

# Los fines de la casación en el proceso civil<sup>1</sup>

Nicolás GONZALEZ-CUELLAR SERRANO

## I. INTRODUCCION

El recurso de casación civil puede ser definido como un medio de impugnación de carácter extraordinario, cuyo conocimiento se atribuye a la Sala 1ª del Tribunal Supremo como más alto órgano jurisdiccional integrado en el Poder Judicial (y excepcionalmente a las Salas de lo Civil y Penal de algunos Tribunales Superiores de Justicia), el cual puede ser interpuesto únicamente contra las resoluciones expresamente previstas por la ley y por los motivos taxativamente establecidos en ella, y cuya existencia tiene como fin esencial proteger el derecho de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica.

La doctrina, sobre la base de remotos antecedentes situados en el Derecho romano de la época imperial, conviene en otorgar a la casación una doble finalidad: la protección del *ius constitutionis* y la defensa del *ius litigatoris*<sup>2</sup>. Generalmente se concede a la primera función mencionada, la salvaguarda del Derecho objetivo, mayor relevancia que a la segunda, la tutela de los derechos de las partes, considerada frecuentemente como la «artimaña» de la que se sirve la Ley para la satisfacción de los verdaderos fines de la casación, constituidos por la nomofilaxis y la uniformidad de la jurisprudencia<sup>3</sup>. Algunos autores, sin embargo, no aceptan que los derechos de las partes sean situados en una posición subordinada respecto del Derecho objetivo y defienden el valor de la casación como el último recurso mediante el cual los particulares pueden tratar de obtener la tutela de sus derechos subjetivos<sup>4</sup>.

Pero en la actualidad es muy dudoso que la distinción entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* pueda mantener su sentido tradicional en el ámbito del recurso de casación y es igualmente discutible que pueda diferenciarse con nitidez entre la finalidad nomofiláctica y la uniformadora de la jurisprudencia. Sobre la base de la Constitución y dentro del marco de una reforma global del proceso civil puede afirmarse que la finalidad de la casación habría de ser la unificación de la jurisprudencia, así como

la protección de los derechos constitucionales y la depuración de los vicios procesales causantes de nulidad de actuaciones. Como se habrá advertido no he mencionado la función nomofiláctica. Veamos por qué.

## II. LA EVOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

Es innegable que en sus orígenes históricos el fin de la casación podía ser considerado «nomofiláctico», como advirtió Calamandrei. Impregnados por la teoría del contrato social de Rousseau y decididos a organizar el Estado según la teoría de la división de poderes de Montesquieu, los revolucionarios franceses crearon el Tribunal de Casación con la misión de proteger la ley, para evitar la rebelión de los jueces procedentes del Antiguo Régimen frente a la nueva legalidad, por medio de la anulación de las sentencias que contuvieran «una contravención expresa del texto de la ley» y sin posibilidad de enjuiciar el fondo del asunto, que había de ser sometido nuevamente a conocimiento de un juez del mismo rango que aquél que había dictado la sentencia casada por medio de un instrumento peculiar, el reenvío<sup>5</sup>.

Para los revolucionarios la casación no podía poseer una finalidad uniformadora de la jurisprudencia, pues en realidad pensaban que la jurisprudencia, institución que detestaban, no debía existir. «En el Gobierno republicano —había dicho Montesquieu— es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida»<sup>6</sup>. Pero el abandono de los postulados más ingenuos del positivismo jurídico radical impulsó la evolución histórica del recurso de casación que paulatinamente fue convirtiéndose en un instrumento apropiado para lograr la uniformidad de la jurisprudencia. La posibilidad de motivar las decisiones del tribunal de casación, su publicación en el Boletín Oficial y la necesidad de que, tras el segundo reenvío, el juzgador

<sup>1</sup> En este trabajo se recogen algunas de las ideas expresadas por el autor en el libro *Apelación y casación en el proceso civil* (con José Garberí Llobregat), Ed. Colex (en prensa).

<sup>2</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. I, Buenos Aires, 1945, págs. 70 y ss.

<sup>3</sup> Entre los defensores de tal postura destaca en la actualidad Taruffo, quien considera la tutela de la ley en el caso concreto un efecto colateral (*side-effect*) del recurso de casación, cuyo fin sería la unificación de la jurisprudencia a través de la creación de precedentes. «La Corte di cassazione e la legge», *RTDPrC*, 1990, 2, pág. 379.

<sup>4</sup> Así, Condomines Valls, *El recurso de casación en materia ci-*

*vil*, Barcelona, 1977, págs. 29 y 38 a 49; Vázquez Soleto, «Rasgos definidores de la casación civil española», *ADP*, 1974, págs. 925 y 926; Serra, «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (obra colectiva, coordinada por Valentín Cortés Domínguez), Madrid, 1984, pág. 785.

<sup>5</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. I, cit. pág. 25; Satta, *Comentario al Codice di Procedura Civile. Libro Secondo. Processo di cognizione. Parte Seconda*, Milán, 1959, 1962, págs. 175 a 179.

<sup>6</sup> *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1971, Libro VI, Cap. III, pág. 100.

de instancia acatara el punto de vista jurídico del tribunal, establecida por la Ley francesa de 1 de abril de 1837, constituyen algunos de los hitos más importantes de una evolución del recurso<sup>7</sup> que todavía en nuestros días no puede considerarse concluida.

En efecto, aún precisa la casación desprenderse del lastre de su pretendida finalidad nomofiláctica, cuya superación permitiría desechar la idea de que cualquier transgresión normativa cometida por los tribunales de instancia se encuentra llamada a ser corregida a través de dicho medio de impugnación. No existe ninguna razón que nos obligue a mantener, como reliquias del pasado, las particularidades de un recurso creado hace más de doscientos años si no son útiles para resolver los problemas de la sociedad contemporánea. La evolución que ha sufrido la institución del reenvío en los países de la Europa continental constituye un claro ejemplo de ello<sup>8</sup>.

En España tradicionalmente se ha considerado que la función primordial de la casación consiste en lograr la uniformidad jurisprudencial<sup>9</sup>, aunque por influencia de la clásica obra de Calamandrei, suele hacerse alusión a la «función nomofiláctica»<sup>10</sup>. No se repara, sin embargo, en que cuando se emplea tal expresión no se hace alusión sólo a la «protección de la norma». La «nomofilaxis», referida a la casación, se halla cargada de un contenido semántico más concreto. Si no fuera así, como desde la perspectiva de las llamadas «teorías objetivas» sobre los fines de la jurisdicción<sup>11</sup> la actuación de todo órgano judicial tendría como meta la protección del Derecho objetivo —en definitiva, de las normas—, la actuación de cualquier Juez de Primera Instancia o de cualquier tribunal de apelación podría ser calificada también como nomofiláctica.

### III. LA REDIFINICION DE LA NOMOFILAXIS

Es obvio que cuando se emplea el término «nomofilaxis» para describir el fin de la casación se pretende hacer alusión a algo distinto. Concretamente, a la tarea que desempeña el tribunal de casación, como órgano que ocupa la cúspide de la organiza-

ción judicial, en la corrección de los errores de interpretación jurídica cometidos por los órganos inferiores<sup>12</sup>. Más que la norma, lo que protegería la casación sería la «exacta observancia de la ley», por emplear las palabras utilizadas por el art. 65 del *Ordinamento Giudizario* italiano. Interesa destacar que la redacción de este precepto, que data de 1941, ha sido muy criticada por la doctrina, que ve en ella, como afirma Taruffo, una clara influencia de la concepción clásica de la casación formulada por Calamandrei y de una visión «burocrática y autoritaria» del recurso de estilo fascista<sup>13</sup>. «El interés de la ley de que se habla comunmente en materia de casación —decía Calamandrei— no quiere decir, pues, otra cosa que el *interés público en la exacta interpretación del significado abstracto de la ley*, absolutamente distinto del interés público en la actuación de los preceptos nacidos de la norma abstracta exactamente interpretada»<sup>14</sup>.

Pero el propio Calamandrei, aunque sostenía que la interpretación conforme a la ley sólo podía ser una, era consciente de la imposibilidad teórica de identificarla con exactitud y defendía, en consecuencia, la relatividad de los conceptos de verdad y falsedad en el contexto de la interpretación normativa, la cual, basada —a su juicio— en «un razonamiento que puede ser más o menos persuasivo» nunca conduciría a una «certeza absoluta e irrefutable». Entendía Calamandrei que «para mantener la certeza y la igualdad del Derecho» es oportuno «considerar oficialmente como interpretación verdadera de la ley la que se elige por el órgano unificador de la jurisprudencia como interpretación única»<sup>15</sup>.

En la actualidad, sin embargo, prevalece la idea, intuita por el profesor florentino, de la inexistencia de una única interpretación de la norma que pueda considerarse jurídicamente correcta, pues una norma puede ser objeto de más de una interpretación razonable<sup>16</sup>.

Recientemente la doctrina italiana ha dirigido sus esfuerzos hacia la redefinición del concepto de *nomofilaxia*, que, siguiendo a Borré, habría de entenderse de modo diferente y más complejo, como procedimiento que permitiría llegar a la unidad a partir de la diversidad<sup>17</sup>. En palabras de Brancaccio, en la

<sup>7</sup> Cfr. Prieto-Castro, *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, T. II, Pamplona, 1985, págs. 102 y ss.

<sup>8</sup> La concepción de los revolucionarios franceses del *tribunal de cassation* como una «jurisdicción negativa» que, casada la sentencia, debía remitir la decisión sobre el fondo a un órgano judicial del mismo nivel que aquél que hubiera dictado la resolución impugnada, a través del llamado «reenvío», pervivió durante decenios, hasta fechas muy recientes, en países como Francia e Italia. En ambos países, sin embargo, la legislación ha evolucionado finalmente y se permite al tribunal de casación, al igual que sucede en Alemania (556 ZPO) y en Austria (510 ZPO), fallar sobre el fondo sin reenvío cuando los hechos han sido suficientemente constatados y apreciados por los jueces de instancia y permitan al tribunal aplicar la regla de derecho (art. 627 CPC francés, redactado por el Decreto num. 79/941, de 7 de diciembre de 1979) o, en palabras del Código italiano, cuando no son necesarias ulteriores investigaciones sobre los hechos (art. 384 CPC, reformado por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353).

<sup>9</sup> Vide Fairen, «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, págs. 198 a 235; Laso Gaité, «Evolución histórica de la casación civil en España», *RDPIB*, 1971, 1, págs. 127 a 183; Vázquez Sotelo, «Rasgos definitorias de la casación civil es-

pañola», cit., págs. 859 a 926; del mismo autor, *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona, 1979.

<sup>10</sup> Me refiero a *La Cassazione civile*, publicada en 1920 en Turín en dos tomos. Ha sido traducida al castellano por Sentis Melendo en dos volúmenes, que son los que han sido citados con anterioridad. Vide también el trabajo de Calamandrei, «Cassazione civile», en *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, 1937, págs. 1061 y ss. (Trad. por Sentis Melendo y Ayerra con el título *Casación civil*, Buenos Aires, 1959), actualizado posteriormente por Furno (*Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1958, págs. 1054 y ss.).

<sup>11</sup> Vide Prieto-Castro, *Derecho de los Tribunales*, Pamplona, 1986, págs. 85 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*, T. II, cit., págs. 29 a 36, 116 a 118 y 178 a 180.

<sup>13</sup> «La Corte di cassazione e la legge», cit., págs. 350, 351 y 373.

<sup>14</sup> *La casación civil*, T. II, cit., pág. 118.

<sup>15</sup> *La casación civil*, T. II, cit., págs. 106 a 111.

<sup>16</sup> Cfr. Taruffo, «La Corte di Cassazione e la legge», cit., pág. 370.

<sup>17</sup> Borré, «Verso un ruolo più significativo del giudizio di legittimità», en «Dibattito su: La cassazione e il suo futuro», *Questione Giustizia*, 1991, 4, pág. 820.

nomofilaxis «encuentra el modo de expresarse el pluralismo ideológico, puesto que la certeza del derecho, que constituye el fin de la nomofilaxis, resulta así redefinida, en el sentido que ella se presenta no como un valor absoluto y abstracto, sino como un valor tendencial, correlativo al debate que ha precedido a la decisión»<sup>18</sup>. De este modo, —advierte Taruffo con acierto— la nomofilaxis no se apoyaría en los postulados de las teorías formalistas de la interpretación y en la «autoridad jerárquica» del tribunal de casación, sino en la «autoridad de las buenas razones» que el más alto tribunal ha de exteriorizar a la hora de aceptar o rechazar nuevos puntos de vista jurídicos adoptados por los órganos judiciales inferiores<sup>19</sup>.

La nomofilaxis se presenta así enlazada con la idoneidad de la casación como instrumento al servicio de la evolución de una jurisprudencia que pueda considerarse «coherente y responsable»<sup>20</sup>, que permita someter las decisiones innovadoras de los tribunales inferiores ante el tribunal de casación, con el fin de que dicho órgano enjuicie su legalidad y haga públicos los motivos de su rechazo o admisión, de forma que la sentencia pueda servir como precedente para la resolución de otros asuntos posteriores<sup>21</sup>. La nueva perspectiva de la función nomofiláctica nos conduce, por tanto, a la cuestión de la aptitud del recurso para lograr la uniformidad de la jurisprudencia.

#### IV. LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

En realidad nadie duda que la misión esencial de la casación radica en lograr la uniformidad jurisprudencial, si bien frecuentemente se afirma que el citado recurso tiene como finalidad la defensa del *ius litigatoris*. Y es cierto que más que a la protección del *ius constitutionis* la casación debe orientarse hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien ¿qué derechos? No es difícil dar respuesta al interrogante planteado cuando se constata la ap-

titud de la casación para salvaguardar los derechos de las personas a la igualdad y a la seguridad jurídica<sup>22</sup>, los cuales expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, de rango constitucional<sup>23</sup>. En este sentido la función uniformadora de la jurisprudencia es consecuencia de la protección del *ius litigatoris*.

El principio de igualdad, constitucionalmente proclamado en los arts. 1 y 14 CE, no sólo exige la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley efectuada por los órganos jurisdiccionales. En situaciones iguales la jurisdicción debería pronunciar decisiones iguales, siempre que no concurrieran razones objetivas y razonables que justificaran el trato desigual o, en otras palabras, la evolución de la jurisprudencia. Como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/92, de 21 de diciembre, «no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante».

Pues bien, para garantizar la eficacia del principio de igualdad en la aplicación de la ley nuestro Derecho cuenta con dos instrumentos que podrían emplearse de forma complementaria con gran eficacia: me refiero al recurso de casación y al recurso de amparo.

Por su posición institucional, al carecer el Tribunal Constitucional de competencia para pronunciarse sobre cuestiones de mera legalidad ordinaria, su doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley ha sido necesariamente restrictiva, en ocasiones en exceso. A grandes rasgos, el Tribunal Constitucional afirma que el art. 14 de la Constitución no resulta infringido cuando las resoluciones contradictorias emanan de distintos órganos judiciales y sostiene que sólo se produce la vulneración de dicho precepto cuando la contradicción se produce entre resoluciones de un mismo órgano judicial que, además, no haya motivado suficientemente su cambio de criterio, en la sentencia impugnada o con anterioridad en decisiones precedentes<sup>24</sup>. El Alto tribu-

<sup>18</sup> «De la necessità urgente di restaurare la Corte di Cassazione», en «La cassazione civile», *Foro italiano*, 1988, V, pág. 462.

<sup>19</sup> «La Corte di cassazione e la legge», cit., pág. 384; Borrè, op. cit., págs. 821 y 822.

<sup>20</sup> Borrè, op. cit., pág. 822.

<sup>21</sup> Algunos autores italianos, en contra de la doctrina mayoritaria que coincide en su crítica a la caótica situación actual de la casación en aquel país, principalmente por su incapacidad para lograr la uniformidad de la doctrina legal (las distintas posturas pueden encontrarse en Fanelli, «La funzione nomofilattica de la Corte di Cassazione», en *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1989, núm. 23, págs. 42 y 43), han defendido el valor de las contradicciones jurisprudenciales, aunque se manifiestan en sentencias dictadas en un corto espacio de tiempo por el tribunal de casación, e incluso aunque los contrastes adopten la forma de una jurisprudencia pendular, con argumentos tales como el carácter heterogéneo de la sociedad, el valor de la diversidad en un mundo en permanente mutación y la independencia de los magistrados de la *Corte di Cassazione* (véase Senese, «Funzione di legittimità e ruolo di monofilachia», *Foro italiano*, 1987, V, pág. 264; Franceschelli, «Nomofilachia e Corte di Cassazione», *Giustizia e Costituzione*, 1986, págs. 39 a 41. La definición de la nomofilaxis como el «valor tendencial» o «metodológico» al que se ha hecho referencia no implica que deba com-

partirse semejante punto de vista (Denti, «A proposito di Corte di Cassazione e di nomofilachia», en *La cassazione civile*, cit., págs. 417 y ss; Chiarloni, «La cassazione e la norme», *Riv. Dir. Pr.*, 990, 4, págs. 993 y ss.). Antes al contrario, aunque la evolución de la jurisprudencia deba partir necesariamente de la diversidad, de las inevitables discrepancias entre los órganos judiciales de instancia, la misión de la casación ha de ser la de dotar al sistema de una coherencia interna que permita alcanzar la seguridad jurídica (Moneta, «Contrasti nella giurisprudenza della Cassazione civile», *Rivista Contratto e impresa*, 1990, 3, pág. 1017), cierta previsibilidad del resultado de un proceso, y un tratamiento igual de los ciudadanos ante los tribunales.

<sup>22</sup> Cfr. Calamandrei, *La casación civil*. T. II, cit., pág. 81; De la Plaza, *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 22; Gimeno, «La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núm. 1448, pág. 1741.

<sup>23</sup> Aunque el artículo 1.1 CE no menciona la seguridad jurídica entre los valores superiores del ordenamiento, Peces-Barba Martínez considera que posee tal carácter, por su conexión con la justicia y la igualdad. «Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española» en *Funciones y fines del Derecho. Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista* Separata, págs. 247 a 245.

<sup>24</sup> SSTC 63/84, de 21 de mayo; 48/87, de 22 de abril; 66/87,

nal ha llegado a afirmar incluso que dos Secciones de una misma Sala constituyen órganos judiciales distintos (SSTC 134/91, de 17 de junio; 183/91, de 30 de septiembre...) y que el término de la comparación es el precedente, entendido no como decisión aislada, sino como línea jurisprudencial que constituya una doctrina ya consolidada, de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (STC 28/93, de 25 de enero).

Pero que el recurso de amparo no sea un instrumento adecuado para lograr la uniformidad jurisprudencial no implica que, con base en el art. 14 de la Constitución, no pueda reclamarse del legislador la instauración de un sistema de recursos que impida la discriminación en la aplicación de la ley, como sostuvo GIMENO en su Voto Particular al Auto del Tribunal Constitucional 76/91, de 7 de marzo. Precisamente es mediante una adecuada regulación de la casación como puede lograrse la plena efectividad del principio de igualdad en la aplicación de la ley. La existencia de un Tribunal Supremo, al que el art. 123.1 de la Constitución considera «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional, permitiría que la doctrina contenida en cualquier sentencia que se separara de precedentes anteriores pudiera ser sometida al control de un único órgano encargado de unificar la jurisprudencia. Las resoluciones de dicho Tribunal que resultaran contradictorias con su propia doctrina habrían de exteriorizar las razones del cambio de criterio, los motivos conducentes al abandono de una postura y la asunción de otra que en el futuro servirá como presente, pues la ausencia de tal motivación justificaría la interposición de un recurso de amparo ante el TC con fundamento en el art. 14 de la Constitución.

Así, junto con el principio de igualdad resultaría fortalecida la seguridad jurídica, pues el contenido de la sentencia en el caso concreto sería más fácilmente predecible. Como afirma Chiarloni una práctica inspirada en el respeto a los precedentes permite a las personas prever las consecuencias de sus acciones, reduce la conflictividad judicial y dota al tráfico jurídico de mayor seguridad y posibilidades de programación<sup>25</sup>.

## V. PROPUESTA DE REFORMA

Hoy por hoy, sin embargo, en nuestro proceso civil, el recurso de casación no satisface los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Y no lo hace fundamentalmente por dos razones:

- a) La primera, referida al ámbito de las resoluciones recurribles, consiste en la arbitraria exclusión de ciertas materias sobre las cuales

el Tribunal Supremo no puede pronunciarse, unida a la existencia, con carácter general, de elevados límites económicos para acceder al recurso;

- b) La segunda, atinente a los motivos de impugnación, consiste en el abundante número de recursos que, a pesar de todo, llegan hasta el Tribunal Supremo. Acertadamente manifiesta Taruffo que «la autoridad de las resoluciones de un órgano es, o tiende a ser, inversamente proporcional al número de veces que el mismo se pronuncia» y también es trasladable a nuestro país su diagnóstico sobre la situación italiana, cuando afirma que en los repertorios de jurisprudencia es posible hallar sentencias favorables a cualquier posición que se quiera defender<sup>26</sup>.

Pero ¿cómo resolver la paradoja planteada? ¿cómo puede extenderse la posibilidad de interponer el recurso frente a todas las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales sin que ello suponga el colapso de la Sala 1.ª del TS? La única manera de conseguirlo es a través de la restricción de los motivos de impugnación de la sentencia recurrida.

Aunque para reducir el volumen de trabajo del Tribunal Supremo, la medida más sencilla que podría implantarse es la propuesta por Cappelletti<sup>27</sup>, que consiste en la concesión al tribunal de casación de la posibilidad de seleccionar los recursos sobre los que considerara conveniente pronunciarse, como hace el Tribunal Supremo norteamericano, la traslación de dicha técnica a nuestro Derecho resultaría muy problemática. En España, al igual que en los países de nuestro entorno europeo continental no rige el principio del *stare decisis* y los tribunales no se sienten tan vinculados a los precedentes como en los países del *common law*. Por ello, dado que las resoluciones contradictorias son muy frecuentes, parece necesario dejar expedita a los ciudadanos la vía de acceso al Tribunal Supremo, órgano que está obligado a restablecer el derecho a la igualdad en todos los casos en los que haya sido infringido. Es sintomático que en Alemania, cuyo ordenamiento permite al tribunal de casación rechazar los recursos que carezcan de «importancia fundamental» (aunque la *summa gravaminis* alcance los 60.000 marcos requeridos con carácter general), se entiende cumplido el requisito de la relevancia cuando la sentencia impugnada sea contradictoria con la jurisprudencia<sup>28</sup>.

No obstante, lo que sí resulta conveniente es la instauración de filtros de acceso que permitan rechazar anticipadamente los recursos claramente infundados. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha modificado el art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su regla tercera autoriza

de 21 de mayo; 185/88, de 14 de octubre; 115/89, de 22 de junio; 201/91, de 28 de octubre; 202/92, de 28 de octubre; 42/93, de 3 de febrero...

<sup>25</sup> «Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza», *RTDPrc*, 1989, 1, pág. 121.

<sup>26</sup> «La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y la de instancia», en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pág. 550 (Trad.

Marco Villagómez Cebrián); «Linee per una riforma della Cassazione Civile», *Revista Critica del Diritto Privato*, 1987, núm. 5, págs. 207 a 209.

<sup>27</sup> «Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano» en *Proceso, ideologías, sociedad* (Trad.: Sentis Melendo), Buenos Aires, 1974, pág. 280.

<sup>28</sup> Cfr. Albers, *Zivilprozessordnung*. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, München, 1991, pág. 1269.

al Tribunal Supremo a dictar auto de inadmisión «cuando el recurso carezca absolutamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales». La norma, que tiende a dotar de eficacia al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, tiene sus antecedentes en los arts. 50.1 c) y d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el art. 885.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en los arts. 197, 210 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. Exige que se otorgue al recurrente audiencia y que la decisión sea unánime. Con ello se satisface el derecho de defensa y se conjura el peligro de una cristalización de la jurisprudencia<sup>29</sup>.

Pero volvamos a la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Decía antes que sólo mediante la restricción de los motivos de impugnación pueden solventarse los problemas que aquejan a la casación. Obviamente dicha restricción deberá ser consecuente con la que hemos manifestado que es la finalidad esencial del instituto: la uniformidad de la jurisprudencia.

Si la función nomofiláctica no puede ser considerada una función desvinculada de la uniformadora de la jurisprudencia, puede afirmarse sin dificultad que tanto la función nomofiláctica como la uniformadora resultarían satisfechas si la fundamentación de la casación en el motivo de la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia» —el actual motivo 4º del art. 1692— sólo pudiera realizarse en aquellos supuestos en los cuales la sentencia que se pretendiera impugnar resultara contradictoria con precedentes anteriores dictados por el mismo tribunal u otro tribunal del mismo o superior grado. Únicamente en tales supuestos resulta vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley y defraudadas las expectativas de seguridad jurídica. Sólo en estos casos resulta indispensable, en definitiva, la intervención del Tribunal Supremo.

Un primer paso en la dirección propuesta lo han dado la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, con el antecedente del antiguo motivo de revisión establecido por el ya reformado art. 101.1 b) de la última Ley citada, han creado un «recurso de casación para la unificación de doctrina» que sirve de complemento al recurso de casación ordinario en el proceso laboral y en el proceso administrativo.

En el proceso civil, con la reforma que proponemos, la sentencia que no se apartara de los precedentes anteriores no podría ser recurrida en casación, a no ser que se hubiera infringido algún derecho fundamental o que a lo largo del proceso hubiera sido cometido algún vicio determinante de la nulidad de las actuaciones. Y ello porque la protección de los derechos fundamentales y la depuración de los vicios causantes de nulidad han de ser consideradas finalidades adicionales de la casación.

Los derechos fundamentales gozan en nuestro or-

denamiento de una posición preferente que se concreta en un cúmulo de cautelas que la Constitución establece para lograr su más eficaz defensa y que atañen, entre otras cuestiones que ahora no interesa destacar, a su protección jurisdiccional reforzada, que puede ser solicitada ante los tribunales ordinarios y también, por medio del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. Precisamente con la atribución de la tutela de los derechos fundamentales a este último órgano jurisdiccional, situado fuera de la organización propia del Poder Judicial, se aseguró la efectividad de los preceptos constitucionales, frente al riesgo de la degradación de su contenido normativo por parte de ciertos sectores de la judicatura, acostumbrados a aplicar al Derecho al margen de una verdadera Constitución democrática. Pero simultáneamente, y porque, como no podía ser de otra manera, el Poder Judicial se halla sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, se concedió a los órganos judiciales la primera palabra frente a la vulneración de los derechos fundamentales y se atribuyó carácter subsidiario al recurso de amparo.

Pues bien, la posición preferente de los derechos fundamentales y el carácter subsidiario del recurso de amparo, derivado de los arts. 53.2 de la Constitución y 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, exigen que la tutela de los derechos fundamentales sea considerada uno de los fines de la casación. Así, en todos los supuestos en los que los órganos judiciales de instancia los infrinjan o no remedien su vulneración debería quedar expedita la vía de acceso al Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, con objeto de lograr su restablecimiento. Es obvio que con con ello se aliviaría la carga de trabajo que gravita sobre el Tribunal Constitucional, lo que redundaría en beneficio de la rapidez en la tramitación de los procesos constitucionales.

Actualmente, el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite fundamentar el recurso de casación en los preceptos constitucionales, supuesto en el que atribuye la competencia al Tribunal Supremo, «cualquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional». En realidad, en lo que concierne al proceso civil, la existencia de dicho artículo no sería necesaria en la actualidad, pues es evidente que la violación de una norma constitucional podría ser denunciada en casación invocando el art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge el genuino motivo casacional de la infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Además el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lamentablemente, no amplía el ámbito de las resoluciones recurribles, dado que sólo permite la presentación del recurso en los supuestos legalmente establecidos.

A los dos motivos expuestos habría de añadirse, sin embargo, y como he afirmado con anterioridad, un tercero: la existencia de algún vicio causante de la nulidad de las actuaciones.

Aunque, como sostiene Satta, no parece acer-

<sup>29</sup> Muy crítico con las nuevas causas de inadmisión se ha manifestado Serra, «Del recurso de casación» en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Ur-*

*gentes de Reforma Procesal*). Obra colectiva, Madrid, 1983, pág. 269

do afirmar que la casación tenga sus antecedentes históricos en la «querela nullitatis»<sup>30</sup>, es innegable que, con la casación, los revolucionarios franceses otorgaron a la «infracción de ley» tratamiento similar al que se dispensaba a los vicios de nulidad. En España se abandonó pronto la equiparación de la «infracción de ley» a un vicio de dicha naturaleza, pero como el recurso había penetrado en el ordenamiento asimilado a un recurso de nulidad —como llegó a denominarse en un principio a la casación—, la posibilidad de denunciar los defectos procesales causantes de nulidad se consideró consustancial a la naturaleza del recurso, que se estimaba procedente no sólo para denunciar los vicios *in iudicando*, sino también los vicios *in procedendo*.

Desde un punto de vista práctico es muy difícil deslindar las categorías de los errores *in iudicando*, de un lado, y de los errores *in procedendo*, de otro. A juicio de Vázquez Sotelo, «aun cuando la mayor parte de la doctrina acepta que la distinción clásica es útil como base de partida para estudiar los vicios de la sentencia, en torno a su invalidez y a su injusticia, así como para establecer las diversas funciones de la casación respecto de cada una de dichas categorías, no existe absoluto acuerdo a la hora de definir en qué consisten tales vicios». Como advierte el autor citado, la posibilidad de fundar la distinción en la naturaleza material o procesal de la norma infringida debe ser descartada. Basta para ello con comprobar cómo se ha venido admitiendo la posibilidad de denunciar como infracción de ley, con los efectos propios de los vicios «in iudicando», la vulneración de normas procesales como las que distribuyen la carga de la prueba o regulan los requisitos de la sentencia<sup>31</sup>.

En definitiva, la distinción entre ambos grupos de vicios es de nula utilidad práctica si no se enfoca desde la perspectiva de la diferencia entre los defectos que causan la nulidad de actuaciones y los que ocasionan la mera revocación de la sentencia impugnada. Mientras la concurrencia de los primeros impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre el fondo, la estimación de los segundos obliga a dicho tribunal a decidir sobre la fundamentación de las pretensiones deducidas en el proceso, dada la inexistencia en nuestro Derecho del «juicio de reenvío». Y ello tanto si la norma posee carácter material como si ostenta naturaleza procesal (así, por ejemplo, si la sentencia carece de motivación o es incongruente).

Si se comparan los motivos de nulidad de las actuaciones establecidos por los apartados 1º, 2º y 3º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con los establecidos en los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede comprobarse que

los primeros suponen una concreción de los segundos, los establecidos con carácter general en la Ley Orgánica del Poder Judicial, una de cuyas principales virtualidades, en palabras de Martín de la Leona, fue «la de configurar, por primera vez, para todo el ordenamiento procesal en su conjunto, un marco jurídico común para el tratamiento procesal de las nulidades»<sup>32</sup>.

En resumen, también la nulidad de actuaciones ha de poder ser denunciada en casación. Pero aun así, la propuesta realizada en nuestro trabajo no resultará en modo alguno satisfactoria para quienes defienden la consideración del recurso de casación como el último recurso mediante el cual las partes pueden tratar de obtener la tutela de sus derechos subjetivos.

En muchas ocasiones se alude al *ius litigatoris* en este sentido, para hacer referencia a un supuesto derecho a presentar ante el Tribunal Supremo, como máximo órgano del Poder Judicial, el último recurso, con objeto de que sea dicho órgano el que se pronuncie sobre los derechos en que las partes han fundamentado sus pretensiones deducidas en el proceso<sup>33</sup>. Tal concepción de la casación la convierte en realidad en una tercera instancia, aunque *sui generis*, en cuanto se orienta a la discusión de cuestiones de aplicación e interpretación jurídica de las normas y deja al margen el control de las razones que han conducido a los tribunales inferiores a formar su convencimiento sobre los hechos. Incluso cierta parte de la doctrina defiende el control en casación de las máximas de la experiencia empleadas por el juzgador de instancia en la apreciación de la prueba conforme al principio de libre valoración<sup>34</sup>.

¿En virtud de qué motivos se identifica el derecho a interponer el recurso de casación con el pretendido derecho de las partes a presentar un último recurso?

Como respuesta a esta pregunta no se puede afirmar el derecho a una tercera instancia como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución, pues en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional sostiene que, dentro del ámbito del proceso civil, el legislador ni siquiera se encuentra obligado a instaurar la doble instancia en todo tipo de procesos<sup>35</sup>. Difícilmente, en consecuencia, se puede negar al legislador libertad de configuración para restringir el acceso a la casación, de acuerdo con criterios no discriminatorios. Además, no parece que tres instancias garanticen una mayor justicia en la decisión. Primera instancia y apelación —aun cuando ésta se inspire en criterios restrictivos de la posibilidad de alegación de hechos y proposición de pruebas— son suficientes para asegurar una razonada aplicación del Derecho. Una instancia más provoca lo que Cap-

<sup>30</sup> *Comentario...*, cit., págs. 174 y 175.

<sup>31</sup> *La casación civil...*, cit., págs. 73 y 74.

<sup>32</sup> *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 1991, pág. 123.

<sup>33</sup> Cfr. Serra, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 785.

<sup>34</sup> Prieto-Castro, «Los hechos en casación (líneas generales)», en *Estudios y comentarios para la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, pág. 259; *Tratado...* II», cit., págs. 492 a 495 y 511 a 519; Gordillo, «La casación civil», *ADP*, 1965, 4, págs. 26 a 28; Fai-

ren, «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del ordenamiento procesal. T. II. Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Madrid, 1969, págs. 1029, 1030 y 1131 a 1136; Vázquez Sotelo, *La casación civil (revisión crítica)*, cit., págs. 131 y ss.; Serra, «El derecho a la prueba en el proceso civil español», en *Libro-Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pág. 584; *Comentarios a la reforma...*, cit., págs. 842 a 847.

<sup>35</sup> SSTC 19/83, de 14 de marzo; 54/84, de 4 de mayo; 157/89, de 5 de octubre; 20/91, de 31 de enero...

pelletti ha denominado la «desvalorización del juicio de primer grado y la glorificación de las impugnaciones»<sup>36</sup> y, en definitiva, una considerable pérdida de tiempo.

Realmente los defensores de la visión del recurso de casación como el «último recurso» no suelen fundamentar su posición afirmando la necesaria existencia de una tercera instancia. Salvo excepciones, como la de Dualde<sup>37</sup> o su discípulo Condomines Vals<sup>38</sup>, niegan que la casación constituya una instancia más. No obstante consideran positivo que todo proceso civil pueda llegar hasta el Tribunal Supremo. Como ello resulta imposible, la lógica consecuencia de esta postura es la instauración de filtros de diversa naturaleza. Entre ellos han gozado de gran predicamento en nuestro derecho dos, el primero creado por la jurisprudencia y el segundo establecido por la ley: un exacerbado rigor formal, felizmente superado gracias a la jurisprudencia anti-formalista del Tribunal Constitucional, y el valor económico de la pretensión discutida en el juicio, criterio de agrio sabor clasista que, tras las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha ido gradualmente alejando al Tribunal Supremo de las controversias de menor valor económico.

Es cierto, sin embargo, que entre los partidarios

de la concepción de la casación como el último recurso en el que pueda hacerse valer, sin limitaciones, los derechos subjetivos de las partes, se encuentran algunos autores, como es el caso de Serra, que se oponen al establecimiento de filtros como los que acabo de mencionar u otros, como, por ejemplo, la carga de constituir un depósito de 50.000 pts para recurrir en caso de que al recurrente no le haya sido reconocido el derecho a litigar gratuitamente y de que la sentencia impugnada no sea conforme de toda conformidad con la de primera instancia<sup>39</sup>. Pero dichos autores no aclaran cuál puede ser la forma de evitar el colapso del Tribunal Supremo si a dicho órgano jurisdiccional se le atribuye la tarea de enjuiciar la corrección, desde el punto de vista de la legalidad, e incluso de la valoración de la prueba, de todas las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales.

En definitiva, el problema radica en que el tribunal que tenga atribuido el conocimiento de los recursos de casación, para que tal medio de impugnación pueda cumplir con eficacia el fin de dotar de uniformidad a la doctrina legal, debe ser uno, situado en la cúspide de la organización judicial. Y simultáneamente la existencia de un único tribunal imposibilita que en él converjan todos los procesos civiles que se tramitan ante los órganos judiciales del país.

<sup>36</sup> «Dictamen iconoclastico...», cit., pág. 278.

<sup>37</sup> *Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, pág. 306.

<sup>38</sup> *El recurso de casación en materia civil*, Barcelona, 1977, págs. 95 a 104.

<sup>39</sup> *Cfr. Comentarios a la reforma...*, cit., págs. 789 y 887 a 882.