

REFLEXIONES (DESORDENADAS) SOBRE EL VÉRTICE JURISDICCIONAL

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ*

Palabras Clave

Diseño jurisdiccional; Tribunal Supremo; valor de la jurisprudencia; casación; admisión de asuntos.

Key words

Jurisdictional design; Supreme Court; value of jurisprudence; cassation; case selection.

1. Sobre lo que el maestro Michele Taruffo dio en llamar hace ya casi treinta años el «vértice ambiguo» llevo algunos años reflexionando. Sobre ciertas vertientes de la ambigüedad del vértice de la pirámide jurisdiccional he tenido la osadía de dar a la imprenta en el pasado algún trabajo. Y digo bien al hablar de osadía, porque lo es el escribir, o mejor, publicar algo sobre tema tan enjundioso y sobre el que han escrito aquí y fuera de aquí, ahora y en otros tiempos, las plumas jurídicas más ilustres. Solo la insistencia de Alicia González y Sabela Oubiña hace que cometa de nuevo la osadía. Lo que a continuación expongo son una suerte de ideas sueltas, de reflexiones desordenadas, como anuncia el título, que no componen ni siquiera un boceto de un cuadro. Espero que no sean juzgadas como meras ocurrencias, porque lo único que no se les puede achacar es que sean precipitadas.

2. El tema del vértice jurisdiccional tiene varias vertientes, que con frecuencia se entrelazan innecesariamente. Existe la vertiente del valor que tiene o deba tener la jurisprudencia (vinculante-persuasiva); la vertiente de la pluralidad de vértices (el ahora famoso «diálogo entre tribunales»); la vertiente de los sistemas de admisión de asuntos en los diversos tribunales del vértice (filtros de acceso a la casación y al amparo; «*certiorari*»). En realidad, son temas deslindables: en absoluto van unidos. Por ejemplo, valor de la jurisprudencia y sistema de admisión de asuntos no van de la mano.

* Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid.

3. Si el vértice es el culmen de una pirámide, resulta que la base de la pirámide kelseniana resulta ser otra pirámide. Una pirámide aplicativa del Derecho en la base de la pirámide kelseniana. Lo cierto es que esto no es una exigencia de Derecho natural. Es política jurídica, incluso cuando el sistema de aplicación del Derecho se diseña en abstracto. El sistema aplicativo de un ordenamiento no responde a ninguna exigencia de razón pura. Y, por tanto, mucho menos que haya un vértice o qué vértice haya. El diseño del vértice es cuestión de política jurídica, un tema de fines y medios. Incluso en abstracto, la necesidad de un vértice deriva de un postulado político: que la uniformidad en la aplicación del Derecho la procuren los aplicadores; donde los creadores no alcancen o fallen. Como me gusta repetir, en los temas de política jurídica «política» es el sustantivo y «jurídica» el adjetivo. Los juristas podemos y debemos hacernos escuchar acerca de los criterios técnicos, pero la opción es nítidamente política. Y, obviamente, toda cuestión de política jurídica se compone de fines y medios, y de sus respectivos pros y contras; de modo que la cuestión no estriba en descubrir los inconvenientes de cada una de las opciones, sino en la ponderación argumentada de las (a juicio de cada uno) superiores ventajas que inconvenientes de cada propuesta o de cada sistema. Y esto, ya no en términos generales o abstractos, sino con estrictas coordenadas de espacio y tiempo, aquí y ahora.

4. En la actualidad predomina en todo el mundo la idea de que el fin primordial (que no único o absoluto) del vértice jurisdiccional es la uniformidad, la predictibilidad, la certidumbre. El ordenamiento debe tener las mínimas *res dubiae*. La nomofilaxis y el mayor acierto han pasado a segundo plano. Ya dijo Holmes: no somos los últimos por ser infalibles; somos infalibles por ser los últimos. Esto es aplicable a todo vértice.

5. En realidad, no vivimos en un sistema jurídico con un vértice, ambiguo o no, sino con una pluralidad de vértices: Tribunal Supremo (ni siquiera uno, pues cuando menos hay tantos tribunales supremos como salas; no existe un órgano jurisdiccional en España que sea el «Tribunal Supremo» como tal), Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La pluralidad de vértices se da en un sistema con pluralidad de ordenamientos (internacional, europeo, estatal, autonómico). La pluralidad se da también en el valor de las decisiones de cada vértice (valor vinculante, valor persuasivo). Y se da asimismo en la técnica procesal que permite el acceso al vértice (casación; cuestión prejudicial; amparo; cuestión de inconstitucionalidad). Si se observa el vértice desde la base, esto es, la visión, por ejemplo, de un juez de primera instancia, la complejidad es más que notable.

6. Cuando leo lo que se dice sobre el tópico de moda del «diálogo entre tribunales» sacó la impresión de que se está llamando diálogo a una pugna entre vértices. Se impondrá siempre el que cuente con una regla institucional de vinculación más nítida. Salvo que se rompa la baraja.

7. La experiencia y la intuición me hacen señalar que en el diseño del vértice (de los vértices) hay muchos consensos que son solo aparentes, y que esconden profundos disensos. Bajo la apariencia de consenso (a veces, solo retórico, a mi juicio) sobre los supuestos fines que debe cumplir cada vértice subyacen intereses muy distintos y opuestos de los diversos «actores» (magistrados, abogados, procuradores, secretarios, administraciones públicas, defensores de administraciones públicas, letrados de gabinete, partidos, grandes empresas, etc.). Conviene estar

muy prevenido en este tema frente a esos consensos aparentes. No hay de verdad consenso en los fines. Y, por descontado, incluso entre quienes comparten un genuino consenso en los fines, hay disenso en los medios.

8. Me resulta inaceptable la propuesta de que la jurisprudencia tenga valor vinculante. El debate normativista sobre el valor de la jurisprudencia me resulta inconducente: lo importante de la jurisprudencia es que realmente exista; que sea clara, coherente y persuasiva; y que sea bien conocida. Si es así, se impondrá por sí misma. Si no es así, ninguna proclamación formal sobre su valor vinculante aportará nada, salvo un cúmulo de problemas. En todo caso, resulta aceptable que ante una línea jurisprudencial clara y reiterada, a cualquier tribunal que desee apartarse de ella se le imponga un expreso deber de motivar ese apartamiento.

9. En todo caso, el debate sobre el valor de la jurisprudencia no es, en mi opinión, jurídico-constitucional. Es de conveniencia. Atribuir valor vinculante a la jurisprudencia de un vértice no vulnera ninguna regla constitucional. La jurisprudencia constitucional sentada al hilo del recurso en interés de ley (STC 37/2012) es perfectamente correcta.

10. Ha de insistirse en que dar valor vinculante a la jurisprudencia no es cuestión ideológicamente neutra.

11. La visión normativista de la jurisprudencia aboca a graves problemas de difícil o imposible solución. El primero y principal estriba en determinar qué constituye jurisprudencia y qué no. Qué parte de una sentencia es su *ratio decidendi* y cuál es *obiter dictum* o mero discurso. Cabe preguntarse quién y cómo se formula la máxima constitutiva de jurisprudencia. Las leyes y, en general, las normas escritas, se identifican mediante criterios formales. Está claro lo que es una ley y lo que no. Ciertamente cabe discutir si partes de las normas escritas, como, por ejemplo, un preámbulo o exposición de motivos, tienen valor normativo o no. Pero la identificación del enunciado normativo no debe plantear problemas en las normas escritas. En la jurisprudencia esto es imposible.

12. Si la jurisprudencia tiene valor normativo y vinculante, ¿quién la enuncia? ¿Hay audiencia de interesados antes de la promulgación? Porque parece que hasta un humilde bando municipal tiene más garantías de elaboración. A la postre, el valor normativo de la jurisprudencia encierra aporías sobre su legitimidad y sobre el proceso de «formulación».

13. Es una gran paradoja que la certidumbre jurídica se pretenda alcanzar por un método –la jurisprudencia– profundamente incierto. No en vano se dice que la jurisprudencia hay que buscarla (y encontrarla). Todos los juristas –teóricos y prácticos– nos hemos tenido que adiestrar en la destreza de «buscar» jurisprudencia, que es bastante más que buscar sentencias. Es difícil admitir que deba/pueda tener valor vinculante algo que exige una «búsqueda», que es el «hallazgo» resultado de una actividad que exige adiestramiento. Nada ni de lejos similar ocurre con las leyes, por complejo en que pueda estar convirtiéndose el ordenamiento jurídico.

14. Si la jurisprudencia adquiere valor normativo, debería tener las mismas restricciones de retroactividad que cualquier otra norma escrita. Debería tener un claro momento de entrada en vigor. Incluso debería tener la capacidad de incluir previsiones de derecho transitorio, así como de expresa derogación de máximas anteriores. Así, habría de resolverse cuándo nace y cuándo muere la jurisprudencia; cuándo se «promulga» y cuándo se «deroga». Los problemas de eficacia en el

tiempo de la jurisprudencia, ya de por sí arduos, se vuelven irresolubles si se lleva a sus consecuencias lógicas un eventual valor normativo.

15. Asimismo, el valor normativo de la jurisprudencia trae consigo la pregunta de cuáles son los criterios para la solución de antinomias entre máximas jurisprudenciales ¿Son los mismos que los de las genuinas normas escritas? ¿Jerarquía, tiempo y especialidad? Y también cabría preguntarse si y en qué medida una máxima jurisprudencial vinculante puede ser objeto de interpretación extensiva o de analogía. ¿Hay que desarrollar una hermenéutica de las máximas jurisprudenciales? Es un poco raro que lo que ha de dar certidumbre deba ser objeto de interpretación, porque se entra en un bucle o en espiral.

16. Otra gran paradoja en la reflexión sobre el valor de la jurisprudencia es la diferencia en la aproximación a la uniformidad sincrónica y a la diacrónica (los términos, como tantas veces, son de Taruffo). Nos encanta la primera; nos chirría la segunda. Pretendemos que el ordenamiento sea claro, preciso, ordenado, predecible y cierto en cada momento dado: sin fisura alguna. Pero a la vez queremos que no se petrifique y que evolucione aun bajo la vigencia de las mismas normas legales. Según una visión muy extendida, la uniformidad sincrónica es un gran valor, pero la diacrónica es un defecto. Esto es esencialmente contradictorio. Nos parece inconcebible que un artículo del Código civil sea interpretado y aplicado de manera divergente en un mismo momento dado por distintos tribunales o en casos similares; pero nos parece admisible y hasta deseable que ese mismo precepto, pongamos que no reformado desde 1889 en que entró en vigor, haya sido objeto de diferentes interpretaciones y aplicaciones a lo largo del tiempo. La falta de uniformidad tiene que haberse producido necesariamente en algún momento.

17. No existen límites constitucionales relevantes a la configuración legal del régimen de admisión de asuntos en el Tribunal Supremo. Lo mismo que el del valor de la jurisprudencia, el debate sobre la admisión de asuntos en el Tribunal Supremo no es un debate jurídico-constitucional, sino de conveniencia y oportunidad políticas. El artículo 123.1 CE establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Este precepto constitucional contiene, a mi juicio, dos normas: una garantía institucional de existencia del Tribunal Supremo; y un mandato al legislador para asegurar esa superioridad o supremacía. Pero ninguna de las dos obliga a medios específicos. Ni siquiera la casación está garantizada por la Constitución (nada impediría que el legislador decidiera que la superioridad se ha de lograr a través de una segunda o tercera instancia), con lo que *a fortiori* no lo está el sistema de admisión. El artículo 24.1 CE no garantiza un derecho a los recursos. La admisión discrecional por el Tribunal Supremo no vulnera ningún precepto constitucional.

18. Aun con la prevención de los consensos aparentes antes señalada, mi posición es que el Tribunal Supremo debe configurarse de modo tal que un número reducido de magistrados de prestigio dicte un número razonable (y, por tanto, reducido) de resoluciones detenidamente pensadas y deliberadas y detenidamente redactadas, que resuelvan casos en los que puedan por hipótesis plantearse todo tipo de cuestiones jurídicas sustantivas y procesales. Pocos magistrados y pocos asuntos. Potencialmente cualquier cuestión jurídica sustantiva y procesal. Parece la cuadratura del círculo. Es difícil; no imposible.

19. El Tribunal Supremo no está para crear jurisprudencia. Mejor dicho, la tesis de que el Tribunal Supremo está para crear jurisprudencia esconde al tiempo una gran verdad y un importante riesgo. La gran verdad es que la única razón para que la estructura de los tribunales de un país sea piramidal es que el tribunal situado en el vértice de la pirámide resuelva casos cuyos criterios de resolución coadyuven a la uniformidad y predictibilidad de las decisiones. Ahora bien, la jurisprudencia es algo que (a veces) se construye resolviendo casos. La jurisprudencia es un conjunto coherente y ordenado de *rationes decidendi* de casos concretos que, sobre la base de su *auctoritas*, pueden irradiar su influencia persuasiva a otros tribunales y a otros operadores jurídicos. Concebir el Tribunal Supremo como un órgano que ha de «crear» jurisprudencia conlleva el riesgo de un deslizamiento (con tintes ideológicos muy contrapuestos a la esencia de la independencia judicial) a que los casos y las sentencias sean solo la ocasión de ejercicio por el Tribunal Supremo de una suerte de poder normativo, que considero ilegítimo (o, aunque no lo fuera, altamente inconveniente). Los tribunales, incluido el Tribunal Supremo, están para resolver casos. Al resolver casos pueden incorporar en sus motivaciones *rationes decidendi* argumentadas que conformen eso que llamamos jurisprudencia. La jurisprudencia no se fabrica; la jurisprudencia surge. Y su destilación no es solo función del Tribunal Supremo. No hay que mezclar sistema de casación con valor normativo de la jurisprudencia. Una cosa es seleccionar casos que permitirán quizás sentar jurisprudencia y otro hacerlo para formular máximas.

20. El buen funcionamiento del Tribunal Supremo no depende únicamente del sistema de admisión de recursos de casación. Es condición necesaria, pero no suficiente. El sistema de admisión es seguramente un elemento clave, aunque no sea el único, del funcionamiento del órgano supremo de un sistema judicial. Sin un razonable sistema de admisión es muy difícil o casi imposible tener una buena casación. Pero se puede tener una casación mediocre o mala con un razonable sistema de admisión. Hay otros muchos factores que condicionan que se pueda alcanzar la excelencia del sistema. Además, unos son susceptibles de acción política (y, dentro de la acción política, de acción legislativa o normativa) y otros requieren cambios sociales no legislables. Baste mencionar: calidad de la Magistratura; calidad de la abogacía ejerciente ante el órgano supremo; calidad del *staff* de apoyo; técnicas de deliberación; técnicas de redacción; control de precedentes; calidad de las decisiones de instancia. Algunos de estos factores pueden tener una incidencia capital, en el sentido de relativizar la importancia de cuál sea el sistema de admisión.

