Series 14,1,2014 (www.miami.edu/eucenter).

¹⁰⁸ STJUE, 1ª, 3.06.2010; C-484/08; MP: A. Tizzano; Partes: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y AUSBANC. STJUE, 1ª, 14.06.2012; C-618/10; MP: A. Tizzano; Partes: Banco Español de Crédito S. A. y Joaquín Calderón Camino. STJUE, 1ª, 14.03.2013; C-415/11; MP: A. Tizzano; Partes: Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa); STJUE, Gran Sala, 21.12.2016; C-154/15, C-307/15 y C-308/15; MP: E. Levits; Partes: Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu. STJUE, 1ª, 26.01.2017; C-421/14; MP: S. Robin; Partes: Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García.

¹⁰⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha desestimado la demanda contra España que presentó la Asociación Española de Afectados de la Talidomida (AVITE) por **vulnerar los derechos humanos fundamentales** de los afectados por la talidomida, según informa la asociación. La comunicación del tribunal europeo explica que el pasado 27 de junio un comité de tres jueces (D. Dedov, L. López Guerra y J. Schukking) decidió declarar “inadmisible” la demanda presentada el pasado 16 de diciembre por AVITE, al considerar **que no se cumplen los requisitos exigidos** por el convenio y que “no observa ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el convenio o sus protocolos”. La decisión, además, es **definitiva** por lo que no cabe recurso ante ninguna instancia judicial. Accesible en <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2017/07/10/5963b42f22601d423d8b45fd.html>, última vista domingo 24.9.2017, 11,48.

¹¹⁰ Como meros ejemplos, para Alemania véase, Peter L. MURRAY y Rolf STÜRNER (2004), *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham NC, pág. 6ss; o en general, Richard POSNER (2006), “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, 86, *B.U.L.Rev.*, 1049, 1050, 2006; y Michele TARUFFO (2012), “Le funzioni delle corte supreme. Cenni generali” en Guilherme AMARAL y Daniel MITIDERO (Coordinadores) *Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, Atlas, Sao Paulo, págs. 341-348.

ponen sobre el tapete la conveniencia de un cambio de modelo, más radical, que adoptaría en mayor o menor medida un mecanismo parecido al llamado “precedente”, a través de diversos argumentos y puntos de vista, pero con un objetivo común: incrementar la eficacia del Tribunal Supremo en el cumplimiento de su función unificadora resolviendo de un plumazo la reducción de casos que acceden al Tribunal Supremo, propiciando paralelamente, una adecuación ágil del derecho y su interpretación frente a los rápidos cambios sociales. No es posible dedicar a este complejo tema la extensión que merece, susceptible por sí mismo de libros y artículos de gran interés¹¹¹. Sí resultarán suficientemente ilustrativas, empero, las siguientes consideraciones.

5. ¿Un paso hacia el precedente?

En las últimas décadas, el impacto del constitucionalismo, la evolución de la teoría de la interpretación, el desarrollo de la argumentación y la siempre recurrente creciente complejidad de la realidad social y jurídica sirven para justificar una nueva orientación en la función de los tribunales supremos, que al perder la de declarar el sentido exacto de la ley garantizando una ilusoria uniformidad interpretativa (*sic*), pasan a adoptar la de atribuir sentido al derecho esgrimiendo “razones racionalmente convincentes”¹¹². A tenor de esta tesis, los tribunales supremos ya no declararían el sentido exacto de la ley garantizando una uniformidad ilusoria, sino que ahora ostentan la misión de atribuir sentido al derecho, siempre que se esgriman fundamentos racionalmente convincentes. Con tal orientación, el tribunal supremo proclamaría el derecho y no simplemente lo revelaría, y la igualdad, un día relacionada exclusivamente con la ley, ahora lo estaría con el derecho que establece el tribunal supremo, y consecuentemente, sus

¹¹¹ José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial* 3, 1982, págs.25-40; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva”, *InDRET* 1/2013 (www.indret.com); Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (1997), “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, núm. 1, págs. 267-278; Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002; Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, 2002, núm. 157, págs. 89-118; Steven SHAVELL (1997), “The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 26, núm. 2, págs. 575-612; Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis”, *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97, núm. 4, págs. 1551-1633.

¹¹² Luigi MONTESANO (1958), “Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale”, *Rivista di diritto processuale*, 1958, págs. 524ss; Giovanni TARELLO (1966), “Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, págs. 349-357; Riccardo GUASTINI (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano; Jerzi WRÖBLESWSKI (1974), *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, *Rechtstheorie*, vol. 5, parte 1, Duncker&Humblot, Berlín, págs. 39ss.; Jerzi WRÖBLESWSKI (2001), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid; Michele TARUFFO (2011), “Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali”, *Anuario di Diritto Compartato e di Studi Legislativi*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, págs. 11-36.

precedentes tendrían fuerza obligatoria y vinculante¹¹³.

Esta nueva hermenéutica bebe de una doble fuente: la lectura filosófica de la función de los tribunales superiores y su labor interpretativa y el efecto de “vasos comunicantes” del sistema del precedente en los países continentales en un mundo cada vez más globalizado e intercomunicado. Sus manifestaciones más relevantes han tenido lugar en Iberoamérica¹¹⁴, por la incidencia del constitucionalismo y la necesidad de que el juez ordinario interprete el derecho conforme al mandato constitucional; sin embargo, no faltan importantes coincidencias con circunstancias asimismo presentes en Europa¹¹⁵.

Entre las mismas destacan: el fracaso de los filtros de acceso a la casación que únicamente esconden una verdadera voluntad de reducir la carga de trabajo, sin racionalidad frente al *ius litigatoris*. Este motivo coronado dogmáticamente por la influencia de las ya citadas teorías de la interpretación y de la argumentación¹¹⁶, abundan en la tesis -que frente a la concepción de CALAMANDREI contempla los actuales Tribunales de casación como tribunales de corrección, destinados a la tutela de la legalidad y encaminados a garantizar la unidad del derecho objetivo a partir de establecer el sentido exacto de la ley, colocando al Poder Judicial junto al Legislativo para que los tribunales supremos atribuyan sentido al derecho y lo desarrollen según la

¹¹³ Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara el “sentido exacto de la ley” al tribunal que sienta precedentes” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid pág. 206.

¹¹⁴ Quizás por la existencia de países con lo que allí se conoce como “tribunal de vértice” bien a través de una Corte o Tribunal Constitucional y una Corte o Tribunal de Casación o Revisión, bien a través de un único Tribunal Constitucional.

¹¹⁵ En Italia la Escuela de Génova (Giovanni TARELLO (1980), *L'Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano); Riccardo GUASTINI (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano; y Pierluigi CHIASSONI (2007), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna), sostuvo la eventualidad de transformar el concepto de derecho, diferenciando entre ley y norma, sacándolo de la esfera exclusiva del Poder Legislativo y sometiéndole a la Constitución, y, especialmente haciéndolo depender de la interpretación judicial que puede coadyuvar con el poder legislativo creando normas en su labor interpretativa Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara...” pág. 213.

En Francia, el Consejo Constitucional francés, órgano creado originalmente para proteger el exceso de poder y usurpación de funciones del gobierno en contra del legislativo, extendió su control a la adecuación de las disposiciones a la Constitución y también a la Declaración de Derechos del Hombre, lo que ha acarreado un control no sólo de las leyes que se le presentan sino también a la interpretación de ellas por la Corte de Casación (civil) y el Consejo de Estado (administrativo); circunstancia a la que se ha opuesto el Tribunal de Casación que se ha negado a que su interpretación de la legalidad pueda ser revisada constitucionalmente. Loïc CADIET (2016), “El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia...”, pág. 202 y ss.

¹¹⁶ La teoría de la argumentación de Perelman identifica el razonamiento jurídico con el razonamiento judicial. El orador del razonamiento jurídico -el juez fundamentalmente- utiliza la argumentación, las técnicas discursivas, para persuadir a su auditorio de que la decisión que adopta es la más adecuada entre todas las posibles. Las razones pueden ser no sólo jurídicas sino también “morales, políticas, sociales, económicas o religiosas”; si bien en el caso de la interpretación jurídica, la deliberación gira en torno a un tipo de controversias particulares, la interpretación de las normas jurídicas, la controversia planteada entre una interpretación en conformidad con la letra de la ley o con el espíritu de ésta, o con dos o más interpretaciones literales de aquella. Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial...*, pág. 54.

evolución social¹¹⁷.

En tal sentido, se afirma, los tribunales supremos ya no se ocupan de una mítica unidad del derecho objetivo, sino de la unidad del derecho indispensable para que la igualdad ante el derecho deje de ser algo ilusorio y resulte factible. Dicha igualdad, la imparcialidad, la coherencia del derecho y la seguridad jurídica justifican la necesidad de los precedentes obligatorios¹¹⁸. O como también se afirma, a partir de la disociación entre texto y norma, y de la elaboración de ésta según el caso concreto y la Constitución, se sitúa al tribunal supremo como el órgano cuya función es definir el sentido que debe extraerse del texto legislativo, no para señalar qué significa exactamente, sino para que junto al Poder Legislativo pueda ajustarlo a las necesidades sociales propiciando su desarrollo. Lejos de proteger al legislador de la jurisdicción ordinaria, el tribunal supremo ayudaría al legislador interpretando un enunciado legal potencialmente inequívoco, otorgándole sentido individualizado conforme a aspectos morales, culturales, económicos y políticos del momento histórico¹¹⁹.

Mediante esta adaptación a lo jurídico, las repetidas teorías de la argumentación y de la de la interpretación justifican la necesidad de contemplar la unificación de la interpretación del derecho, no con el único propósito de tutelar el derecho del particular, sino de uniformar la interpretación descubriendo y declarando el sentido de la ley preservando al legislador y garantizando el sentido correcto del derecho objetivo¹²⁰. La decisión no se escapa del orden jurídico globalmente considerado sino que constituye una norma fuera o al lado del orden legislativo, extrayéndola de la legislación y añadiéndola al orden jurídico, completando de ese modo la afirmada insuficiencia legislativa y requiriendo a tal efecto la nueva función atribuida al tribunal supremo: *para que el derecho estatal infraconstitucional madure ajustado a las necesidades sociales*¹²¹.

¹¹⁷ Luiz MARINONI (2012), "Precedentes Obrigatorios", *Revista dos Tribunais*, 2012.

¹¹⁸ John Henry MERRYMAN y Rogelio PÉREZ PERDOMO (2007), *The Civil Law Tradition: an introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Standford University Press, California, 3º ed., págs. 34-38; Michele TARUFFO (2007), *Precedente e giurisprudenza*, Ed., Scientifica, Nápoles; Theodore BENDITT (1987), "The Rule of Precedent" en *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, págs. 89-106; Marcelo ALVES DIAS DE SOUZA (2006), *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Juruá Editora, Brasil, pág.18.

¹¹⁹ La coordinación y armonía del Tribunal Supremo y del Poder Legislativo cumple un objetivo de dar a la sociedad un derecho en constante evolución, adecuado a las necesidades sociales y añadiendo sustancia al orden jurídico, que de esta forma, pasa también a estar integrado por los precedentes. Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara..." p 210. Sobre la ideología de la interpretación no estática, Giuseppe ZACCARIA (1996), "La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica" en *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, págs. 145-154.

¹²⁰ Si la jurisdicción se limita a declarar la voluntad concreta de la ley no se requiere de igualdad entre decisiones, basta la unificación de la interpretación objetiva para garantizar igualdad de todos ante la ley, y un sistema que permita corregir las decisiones discordantes con la ley. Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara...", pág. 208.

¹²¹ Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara...", pág. 209. El tribunal supremo es un tribunal de atribución de sentido o de interpretación, de forma que esta función se entiende como algo que está más allá de la que el modelo tradicional concibe para el tribunal de casación.

Desarrollando la citada función interpretadora atribuida al Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios se regirán por las normas establecidas en los precedentes de aquél¹²². Esta vinculación se asienta sobre dos grandes fundamentos: a) la igualdad nacida de la “universalización del precedente” y fruto del deber del Estado de dar a todos los que están en una misma situación jurídica la solución que el tribunal supremo razonadamente delineó con las mejores razones posibles¹²³; y b) la seguridad jurídica, concebida como subprincipio del Estado de Derecho, y expresada en términos de estabilidad y continuidad del orden jurídico y de la previsibilidad acerca de las consecuencias jurídicas de las conductas propias de la convivencia social¹²⁴.

Desde este punto de vista, la necesidad de previsibilidad de las decisiones, se busca como valor legal, avalado por el precedente¹²⁵; sin que falten opiniones que defienden que la uniformidad jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las normas se funda en los principios de certeza y seguridad jurídica, no en la igualdad reconocida en el art. 14 CE¹²⁶. Algo que también se percibe cuando el Tribunal Constitucional español alega que la uniformidad jurisprudencial, abordada generalmente como manifestación del principio de igualdad, también tiene que ver con los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídicas¹²⁷; afirmación que respaldaría el valor del precedente judicial, ya que no cabe modificar el sentido de una resolución anterior si no se fundamenta de manera suficiente y razonable, so pena de recurso de amparo¹²⁸.

¹²² En términos propios: *El tribunal supremo, vinculado al derecho estatal infraconstitucional, obviamente ya no está al servicio del legislador, buscando la tutela de la ley o la revelación del sentido exacto para corregir las decisiones de los tribunales ordinarios. (...) deja de ser un tribunal de tutela de la ley para ser un tribunal de atribución de sentido a la ley no solo en virtud de la percepción de que el Poder Legislativo no tiene capacidad de producir por sí mismo derecho, sino, sobre todo, en razón de que se constata que la tarea interpretativa es valorativa y que, por ende, la decisión no es una mera consecuencia lógica de lo que produce el legislador, sino una verdadera reconstrucción del sentido que se adhiere al orden legislativo, revelando el derecho que debe orientar a la sociedad y pautar las decisiones de los tribunales ordinarios.* Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara...”, pág.214.

¹²³ Mediante la que se salvaguarda asimismo la imparcialidad en la medida en que los órganos que decidan conforme a los precedentes de manera semejante alejan la percepción de parcialidad, que según esta concepción, acompaña a decidir casos iguales o semejantes de manera semejante.

¹²⁴ Luiz MARINONI (2012), “Precedentes Obligatorios...”, pág. 120ss. En opinión de este autor: *los tribunales supremos ya no se ocupan de una mítica unidad del derecho objetivo, sino de la unidad del derecho que ellos tienen el deber de establecer, indispensable para que la igualdad ante el derecho deje de ser algo ilusorio y se convierta en algo factible. La igualdad, la imparcialidad, la coherencia del derecho y la seguridad jurídica justifican la necesidad de los precedentes obligatorios.*

¹²⁵ Arthur Lehman GOODHART (1934), “Precedent in English and Continental Law”, *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934; y Massimo CORSALE (1979), *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, pág.40ss.

¹²⁶ Marina GASCÓN ABELLÁN (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, págs. 54-55 y 77-78; Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>, pág. 15, última vista, 21,12,016, 16,40h.

¹²⁷ STC, 2ª, 14.07.1982; 49/1982; MP: Luis Díez-Picazo; Partes: Comisión Provincial de Madrid y la Comisión Central del Fondo de Garantía Salarial y Manuel ORTELLS RAMOS (2010), “La casación en España”, en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs.42-45.

¹²⁸ Las consecuencias de este enfoque relativiza la idea de reiteración, pues el precedente es una sola sentencia, y la fuerza vinculante del precedente porque cabe separarse de los precedentes propios y ajenos, siempre que se funde. María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, p, 326.

Otras voces perciben la eventualidad y bondad de admitir el precedente en nuestro sistema desde el momento en que las resoluciones del Tribunal Supremo cumplen los requisitos básicos de publicidad y motivación¹²⁹. Aun reconociendo de antemano que las decisiones del Tribunal Supremo no son fuentes del derecho en nuestro ordenamiento en el sentido del precedente anglosajón o *stare decisis*¹³⁰, ni puede deducirse así del tenor del art. 5.1 LOPJ; a juicio de estos autores el argumento se asentaría en este caso en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad, consagrada en el art. 14 CE, así como en el principio de justicia formal para un uso argumentativo de las decisiones judiciales¹³¹.

Conforme a esta posición, la igualdad en la aplicación de la ley se traduce en la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios de resolución de casos sustancialmente idénticos, cuyo enjuiciamiento implica la referencia a una decisión o divergencia no motivada respecto al precedente, reconociendo de hecho la existencia de un criterio de equiparación entre la decisión judicial y el precedente y consagrando el valor vinculante de este último¹³². A partir de ahí, se sigue garantizando la uniformidad de la jurisprudencia, no como reiteración de las decisiones, sino como el seguimiento justificado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo teniéndolo en cuenta, tanto para seguirla (precedente) como para separarse de ella (motivando el cambio)¹³³. Adicionalmente, se articularía un nuevo fundamento de la casación, que no se limitaría a los principios de unidad y jerarquía, y en el que las resoluciones se casarían, no por la falta de seguimiento de la jurisprudencia, por más motivada que esté, sino porque dicha motivación no es racional y no resulta más adecuada¹³⁴.

¹²⁹ José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, págs.25-40. Leonor MORAL SORIANO (2002), El precedente judicial..., pág. 183 y ss.

¹³⁰ De vinculación absoluta.

¹³¹ Recuérdese, no obstante, que la doctrina constitucional respecto al juego en España de la regla *stare decisis* en el conflicto entre la norma general de igualdad (art. 14 CE) y la norma especial de sometimiento único del juez al imperio de la ley (art. 117,1 CE), prevalece esta última, sin que ello implique que el Tribunal Constitucional ignore. Recuérdese, en este sentido, que según el propio Tribunal, la consecución de esa uniformidad no ha sido constitucionalmente encomendada a mecanismos normativos *strictu sensu*, esto es, al carácter de fuente de la jurisprudencia, sino a los recursos previstos en las leyes y, en particular, a la casación. Como sigue señalando L.M. Díez-Picazo, (...) afirmar lo contrario no sería negar la independencia judicial, ya que esta posee un significado jurídico-político autónomo de la concreta configuración del sistema de fuentes, pero sí sería negar el aspecto de la independencia judicial en un ordenamiento legalista, en el que la vinculación del juez a la ley es necesariamente más fuerte que a la línea interpretativa de los Tribunales de rango superior. Véase L. M. Díez-PICAZO (1991) *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, págs. 125-126. E Ignacio DE OTTO Y PARDO (1987), *Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, al que cita el primero.

¹³² José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, pág.26.

¹³³ Juan Luis REQUEJO PAGÉS (1990), “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29,1990,pág.233.

¹³⁴ Esta “nueva” jurisprudencia y casación favorecería un cambio tanto en el razonamiento del TS como en el uso de precedentes. La vinculación del TS a su propia jurisprudencia según el principio de igualdad en la aplicación de la ley permitiría técnicas como el *distinguishing* o separación de precedentes y *overruling* o anulación de precedentes; sin negar la unidad jurisprudencial al obligar al TS a declarar qué criterios son vinculantes y cuales están anulados o sirven sólo en casos concretos. Leonor MORAL SORIANO (2002), El precedente judicial..., pág.188.

Por otra parte, la defensa del precedente asentada en la insuficiencia del modelo casacional de Calamandrei para ajustarse a la cambiante realidad social, podría encontrar fundamento desde el momento en que no existe en nuestro ordenamiento previsión legal expresa para adecuar la interpretación de una norma a la realidad social cambiante. Pero conviene no olvidar que dicha carencia ha encontrado alguna respuesta en el repetido Acuerdo de 2011 que permite la admisión del recurso de casación: *Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia*¹³⁵. Claro que se trata de un mecanismo extraordinario y paralegal, pero también cabe pensar que la realidad social no cambiará tan frecuente ni rápidamente como para requerir una primera respuesta tan urgente, sin perjuicio de la necesidad de la posterior adecuación normativa; eventualidad que no constituiría un cambio tan radical y de consecuencias potencialmente tan relevantes y arriesgadas por no mencionar su carácter totalmente ajeno a nuestra tradición jurídica y cultural¹³⁶.

Cierto es también que no se trata de una propuesta desconocida. En 2006 se presentó un Proyecto de reforma de la LOPJ y posteriormente, en abril de 2014 un Anteproyecto también de reforma de la LOPJ, que recogía en los artículos 32 a 38 de éste último texto la existencia de una doctrina jurisprudencial vinculante¹³⁷. A tenor de los mismos y en apretada síntesis, la doctrina reiterada que estableciera el Tribunal Supremo como *ratio decidendi* de sus resoluciones al interpretar y aplicar la ley, las costumbres y los principios generales del derecho devendría complementaria del ordenamiento jurídico, integrando una nueva fuente del derecho. A tal efecto, la doctrina jurisprudencial hubiera derivado, en un primer supuesto, del Pleno de cada Sala del Tribunal Supremo, donde se hubiera decidido en sucesivas reuniones trimestrales los fundamentos de derecho de las resoluciones dictadas en ese periodo que pudieran pasar a ser doctrina jurisprudencial vinculante; y en otro supuesto, del planteamiento ante el Tribunal Supremo de una “cuestión jurisprudencial previa” por parte de un juez o tribunal¹³⁸.

Propiciaría, además, la posibilidad de que los órganos inferiores propicien la evolución aportando nuevos elementos valorativos, sin poder ser acusados de incumplir el deber de acatamiento justificado únicamente en criterios jerárquicos. José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, pág.33.

¹³⁵ Acuerdo de la junta general de magistrados de 30.12.2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

¹³⁶ Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/, últimos párrafos del trabajo, última vista, 21,12,016, 16,40h.

¹³⁷ En éste último, su artículo 32 preveía: “Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo. 1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) 3. La doctrina jurisprudencial vinculante perderá tal carácter cuando el Pleno o la Sección que propuso tal doctrina modifique su criterio motivadamente y así se declare por el Pleno de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo”.

¹³⁸ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.4/2014 págs. 1-3.

Tras la publicación de este último Anteproyecto, por centrar nuestra atención en el más próximo en el tiempo, varios autores reaccionaron planteando serias dudas sobre su eficacia y bondad al entender que no contribuye ni a aligerar la carga de los tribunales¹³⁹, ni a la independencia y función de Jueces y Magistrados¹⁴⁰; y además, porque su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, si no existiese el art. 117.1 *i.f.* de la CE, convertiría un sistema que reconoce el valor orientado al precedente judicial autorizado o con *auctoritas* en un sistema de precedente judicial que impone la vinculación; hipótesis que sí se rechaza¹⁴¹.

Estas prevenciones se pusieron de relieve asimismo en el “Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo” en torno a la falta de acierto y la fórmula del Anteproyecto sobre la “jurisprudencia vinculante”; decantándose, si se quería potenciar el valor de la jurisprudencia, por la opción de mejorar la regulación del recurso de casación en esa dirección¹⁴².

A la hora de valorar todas las consideraciones expuestas, conviene tener muy presente, además, que la hipótesis según la cual el derecho de origen judicial, el *common law* y el precedente tienden a evolucionar hacia la eficacia, resulta cuando menos cuestionable, cuando no restringe otras garantías del sistema en su conjunto, como veremos seguidamente.

Siendo cierto que un sistema de selección discrecional como el *certiorari* reduce drásticamente el número de resoluciones del Tribunal Supremo, y dejando de lado, su eficacia en términos de

¹³⁹ Estas se cernían tanto sobre la incidencia que la Exposición de Motivos preveía de la mayor seguridad jurídica que implicaría, como sobre la falta de incidencia en el principio de independencia judicial, para cuya negación se apelaba al discutido caso del art. 100.7; aspecto éste duramente criticado, no sólo por las dudas en torno al propio recurso de revisión, sino por extender un supuesto excepcional a la jurisdicción civil, incidiendo “de forma ya no excepcional en el principio de libertad del poder judicial en la interpretación y aplicación de la ley, puesto que jueces y tribunales quedarían sometidos a esa doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante...”, págs. 1-3. Sobre el recurso de revisión en lo administrativo (art. 100.7 LJCA), Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”.

¹⁴⁰ Los jueces y tribunales dejarían de estar sometidos “únicamente” al imperio de la ley y la jurisprudencia dejaría de desempeñar la función encomendada en el art. 6.1 CC. Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, págs. 1-18. Recuérdese, además, el peculiar aspecto de la independencia judicial en un ordenamiento legalista como el nuestro en el que la vinculación del juez a la ley es necesariamente más fuerte que a la línea interpretativa de los Tribunales de rango inferior. Véase L. M. Díez-Picazo (1991) *Régimen constitucional...*, págs. 125-127, y 128 y ss.

¹⁴¹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, apartado 5.

¹⁴² El órgano de gobierno aprecia una “devaluación de la doctrina del Tribunal Supremo, la contenida en el art. 31, de la que sólo una parte sería vinculante, y que la referencia al modelo del recurso de casación en interés de la ley resulta un modelo inapropiado “per se” y por contemplar un supuesto normativo distinto; amén de valorar negativamente los mecanismos de selección propuestos. Tras unas consideraciones sobre la fuerza vinculante en lo penal, sobre las que volveremos después, el informe postula que “la mejor forma de potenciar el valor de la jurisprudencia y del cometido del Tribunal Supremo es dotarle de los medios que necesita y establecer una buena regulación del recurso de casación, entendiéndose por tal la que permita pronunciarse, en tiempos razonables, sobre los problemas principales –por su relevancia o por su proyección– que suscita la interpretación de la leyes”. El subrayado es mío.

alcanzar realmente una verdadera función nomofiláctica¹⁴³; parece innegable, que en lo relativo al número de asuntos decididos, la cuestión sería preguntarse sobre si el criterio de selección discrecional satisface necesariamente los intereses públicos, la igualdad, la unidad y la seguridad jurídica, o cuando menos compensa la extraordinaria limitación de los mismos.

Adicionalmente, debería no olvidarse que la pretendida eficacia del precedente en el sistema del *common law* precisa de aclaraciones. Son muchos los trabajos que han fundamentado esta afirmación, apercibiendo, en primer lugar, sobre el hecho de que la eficacia no provendría del gusto de los jueces por la misma, sino del interés económico de los justiciables, así como, que la litigación selectiva prospera en virtud del interés de las partes en sentar un precedente para el futuro¹⁴⁴.

La jurisprudencia tenderá a evolucionar en sentido favorable a la primera, significativamente, cuando se trate del litigante más poderoso económicamente, de los que mejor saben organizarse en defensa de sus intereses y de aquellos que mayores recursos son capaces de movilizar en contra de las reglas jurisprudenciales que les perjudican y a favor de las que le benefician¹⁴⁵. Así las cosas, para que la litigación selectiva genere normas jurisprudenciales eficientes deben concurrir otras circunstancias adicionales: el fortalecimiento del *stare decisis*, con el consiguiente incentivo económico para el justiciable que influyó estratégicamente en su producción, el interés de los tribunales por hacerse con los casos, y el protagonismo del derecho dispositivo que facilite sortear de común acuerdo las reglas establecidas por los jueces¹⁴⁶. No son las únicas consideraciones. La falta de vinculación conlleva una notable pérdida de eficacia, independientemente de que se considere a la jurisprudencia como fuente del derecho, hablándose de “precedente fuerte” cuando determine efectivamente la decisión de casos sucesivos, y de “precedente débil” cuando los jueces sucesivos tienden a no reconocerle un grado de influencia relevante¹⁴⁷. Dicha circunstancia acarrea que el valor del precedente derive, a

¹⁴³ Michele TARUFFO (2009), “Las funciones de las Cortes Supremas...”, pág. 95.

¹⁴⁴ Jack HIRSHLEIFER (1980), “Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies”, UCLA Economics Working Papers, 1980, pág. 170ss; Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law...”, págs. 1625ss; M. J. RIZZO (1980), “The Mirage of Efficiency”, *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980, n.3, págs. 641-658; Paul RUBIN (1977), “Why is the Common Law Efficient”, *Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6, n.1, págs. 51-63; Frederik SHAUER y Richard ZECKHAUSER (2011), “The Trouble with Cases” en *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago. Todos citados por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”.

¹⁴⁵ Jack HIRSHLEIFER (1980), “Evolutionary Models in Economics and Law...”, 170. Citado por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”, pág. 15, autor al que se sigue en este apartado.

¹⁴⁶ Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law...”, págs. 1625ss, citado por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...” pág. 19.

¹⁴⁷ Aleksander PECZENIK (1997), “The Binding Force of Precedent”, en *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldershot, págs. 461.

su vez, de la situación del juez en el sistema judicial y de la autoridad de la propia decisión¹⁴⁸.

Todo sin olvidar, finalmente, la posibilidad de perpetuar el error o de que las interpretaciones sean superadas por preferencias personales¹⁴⁹.

6. Reflexiones finales

Retomando las funciones descritas en el apartado sobre modelos de casación comparados, recordemos que la finalidad unificadora y nomofiláctica pone de manifiesto la prevalencia de un interés público, en tanto, la atención al *ius litigatoris*, evidencia reforzar el interés privado¹⁵⁰. Con una u otra orientación, las diferentes legislaciones han ido incorporando diversos mecanismos de selección del recurso de casación, que entre otros efectos y como se constata en la legislación española, reducen significativamente la posibilidad de homogeneización, tanto en el marco de derecho sustantivo como en el del derecho procesal.

Adicionalmente, los comunes requerimientos de eficacia, a través de limitar notablemente el acceso al recurso de casación o de concentrar los motivos mediante nuevos filtros que se sirvan de la propia interpretación del tribunal para valorar la existencia de presupuestos, no de motivos, como el “interés casacional”, han contribuido a incrementar el valor de la jurisprudencia, como elemento estabilizador con vocación general, sin alcanzar, empero, el efecto vinculante propuesto en los Proyectos de 2006 y el Anteproyecto de 2014¹⁵¹.

El alto número de sentencias de Pleno, 30 entre julio de 2016 y agosto de 2017, denota un claro afán por aclarar y unificar interpretaciones, que sin embargo, no pueden alcanzar valor normativo, por ausencia de previsión legal y por carecer de los presupuestos de inserción en el BOE. El efecto que se otorga a las mismas, tanto por la suficiencia de una sola sentencia para apreciar que oponerse a la misma equivale a oponerse a una doctrina reiterada a efectos del interés casacional, como del valor reconocido en la Acuerdo de la Junta General de Magistrados,

¹⁴⁸ Michele TARUFFO (2016), advierte sobre el uso inadecuado del significado del “precedente” -circunstancia que requiere inexcusablemente de la coincidencia entre hechos que un juez debe decidir y los hechos del caso ya decidido, condición básica para aplicar la misma *ratio decidendi* a supuestos en que se trata de una máxima y no de hechos, que no se conocen o no son tenidos en cuenta. “Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 244.

¹⁴⁹ Stephen MARKMAN (2004), “Precedent: Tension Between Continuity: The Law and The Perpetuation of Wrong Decisions”, *Texas Law Review of Law and Politics*, March 2004, págs. 283 y ss.

¹⁵⁰ El interés general al que se alude en este contexto es el interés general en una aplicación uniforme de la ley y, en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, el interés en el desarrollo del derecho. La claridad y la aplicación uniforme de la ley mejorará, a su vez, la previsibilidad y con ella la fiabilidad, fomentando la confianza en el sistema judicial y en las instituciones públicas. Christoph KERN (2016), “El rol de la Corte Suprema”, en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 58.

¹⁵¹ *Supra*, VI.

de 30.12.2011, contribuiría a lograr la requerida interpretación uniforme de las normas jurídicas.

Desde otro punto de vista, aunque conexas, el modelo de la casación coincide paradójicamente con el del precedente en la búsqueda de la uniformidad, estabilidad y predictibilidad de las resoluciones¹⁵²; sin embargo, no alcanza un resultado satisfactorio. Empecemos por recordar, una vez más, que no se trata de aquellos casos en que se interpretan y dotan de contenido a principios, máximas y elementos valorativos que forman parte del quehacer judicial, y al que sólo impropiamente se denomina “crear derecho” o “sentar un precedente”¹⁵³; sino de aquellos otros en que la resolución judicial podría contener una interpretación con vocación de futuro, como si se tratara de una norma¹⁵⁴, aún a riesgo de llegar a interferir con el legislativo, soslayando la división de poderes¹⁵⁵. En este sentido, incorporar el *stare decisis* hubiera reducido enormemente el número de materias sobre las que debería pronunciarse el Alto Tribunal, sin duda, pero sería más que cuestionable que el modelo resultara efectivamente trasladable, por motivo constitucionales, de legalidad ordinaria y de cultura jurídica¹⁵⁶. Un riesgo excesivamente alto para un resultado magro.

Por otra parte, ambos modelos afrontan un mismo problema: ¿Cómo se desarrolla y evoluciona el derecho? ¿Qué sucede con cuestiones de impacto social o que precisan una respuesta más rápida que la de la tramitación legislativa de una reforma?

Adoptar el precedente no parece solventar esta cuestión o al menos no lo haría sin abrir otras incógnitas. La respuesta, obtenida en el seno del derecho angloamericano, pero trasladable en su esencia, se remite al área de derecho material o procesal, con sus principios y reglas, cuando surgen situaciones en las que la naturaleza cambiante de la materia y las cuestiones sociales delicadas que esta encierra hacen deseable que la decisión se deje a la discreción del juez,

¹⁵² La técnica del *stare decision* es una forma de garantizarlas, de manera más radical en Inglaterra, y con mayor flexibilidad en USA.

¹⁵³ El precedente se funda sobre la analogía que el segundo juez percibe entre los *hechos* del caso que él debe decidir y los *hechos* del caso ya decidido, única circunstancia en la que se puede aplicar la regla mediante la cual la misma *ratio decidendi* se aplicará a hechos idénticos o similares. Michele TARUFFO (2007), “Precedente e jurisprudencia”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, págs. 712 y ss.

¹⁵⁴ María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág.313.

¹⁵⁵ Riesgo sobre el que alertan diferentes autores: Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, apartado 5; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante...”, págs. 1-3; María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág. 319; Jordi NIEVA FENOLL (2016), “Un juez supremo o un legislador supremo”? en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 173-174; y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”, págs. 26ss.

¹⁵⁶ L. M. Díez-Picazo (1991) *Régimen constitucional...*, págs. 118-119; 125-127, y 128ss; Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), “La recepción en España del recurso de casación francés” en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, I; y Manuel DE LA PLAZA, (1994), *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1977), “Rasgos definidores de la casación civil”, en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular* (X Reunión de los profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas), Santiago de Compostela, p. 161.

obteniendo flexibilidad a costa de sacrificar certeza. Existen, sin embargo, otros supuesto en los que la certeza, que puede ser asegurada por el juicio de un hombre razonable, basado en principios jurídicos estables, es más relevante que la posibilidad de obtener flexibilidad¹⁵⁷. Se diferenciaría, así, entre “campos flexibles” del derecho, en los que el juez o la jurisprudencia podría establecer variaciones o líneas en tal sentido¹⁵⁸, y “campos rígidos”, en los que la estabilidad es inexcusable¹⁵⁹.

¿Cabría deducir del tenor del art. 197 LOPJ la existencia de “casos flexibles”? ¿Cabría aplicar esta diferencia a los casos recientes que han sido abocados a Pleno?

Parece que la lectura de los casos más recientes ponen de relieve la preferencia del Tribunal Supremo porque determinados temas “sienten jurisprudencia” con mayor rapidez, en cuestiones de mayor repercusión social, con un índice de “litigiosidad” superior¹⁶⁰; en materia de protección de menores y personas con discapacidad¹⁶¹; y en lo que se denomina “casos

¹⁵⁷ Norman MARSCH (1952), “Principle and Discretion in the Judicial Process”, *The Law Quarterly Review*, No. 68, 1952, pág. 236, citado por Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER (2016) “¿Deben los jueces crear derecho?” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 336ss.

¹⁵⁸ Son ejemplos recurrentes el derecho civil y comercial y más en concreto el derecho de familia. Michel TROPER *et al.* (1991), “Statutory Interpretation in France”, en *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, Routledge, Britain, págs. 200-201. Aunque hay que significar que los autores concretan los ejemplos en cuanto a otorgar contenido a máximas como “buen padre de familia”, “bienestar del menor”, etc.

¹⁵⁹ El ejemplo más extremo sería el del derecho penal o cuando se interfieran derechos fundamentales.

¹⁶⁰ En materia de protección del consumidor, cláusulas abusivas, compra de preferentes o, en general, asuntos que puedan plantearse en un número abundante de litigios (STS, Pleno, 22.04.2015; RJ 2015/1360; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Banco Santander Central Hispano S.A. y MRF. Calificación como abusiva de determinadas cláusulas que fijan intereses de demora en los préstamos personales); STS, Pleno, 3.06.2016; RJ 2016/2306; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.) (calificación como abusivo de determinado interés de demora en los préstamos hipotecarios); STS, Pleno, 18.04.2013; RJ 2013/3931; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel; Partes: Don Efraim, Don Gumersindo, Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, Doña Carmela, Doña Guillerma, Don Nicolás, Doña Rafaela, Doña María Purificación, Don Victoriano, Doña Catalina y Doña Gregoria contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Preferentes); STS, Pleno, 3.02.2016; RJ 2016/1; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: J.A.C.F. y A.M.N. y Bankia S.A. (Adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción (OPS). Contenido folleto informativo. Consecuencias inexactitud graves de dichos documentos). María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág. 355-356.

¹⁶¹ STS, 1ª, 6.02.2014; RJ 2014/833; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Dirección General de los Registros y del Notariado y Don Estanislao y Don Ginés (maternidad subrogada); STS, Pleno, 30.06.2016; RJ 2016/2859; MP: Eduardo Baena Ruiz; Partes: Doña Encarna y Don Ginés y Don David (filiación); STS, Pleno, 21.09.2011; RJ 2011/6575; MP: Encarnación Roca Trias; Partes: Don Luis Antonio y Doña Elsa contra Don Maximino (divorcio por el tutor); STS, 1ª, 18.06.2015; RJ 2015/2293; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Delegada Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada y Doña Petra y Don Bernabé (competencia de la administración para acordar la suspensión de visitas por los padres biológicos); STS, 1ª, 22.04.2010; RJ 2010/2380; MP: Encarnación Roca Trias; Partes: Doña Flor y Don José María contra Don Ezequiel, Doña Delia y Don José María (tipo de ineficacia que afecta a los contratos o actos jurídicos realizados por padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de estos sin contar con la preceptiva autorización

mediáticos”¹⁶². Sin olvidar, por otra parte, que resulta previsible y hasta constatado, que los cambios que proceden de un acuerdo de la mayoría, aun no siendo vinculante, ni teniendo carácter normativo, se convertirán en jurisprudencia en cuanto resulten seguidos por los tribunales, como sucedió con los intereses moratorios¹⁶³. Y lo mismo acontece cuando se produzcan cambios que respondan a una adaptación progresiva o una nueva perspectiva de la realidad social, como con la nueva interpretación del art. 1473 CC en la STS de 7 de septiembre de 2007¹⁶⁴, acogiendo el cambio jurisprudencial desarrollado a partir de los años noventa¹⁶⁵

Si atendemos ahora a la necesaria respuesta frente a la realidad social más urgida de cambios, la cuestión se centraría, más bien, en si el juez puede o debe crear derecho para adecuar su respuesta, cuestión que debe cohonestarse, en lo que a al caso español se refiere, con la respuesta otorgada por el Acuerdo de 2017 donde se contempla la eventualidad de que extraordinariamente, es decir, cuando la Sala Primera aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia y la parte recurrente así lo justifique, quepa volver a plantear un asunto señalando que han cambiado las circunstancias sociales que justifican una nueva interpretación de la ley. Dicha previsión, resultando una solución razonable en periodos en que por diversos motivos el legislador no quiera o no pueda modificar la norma, requería cuando menos una previsión normativa más sólida incluso en el seno de la normativa del recurso de casación. Sucede que entonces se estaría otorgando valor normativo a las resoluciones jurisdiccionales y tornarían a abrirse las incógnitas sobre la necesidad y en su caso bondad de romper el equilibrio que en definitiva se consagra en los artículos 9,3 CE y 117,1 CE.

judicial); STS, Pleno, 29.09.2016; RJ 2016/4457; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Doña Inmaculada y Don José Daniel (filiación y alimentos). *Ibidem*.

¹⁶² STS, Pleno, 20.06.2016; RJ 2016/2537; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, contra Don Mauricio y Faber Gotic, S.L. (Dalí: utilización nombre y fotografía del artista. Legitimación para defensa de su memoria); STS, Pleno, 14.07.2016; RJ 2016/3559; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Don Rómulo contra Don José Manuel, Ecoprensa S.A., (editora de "elEconomista.es"), Unidad Editorial Información General, S.L.U. (editora del diario El Mundo), El Semanal Digital S.L. (editora de EL SEMANALDIGITAL.COM), Semana S.L. (editora de la revista Semana en edición papel), Publicaciones Heres S.L. (editora de la revista Pronto en edición papel), Cuarzo Producciones S.L. (productora del programa de televisión de la cadena Telecinco El Programa de Ana Rosa), Mediaset España Comunicación S.A. (emisora del canal Telecinco) y Titania Compañía Editorial S.L. (editora de la revista Vanitatis) (demanda Urdangarín publicación correos privados); STS, Pleno, 20.10.2015; RJ 2015/4226; MP: José Antonio Seijas; Partes: Quintana Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida contra Grünenthal Pharma, S.A. (Talidomida: prescripción de la acción); STS, Pleno, 15.10.2015; RJ 2015/4417; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: A y B y Ediciones El País S.L. (derecho al olvido digital); STS, Pleno, 5.04.2016; RJ 2016/1006; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Don Alfonso contra Google Spain, Yahoo Iberia, S.L y Telefónica de España, S.A.U. (Google, derecho al olvido digital. Legitimación pasiva). *Ibidem*.

¹⁶³ STS, 1ª, 5.05.2015; RJ 2015/1725; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Residencia EDIFICIO000 contra Fomento de Construcciones y Contrata Construcción S.A.

¹⁶⁴ STS, Pleno, 7.09.2007; RJ 2007/5303; MP: Francisco Marín Castán; Partes: Frondas Europeas S.A. contra Doña Sandra.

¹⁶⁵ Ejemplo recogido y analizado por María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), "Alcance y valor en el derecho privado español...", pág. 353, nota 77.

7. *Tabla de jurisprudencia**Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STJUE, 1ª, 3.06.2010	C-484/08	A. Tizzano	Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y AUSBANC
STJUE, 1ª, 14.06.2012	C-618/10	A. Tizzano	Banco Español de Crédito S. A. y Joaquín Calderón Camino
STJUE, 1ª, 14.03.2013	C-415/11	A. Tizzano	Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)
STJUE, Gran Sala, 21.12.2016	C-154/15, C-307/15 y C-308/15	E. Levits	Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu
STJUE, 1ª, 26.01.2017	C-421/14	S. Robin	Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, 2ª, 14.07.1982	49/1982	Luis Díez-Picazo	Comisión Provincial de Madrid y la Comisión Central del Fondo de Garantía Salarial
STC, 1ª, 2.04.1986	41/1986	Luis Díez-Picazo	Sociedad «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima»
STC, 2ª, 1.10.1990	146/1990	Francisco Rubio Llorente	Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras
STC, 2ª, 2.06.2003	108/2003	Guillermo Jiménez Sánchez	Don Alfredo de la Cuadra López Trigo y Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia
STC, 1º, 20.09.2004	150/2004	Roberto García-Calvo y Montiel	Doña María Teresa Caviedes Inestrillas y Axa Aurora Ibérica S.A.
STC, 2ª, 4.10.2004	164/2004	Ramón Rodríguez Arribas	Almonte Marismas y Exportaciones, S.A.
STC, Pleno, 25.03.2004	47/2004	Pablo García Manzano	Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 7.03.1998	RJ 1998/1041	Pedro González Poveda	Marcos de la L. M. y Alberto de la L. C.
STS, Pleno, 7.09.2007	RJ 2007/5303	Francisco Marín Castán	Fronidas Europeas S.A. contra Doña Sandra
STS, 1ª, 22.04.2010	RJ 2010/2380	Encarnación Roca Trias	Doña Flor y Don José María contra Don Ezequiel, Doña Delia y Don José María
STS, Pleno, 21.09.2011	RJ 2011/6575	Encarnación Roca Trias	Don Luis Antonio y Doña Elsa contra Don Maximino
STS, Pleno, 18.04.2013	RJ 2013/3931	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Don Efrain , Don Gumersindo , Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, Doña Carmela , Doña Guillerma , Don Nicolás , Doña Rafaela , Doña María Purificación , Don Victoriano , Doña Catalina y Doña Gregoria contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián
STS, 1ª, 6.02.2014	RJ 2014/833	Rafael Saraza Jimena	Dirección General de los Registros y del Notariado y Don Estanislao y Don Ginés
STS, 1ª, 18.06.2015	RJ 2015/2293	José Antonio Seijas Quintana	Delegada Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada y Doña Petra y Don Bernabé
STS, Pleno, 20.10.2015	RJ 2015/4226	José Antonio Seijas Quintana	Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida contra Grünenthal Pharma, S.A.
STS, Pleno, 15.10.2015	RJ 2015/4417	Rafael Saraza Jimena	A y B y Ediciones El País S.L.
STS, 1ª, 5.05.2015	RJ 2015/1725	José Antonio Seijas Quintana	Residencia EDIFICIO000 contra Fomento de Construcciones y Contrata Construcción S.A.
STS, Pleno, 22.04.2015	RJ 2015/1360	Rafael Saraza Jimena	Banco Santander Central Hispano S.A. y MRF
STS, Pleno, 30.06.2016	RJ 2016/2859	Eduardo Baena Ruiz	Doña Encarna y Don Ginés y Don David
STS, Pleno, 29.09.2016	RJ 2016/4457	José Antonio Seijas Quintana	Doña Inmaculada y Don José Daniel
STS, Pleno, 20.06.2016	RJ 2016/2537	Rafael Saraza Jimena	Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, contra Don Mauricio y Faber Gotic, S.L.

STS, Pleno, 14.07.2016	RJ 2016/3559	Pedro José Vela Torres	Don Rómulo contra Don José Manuel , Ecoprensa S.A., (editora de "elEconomista.es"), Unidad Editorial Información General, S.L.U. (editora del diario El Mundo), El Semanal Digital S.L. (editora de EL SEMANALDIGITAL.COM), Semana S.L. (editora de la revista Semana en edición papel), Publicaciones Heres S.L. (editora de la revista Pronto en edición papel), Cuarzo Producciones S.L. (productora del programa de televisión de la cadena Telecinco El Programa de Ana Rosa), Mediaset España Comunicación S.A. (emisora del canal Telecinco) y Titania Compañía Editorial S.L. (editora de la revista Vanitatis)
STS, Pleno, 5.04.2016	RJ 2016/1006	Rafael Saraza Jimena	Don Alfonso contra Google Spain, Yahoo Iberia, S.L y Telefónica de España, S.A.U.
STS, Pleno, 3.06.2016	RJ 2016/2306	Pedro José Vela Torres	Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.)
STS, Pleno, 3.02.2016	RJ 2016/1	Rafael Saraza Jimena	J.A.C.F. y A.M.N. y Bankia S.A.

8. Bibliografía

José ALMAGRO NOSETE (1993), “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado” en Luis MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ (Coordinador), *La nueva casación civil. Estudios de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Civitas, Madrid, págs. 143-150.

Marcelo ALVES DIAS DE SOUZA (2006), *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Juruá Editora, Brasil.

Soraya AMRANI MEKKI (2010), “La sélection des pouvoirs à Cour de Cassation” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 633-639.

Teresa ARMENTA DEU (1994), “El derecho a los recursos: configuración constitucional”, en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1994, págs. 8105 a 8122.

Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER (2016) “¿Deben los jueces crear derecho?” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 301-372.

Rafael BELLIDO PENADÉS *et al.* (2014), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.

Rafael BELLIDO PENADÉS (2006), “El acceso al recurso de casación” en Juan Antonio ROBLES GARZÓN y Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinadores) *Problemas actuales del proceso Iberoamericano*, Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), Málaga, págs. 323-326.

Rafael BELLIDO PENADÉS (2016), “Presente y líneas de reforma del sistema de recursos en el proceso civil español”, en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, págs. 231-273.

Rafael BELLIDO PENADÉS (2010), “La determinación de la cuantía relevante para el acceso a la casación” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 239-269.

Rafael BELLIDO PENADÉS (2014), “Los requisitos especiales de recurribilidad (II): la cuantía del asunto” en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, págs. 239-270.

Theodore BENDITT (1987), “The Rule of Precedent” en *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, págs. 89-106.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.4/2014, págs. 1-3.

Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2000), *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2002), *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Pamplona.

Michal BOBEK (2009), "Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57/1, 2009, p.40.

José BONET NAVARRO (2000), *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Pamplona.

Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile*, París, Dalloz.

Loïc CADIET (2008) "El sistema de casación francesa" en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.

Loïc CADIET (2016), "El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia: Tradición, Transición, Mutación?", en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 175-196.

Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil* (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO), Librería del Foro, Buenos Aires, I, 2.

Jorge CARRERAS LLANSANA *et al.* (1962), "Técnica del recurso de casación", Conferencia pronunciada en homenaje de Piero CALAMANDREI, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 599-628.

Pierluigi CHIASSONI (2007), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bolonia.

Giuseppe CHIOVENDA (1922), *Principios de derecho procesal civil*, (traducción de José CASAS Y SANTALÓ), Editorial Reus, Madrid, t. II.

Manuel CIENFUEGOS MATEO (2014), "La cuestión prejudicial comunitaria (Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)", The Jean Monet/Robert Schuman Paper Series 14,1,2014 (www.miami.edu/eucenter).

Faustino CORDÓN MORENO (2016), "Materias procesales sobre las que no existe doctrina jurisprudencial", en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, págs. 289-375.

M. M. CORDRAY y R. CORDRAY (2004), "The Philosophy of certiorary: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection", *Washington University Law Quartely*, vol. 82, 2004, p. 452.

Massimo CORSALE (1979), *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano.

Gérard COUCHEZ y Xavier LAGARDE (2014), *Procédure Civile*, Sirey, París, 10ª ed.

Manuel DE LA PLAZA, (1994) *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) "Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales", *Tribunales de Justicia*, n.10, octubre 2002, sección Opinión, págs. 1-18.

Ignacio DE OTTO Y PARDO (1987), *Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona.

Carlos DEL RIO FERRETI (2015), "La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n. 2, págs. 483-513.

Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1991), *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid.

Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ *et al.* (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil*, Ramón Areces, Madrid, 2ª ed.

Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2012), "Sobre los nuevos criterios de admisión de la casación civil", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2012, p.6.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), "Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva", *InDRET* 1/2013 (www.indret.com).

Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), "Estudio externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855" en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, II.

Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), "La recepción en España del recurso de casación francés" en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, I.

Richard FALLON JR *et al.* (1996), *The Federal Courts and The Federal System*, The Foundation University Press, New York, 4 ed.

Ales GALIC (2014), "A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions", Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice, Warsaw, 11-14 June 2014 (inédito).

Marina GASCÓN ABELLÁN (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.

Juan Carlos GAVARA DE CARA (1993), "El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales: práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, n.2, págs. 423-450.

Vicente GIMENO SENDRA (1981), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid.

Emilio GÓMEZ ORBANEJA *et al.* (1987), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 10ª ed.

Arthur Lehman GOODHART (1934), "Precedent in English and Continental Law", *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934.

Peter GOTTWALD (2008), "Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001" en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.

Riccardo GUASTINI (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.

Edward HARNETT (2000), "Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After The Judges "Bill", *Columbia Law Review*, 2000, vol. 100, n° 7, págs. 1643-1738.

Jack HIRSHLEIFER (1980), "Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies", UCLA Economics Working Papers, 1980, p. 170ss.

Ibón HUALDE LÓPEZ (2012), "Una aproximación al Tribunal Supremo y certiorari norteamericano", comunicación presentada en el Seminario Internacional *La convergencia entre los procesos civil y penal ¿una buena dirección? Análisis comparado*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, los días 30 y 31 de enero de 2012.

Fernando JIMÉNEZ CONDE (1990), "Motivos de casación con especial referencia a la revisión de hecho" en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid, págs. 247-262.

Christoph KERN (2016), "El rol de la Corte Suprema", en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 53-76.

Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (1997), "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, núm. 1, págs. 267-278.

Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional*, Civitas, Madrid.

Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2004), *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Aranzadi, Pamplona.

Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara el "sentido exacto de la ley" al tribunal que sienta precedentes" en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid págs. 205-230.

Luiz MARINONI (2012), "Precedentes Obrigatorios", *Revista dos Tribunais*, 2012.

Stephen MARKMAN (2004), "Precedent: Tension Between Continuity: The Law and The Perpetuation of Wrong Decisions", *Texas Law Review of Law and Politics*, March 2004, págs. 283ss.

Norman MARSCH (1952), "Principle and Discretion in the Judicial Process", *The Law Quarterly Review*, No. 68, 1952.

Manuel MARTÍN GRANIZO (1990), "Reflexiones sobre posibles reformas del recurso de casación" en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid.

John Henry MERRYMAN y Rogelio PÉREZ PERDOMO (2007), *The Civil Law Tradition: an introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, California, 3^o ed.

Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES (2009), *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luigi MONTESANO (1958), "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale", *Rivista di diritto processuale*, 1958, págs. 524ss.

Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Luis MORENO PASTOR (1989), *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid.

Peter L. MURRAY y Rolf STÜRNER (2004), *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham NC.

Jordi NIEVA FENOLL (2003), *Recurso de Casación*, Ariel, Barcelona.

Jordi NIEVA FENOLL (2016), "Un juez supremo o un legislador supremo"? en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 157-174.

Andrés OLLERO TASSARA (2005), *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS, "La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de "unificación de doctrina" y de "interés casacional", accesible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>, págs. 1 y siguientes, última vista, 21,12,016, 16,40hh.

Manuel ORTELLS RAMOS "Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo", accesible en www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/, última vista, 21,12,016, 16,40hh.

Manuel ORTELLS RAMOS (2010), "La casación en España", en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 31-86.

Manuel ORTELLS RAMOS (2016), "Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo", en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, págs. 23-59.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), "Alcance y valor en el derecho privado español" en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, págs. 311-375.

Aleksander PECZENIK (1997), "The Binding Force of Precedent", en *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldershot, págs. 461.

H. W. PERRY, JR. (1991), *Deciding to decide*, Harvard University Press, USA.

Richard POSNER (2011), *Como deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid.

Richard POSNER (2006), "The Role of the Judge in the Twenty-First Century", 86, *B.U.L.Rev*, 1049, 1050, 2006.

Leonardo PRIETO CASTRO (1985), *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y Proceso de ejecución*, Vol. I, Aranzadi, Pamplona.

Juan Luis REQUEJO PAGÉS (1990), "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29,1990,págs. 223-242.

Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *Revista de Administración Pública*, 2002, núm. 157, págs. 89-118.

M. J. RIZZO (1980), "The Mirage of Efficiency", *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980, n.3, págs. 641-658.

Carmen RODRÍGUEZ RUBIO (2008), *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Paul RUBIN (1977), "Why is the Common Law Efficient", *Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6, n.1, págs. 51-63.

Bruno SASSANI (2010), "Il nome della "nomofilachia": il ricorso per cassazione del "quesito" al "filtro" en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 657-659.

Kevin SCOTT (2006), "Shaping The Supreme Court's Federal Certiorari Docket", *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, n. 2, págs. 191-207.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), "El recurso de casación" en Valentín CORTÉS (Coordinador), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, págs. 783-954.

Frederik SHAUER y Richard ZECKHAUSER (2011), "The Trouble with Cases" en *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago.

Steven SHAVELL (1997), "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 26, núm. 2, págs. 575-612.

Jonas STEIN, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 22 Auflage, Vorbemerkung zu Par. 542-566, No. 8-12, DOMEJ, pág. 275, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, 16. Auf.

Robert SUMMERS (1997), "Precedent in the United States (New York State)" en *Interpreting Precedents: a comparative study*, Dartmouth, Londres, págs. 355-406.

Giovanni TARELLO (1966), "Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, págs. 349-357.

Giovanni TARELLO (1980), *L'Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.

Michele TARUFFO (1991) *Il vértice ambiguo (Saggi sulla casazione civiles)*, Il Mulino, Ricerca, Bologna.

Michele TARUFFO (2009), "Las funciones de las Cortes Supremas", en *Páginas de justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, págs. 93-106.

Michele TARUFFO (2007), *Precedente e giurisprudenza*, Ed., Scientifica, Nápoles.

Michele TARUFFO (2011), "Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali", *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, págs. 11-36.

Michele TARUFFO (2012), "Le funzioni delle corte supremi. Cenni generali" en Guilherme AMARAL y Daniel MITIDERO (Coordinadores) *Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, Atlas, Sao Paulo, págs. 341-348.

Michele TARUFFO (2016), "Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales" en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 231-252.

Michele TARUFFO (2007), "Precedente e jurisprudencia", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*, 2007.

Michel TROPER *et al.* (1991), "Statutory Interpretation in France", en *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, Routledge, Britain.

José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1977) "Rasgos definidores de la casación civil, en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular* (X Reunión de los profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas), Santiago de Compostela.

José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1979), *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser Servicios Editoriales, Madrid.

Carlos VIADA LÓPEZ PUIGSERVER (1964), *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, II.

Jerzi WRÖBLESWSKI (1974), *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, *Rechtstheorie*, vol. 5, parte 1, Duncker&Humblot, Berlín.

Jerzi WRÖBLESWSKI (2001), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

José Antonio XIOL RÍOS (2009), "Notas sobre la jurisprudencia" en Víctor FERRERES y José Antonio XIOL RÍOS *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, págs. 81-134.

José Antonio XIOL RÍOS (1982), "El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial* 3, 1982, págs.25-40.

Giuseppe ZACCARIA (1996), "La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica" en *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, págs. 145-154.

Todd ZYWICKI (2003), "The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis", *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97, núm. 4, págs. 1551-1633.