

1. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA, DERECHO PROPIO Y OTRAS COMPETENCIAS

Jaime Suau Morey

Los Premios Luis Pascual González, creados por la Academia para reconocer trabajos importantes sobre instituciones y temas de Derecho civil balear, van dejando tras sí, año tras año, una larga cosecha de singulares obras que enfocan, dentro de esta materia, variadas cuestiones. Siendo el ganador del IX Premio Luis Pascual González, el Abogado y Doctor en Derecho Jaime Suau Morey, un profundo conocedor del Derecho procesal, al cual ha dedicado fundamentalmente su investigación científica, no es extraño que el tema elegido fuera procesal; aunque, por otra parte, era evidente su relación con nuestro Derecho civil. En el trabajo ganador del Premio se somete a un certero análisis un órgano jurisdiccional de considerable importancia para el Derecho civil balear, como es la Sala de lo Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior de Justicia, ya que, al conocer de los recursos de casación por infracción de precepto foral, se convierte en nuestro Tribunal de Casación, que dice la última palabra sobre las instituciones integrantes de nuestro Derecho.

En el trabajo premiado se estudia la composición y competencias de este Tribunal, pero sin dejar de hacer referencia a otras posibles futuras competencias, abogando, en este sentido, por un posible conocimiento de los recursos contra las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales –lo cual es una necesaria derivación de la exigencia de la doble instancia penal–, así como por la generalización de los impropiaamente llamados recursos de revisión, de los que actualmente tan solo conocen cuando derivan de un proceso que ha tenido por objeto instituciones forales.

El trabajo premiado se realizó con anterioridad a la ley de 10 de Octubre de 2011 de Medidas de Agilización Procesal, que modificó el art. 477.2.2ª de la LEC, elevando la cuantía del recurso de casación de 150.000 a 600.000 euros, lo cual debe tenerse en cuenta en la lectura del apartado 4 del mismo.

- 1.- INTRODUCCIÓN.
- 2.- DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- 3.- EL TSJ DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. NACIMIENTO Y COMPETENCIAS. LA ACUMULACIÓN IMPUGNATIVA DE NORMAS DE DERECHO CIVIL COMÚN Y DE DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.
 - 3.1.- OTRAS POSIBLES ATRIBUCIONES DE LEGE FERENDA A FAVOR DE LOS TSJ.
 - 3.2.- ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. ATRIBUCIONES CONCEDIDAS A LOS TSJ.
- 4.- ATRIBUCIONES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL ACUMULADO AL RECURSO DE CASACIÓN DE NORMA ESPECIAL CON DERIVACIÓN DE AMBOS RECURSOS HACIA LOS TSJ.
- 5.- LA DENUNCIA DE INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL.
- 6.- REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.
- 7.- LOS FUEROS PRIVILEGIADOS Y LOS TSJ.
- 8.- EL DERECHO AL RECURSO EN SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y LA COMPETENCIA DE LOS TSJ.
- 9.- LA REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES ANTE LOS TSJ.
- 10.- CONCLUSIONES.

1.- INTRODUCCIÓN.

El estudio de las peculiaridades, nacimiento desenvolvimiento, vida y proyección (actual y futura de nuestras instituciones jurídicas), forma parte de la esencia de nuestra Comunidad. A su estudio y defensa se han dedicado insignes juristas cuyo encomiable esfuerzo y entusiasmo es de justicia agradecer.

Mas el derecho se canaliza, fluctúa y vive en suma a través de los Tribunales. Entre ellos el que figura culminando la organización judicial de nuestra Comunidad Autónoma, es el Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears (artículo 152 CE).

La pervivencia de nuestras instituciones, quedaría en la pura entelequia si descuidásemos o desatendiésemos las funciones y el ámbito competencial del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma.

Junto al estudio de nuestro derecho es pues la aludida e imprescindible alternativa la que obliga a considerar el contenido de la actividad de este Tribunal que como todos los de las Comunidades Autónomas, muestra únicamente la visión del iceberg de su potencialidad futura.

Decimos esto porque interesa en primer lugar abundar en el arrastre competencial que lleva consigo debido a que tal vez no se le ha contemplado en toda su dimensión. Por ello, vamos analizando como el legislador quiere pulsar los resortes necesarios para que la función uniformadora e interpretativa del derecho propio de nuestra Comunidad Autónoma pueda desarrollarse, aún arrastrando y asumiendo competencias que inicialmente tenía asumidas el Tribunal Supremo.

En este sentido, al confluir motivos casacionales amparados en derecho civil común y específico de nuestra Comunidad, será el Tribunal Superior de Justicia quien asumirá la competencia para la decisión de ambos (el principio de unidad del recurso contribuye también a esta solución).

La variedad de motivación casacional ocasiona también el que no sea un solo recurrente el que conjugue y presente distintos motivos casacionales, sino que esta simultaneidad provenga del concurso de la actividad impugnativa desplegada por distintos litigantes. En estos casos también al Tribunal Superior de Justicia se le debe atribuir el conocimiento del recurso cuando alguno de los motivos colacionados se refiera al derecho específico o propio de la Comunidad Autónoma.

Pasemos al Recurso Extraordinario por Infracción Procesal; éste cabe

(aparte de excepcionales supuestos en los que puede interponerse de forma autónoma), en los supuestos en los que cabe Recurso de Casación; como el Recurso de Casación amparado en el derecho propio de la Comunidad, tiene más fácil acceso ante los TSJ que el derecho civil común ante el TS, el acceso del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal que se colaciona junto al de Casación, tiene consecuentemente más amplio pórtico cuando discurre paralelamente al recurso en cuanto al fondo.

Casi siempre el adecuado diagnóstico de posibilidades evita sorpresas desagradables, mas como existen supuestos que rayan límites sinuosos, la actividad del TS en fase de admisión mediatiza muchos supuestos como veremos en el contenido de este trabajo. Ésta mediatización en trámite de **admisión**, tiene lugar primordialmente cuando confluyen motivos casacionales amparados en vulneraciones de Garantías Constitucionales y Derechos Fundamentales, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr. ¿Cómo y ante quien se desarrollan las siguientes fases de sustanciación y decisión de tales recursos? La materia es compleja y a veces vidriosa por lo que debe abordarse dependiendo en cualquier caso de si prospera o no este motivo fundamentado en vulneración de precepto constitucional (aunque la profundidad de su estudio aterrice en sede casacional, que constituye una complejísima pieza de relojería jurídica en palabras del Pfr. Serra Dominguez).

Finalmente (o a la vez) se deben considerar las atribuciones que tienen conferidas los TSJ en los órdenes jurisdiccionales Contencioso-administrativo y Social. Un experimentado magistrado jubilado del TSJ se refería a la magnitud de tales atribuciones en detrimento de las competencias civiles que tiene atribuidas el TSJ; no es de extrañar pues que entre las muchas competencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ, figuren los recursos que se deduzcan en relación con disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales por una parte y por otra parte los recursos que se deduzcan contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las CCAA al igual que muchas resoluciones revisoras de la actividad de los Tribunales Económico-administrativos tanto regionales y locales que pongan fin a la vía administrativa como las Resoluciones dictadas en alzada por el Tribunal Económico-administrativo Central en materia de tributos cedidos. No es menos intensa la actividad de la Sala de lo Social del TSJ a quienes incumbe (entre otras competencias el conocimiento de los recursos que establezca la ley contra las Resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la CA, así como los recursos de suplicación y los demás que prevee la ley contra las Resoluciones de los juzgados de lo Mercantil en materia laboral y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia véase la LO 8/2003 para la Reforma Concursal, los art. 74 y 75 de la LOPJ).

De lo expuesto se deduce que la importante y genuina función casacional que inicialmente inspiró la creación de los TSJ, se ha visto desbordada por la multiplicidad de funciones que tiene (y que puede tener) asignadas.

2.- DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LES ILLES BALEARS. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Como decíamos en la introducción, cabe diferenciar entre la competencia del legislativo de la Comunidad Autónoma para legislar sobre cuestiones referentes al Derecho especial de les Illes Balears (que incluye por supuesto la posibilidad de dictar normas que se refieran al derecho civil propio de nuestra Comunidad), por una parte y otra cuestión es la aplicación por parte de los Tribunales de Justicia, (aplicación, interpretación, ejecución) de la normativa referente a este derecho propio de nuestra Comunidad.

Esta función interpretativa y aplicativa que pertenece a la jurisdicción, se lleva a cabo por el Tribunal Superior de Justicia en lo que atañe a la función casacional, interpretativa y uniformadora del derecho propio de les Illes Balears. Mas esta genuina función, no es la única que tiene encomendada el TSJ, aunque sí una de las más importantes; además constituye una de las razones por las cuales se crearon los TSJ de las Comunidades Autónomas insertándose tales Tribunales en nuestra Carta Magna (**art 152**) con el mandato de culminar la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma (siempre que los Estatutos de Autonomía así lo dispusiesen) y como coherente instauración del Estado Autonómico dotado de un poder legislativo y de un poder ejecutivo, aunque quedasen insertos tales Tribunales Superiores de Justicia en el Poder Judicial.

Con respecto al primero de los aspectos enunciados, es decir en lo referente a la acción legislativa, importa que ésta posibilite la conservación, modificación y desarrollo de la normativa propia de cada Comunidad, por lo que dejaremos constancia de que a esta conservación, modificación y desarrollo, se le debe añadir toda aquella materia **conexa** que puede ser objeto de inclusión según se ha ido progresivamente entendiendo y aplicando, constituyendo la Sentencia del TC nº 31/2010 de 28 de junio sobre el Estatut d'Autonomia de Catalunya un trascendente hito interpretativo en este sentido.

La realidad de las cosas no obstante no se presenta casi nunca en estado tan puro por lo que no es infrecuente que el derecho propio de una Comunidad Autónoma, deba ser interpretado y aplicado junto con otras normas pertenecientes al derecho común por lo que ante tal duplicidad, habrá que determinar que Tribunal ejercerá su función en el último recurso de la contienda judicial en el que quedará definitivamente aplicada la norma con

la uniformidad que requiere el ordenamiento jurídico (obvio es decir que esta tesitura generalmente no tendrá lugar durante el desarrollo de las instancias, toda vez que las normas de competencia objetiva y posteriormente funcional, irán determinando el iter judicial mediante la legal atribución competencial).

Es necesario también precisar que las competencias que la LOPJ (**art. 73, 74, 75**), atribuye a los TSJ, incluyen la materia que corresponde a los órdenes jurisdiccionales civiles, por supuesto pero también penales, contencioso-administrativo y sociales, por lo que no vamos a orillar esta realidad. Por otra parte, los TSJ, evidentemente, no solo tienen encomendadas funciones casacionales y uniformadoras (aunque en su nacimiento éstas fueron determinantes, recordemos el Tribunal de Cassació de Catalunya al que se aludió en el debate parlamentario), sino que tienen cuantitativa y cualitativamente hablando trascendentales competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía y por la LOPJ, que exceden en mucho (cuantitativamente hablando) la genuina función casacional a la que antes nos referíamos.

La organización pues de la coexistencia de estos distintos ordenamientos civiles en el territorio español exige un doble enfoque para solucionar por una parte el aspecto normativo y por otra el competencial (al que vamos a dedicar una mayor atención en este trabajo). Con respecto al aspecto normativo, en la aplicación del derecho civil balear pueden producirse interferencias entre éste y el estatal, lo que requerirá de criterios de solución a la posible colisión de normas concurrentes¹, todo ello previa determinación del concepto de vigencia del derecho y otros criterios competenciales magistralmente expuestos por los especialistas² cuya exposición voy a citar

1 - FERRER VANRELL, MP. Lecciones de derecho civil balear, Ed. UIB 2003 pág 78. Según la autora, «tampoco coincide el derecho civil vigente en Baleares con el denominado derecho civil de les Illes Balears, porque en Baleares concurren dos derechos diferentes, ex art 1.1 de la Compilación, a) el derecho civil de les Illes Balears denominado derecho propio en el art. 50.3 del Estatuto de autonomía, y , también denominado derecho común en el par. 5 de la EM de la Compilación, que tienen acotado su ámbito y límite de vigencia al territorio balear, y b) por otra parte el derecho civil estatal, tanto en su aplicación general y directa como en su aplicación concurrente». En cuanto a los criterios de solución de normas concurrentes, entra en juego la Constitución, por lo que la autora establece que: «la regla del art. 149.3 de la Constitución y la redacción del art. 50.1 y .2 del EAIB, regula la aplicación preferente del derecho civil balear al derecho estatal y la regla de supletoriedad del derecho estatal, que suple en todo caso (art. 149.3 de la Constitución)» (Ob cit pág 79).

2 - MIR DE LA FUENTE, T. Boletín de la Academia nº III La complicada historia de las disposiciones finales y transitorias de la compilación de derecho civil de Baleares. Págs 69-81. Ver también QUINTANA PETRUS, JM. Institucions, competències i règim jurídic, Bosch, Barcelona 1995. Con respecto a la historia de nuestras instituciones, PASCUAL GONZALEZ, L La revisión del texto de la Compilación de Derecho Foral de las Baleares. Jornada de derecho foral. Ilustre Colegio de Abogados de Baleares 1973.

a efectos ilustrativos, puesto que me centraré en los aspectos competenciales que ocupan a los TSJ.

Según refiere Masot Miquel³ en la introducción de su trabajo sobre costumbres normativas, comentando el trabajo del Dr. Martínez Cañellas y refiriéndose a las costumbres normativas, hace asimismo una referencia a la posibilidad de que nuestro Parlament pueda dictar disposiciones de carácter general sobre diversas instituciones en base a su conexión con costumbres de observancia –antes o ahora– en nuestras islas.

Es necesario, pues, diferenciar entre los aspectos que se refieren al tratamiento del derecho civil de las Islas Baleares (imprescindible es el análisis de su Estatuto de Autonomía) por una parte, y por la otra el marco procesal en el que se debate y aplica el Derecho Civil Balear. En este sentido es obvia la referencia al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Tribunal que culmina la organización judicial dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, según se dispone en el artículo 152 de la C.E. En este sentido, como anunciábamos, intentaremos dar una visión del ámbito competencial de los TSJ. circunscribiéndola a las jurisdicciones civil y penal respectivamente, mas dejando constancia de la importante proyección competencial que dimana de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social (aunque no podamos en esta ocasión referirnos con la atención que se merece el estudio de las competencias de los T.S.J. de las CCAA en lo referente a estas dos últimas jurisdicciones.

En la Ley Orgánica 1/2007, que aprobó la reforma de nuestro Estatuto de Autonomía, se contempla el Derecho Civil de las islas, ante todo según Coca Payeras⁵ y Vila Ribas *«desde la óptica de la competencia legislativa, pero también desde la óptica de su ámbito aplicativo, competencia jurisdiccional casacional y mérito para la resolución de concursos y oposiciones para proveer puestos de magistrados y jueces»*.

En el marco procesal, la configuración del Estado de las autonomías

3 - MASOT MIQUEL, M. ¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI? (paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V premio Luis Pascual Gonzalez). Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº X, Palma de Mallorca 2009, con la colaboración del Parlament de les Illes Balears, págs 85 a 98. Es importante recordar de PASCUAL GONZÁLEZ, L. Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca. Revista de derecho privado nº XVIII (1931) pág 281.

4 - LLODRÀ GRIMALT, F. Un impulso al Derecho Civil Balear. Los contenidos del Derecho Civil Balear posibles, Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, boletín VIII pág. 77-117.

5 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. en El derecho Civil Balear y sus perspectivas de futuro, perteneciente a la monografía El dret viscut, FERRER VANRELL, MP., MASOT MIQUEL, M. y SEGURA GINARD, L. coordinadores. Ed: Leonard Muntaner. Palma de Mallorca 2011, pág 203.

supuso la creación de un Tribunal Superior de Justicia que quedó implantado en nuestra Constitución según el artículo 152 de la misma antes mencionado.

El marco competencial viene determinado por el artículo 149.1.8º de la Constitución y su previsión de que la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, lo es, sin perjuicio de la conservación modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.

Trasunto de este precepto constitucional es el artículo 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, que como manifiestan Coca Payeras y Vila Ribas⁶ *«se refiere como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Islas Baleares, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los Registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia»*.

Según la Sentencia del T.C. referida al Estatuto de Cataluña (STC nº 31/2010 de 28 de Junio) *«El desarrollo de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas del ordenamiento jurídico. En suma: cabe pues que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según principios informadores peculiares del derecho foral»*⁷.

No supuso esta sentencia, según acreditados especialistas, ni un avance ni un retroceso con respecto a la situación anterior.

Intentando en una mayor aproximación acotar el campo normativo al que nos estamos refiriendo y acudiendo a la exposición de Mir de la Lafuente *«el derecho civil propio de les Illes Balears de que hablan los artículos 30.27 y*

6 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. En Ob. cit. El Derecho Civil Balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro. pág. 207. Mas adelante se referirá a Cataluña; con respecto a la cual la Sentencia del T.C. nº 31/2010 de 28 de junio, F.J. número 76, afirmará que la competencia de la Generalidad Catalana, se extiende a la conservación modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña.estatal. Este marco competencial es muy similar al de otras comunidades autónomas con competencias en la materia.

7 - COCA PAYERAS, M. y VILA RIBAS, C. Ob. cit. pág. 208. Según estos autores el Tribunal Constitucional no solo determinó el concepto constitucional y estatutario del desarrollo, sino que referenció el allí donde existan del art. 149.1.8º de la C.E. a los ordenamientos civiles propios, y no a las instituciones o figuras reguladas en las respectivas compilaciones.

94.1. a) del Estatut e implícitamente el artículo 87.1, es el derecho civil de les Illes Balears y el de la Comunidad Autónoma al que se alude en los artículos 8.2, 10, 87.2, 97 y 99.2»⁸.

En lo referente a la conservación, modificación y desarrollo del derecho propio, en la cardinal Sentencia 31/2010, se hacen una serie de matizaciones. Por parte del TC se ha reconocido que estos conceptos permiten que tales derechos puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin que la competencia autonómica en materia de derecho civil, quede rígidamente vinculada al contenido actual de la Compilación o de otras normas del ordenamiento civil. Esto es, cabe la ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por el derecho civil especial, pero no de forma ilimitada, sino con respecto a figuras conexas con las ya reguladas y siempre que ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores. De este modo la C.E. opera una clara delimitación de la atribución normativa, en la medida en que faculta para adoptar acciones tendentes al mantenimiento del citado derecho especial con las alteraciones y complementos que se consideren oportunos pero no, sin embargo, a producir una auténtica ampliación abstracta del marco normativo que constituye el derecho civil autonómico, ni disfrazar de desarrollo legislativo lo que en realidad constituye una auténtica regulación ex novo de la materia, no previamente sometida ni conectada al derecho foral o especial.⁹

Esta perspectiva, que ya había ocupado la atención del T.C. (STC Nº 88/1993, f.j.3), se ve completada con las referencias que en este mismo fundamento jurídico se realizan en lo referente a la determinación de las fuentes del derecho y concretamente del derecho civil de Cataluña. En este sentido la Sentencia razona y matiza acerca de la previsión estatutaria (art 129 del E.A.C), que la competencia autonómica atribuida en el citado artículo, incluyendo la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña, no supone una infracción del artículo 148.1.8º de la C.E.

8 - MIR DE LA FUENTE, T. La evolución del Derecho Civil Balear Compilado: el contenido de la Compilación y sus modificaciones, dentro de la obra el Dret Viscut coordinada por FERRER VANRELL MP., MASOT MIQUEL, M. y SEGURA GINARD, L. Lleonard Muntaner 2011 pág. 259. El art. 87.1 del EAIB dice que en materia de competencia exclusiva de la Comunidad, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este estatuto. El art. 10 del EAIB, después de la reforma de 2007, dispone que las normas, las disposiciones y el derecho civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia.

9 - En el proceso de inconstitucionalidad que precedió a la indicada Sentencia, los recurrentes sostenían que la competencia de la C.A. solo puede extenderse a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán.

en el punto en que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del derecho en todo el territorio nacional.

La competencia exclusiva sobre el Derecho Civil de Cataluña, en tanto que derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico derecho, siendo claro que esta competencia autonómica ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para la determinación de las fuentes del derecho en todo el territorio¹⁰, por mas que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos derecho civiles forales o especiales¹¹.

3.- EL TSJ DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. NACIMIENTO Y COMPETENCIAS. LA ACUMULACIÓN IMPUGNATIVA DE NORMAS DE DERECHO CIVIL COMÚN Y DE DERECHO CIVIL PROPIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

Como ha recordado Masot Miquel interesa destacar en el marco de nuestra C.A. el hecho de que fue el propio Estatuto de Autonomía de les Illes Balears quien estableció esta atribución competencial al T.S.J., dándole el significado que conlleva. Es conveniente detenerse en este comentario, resaltándose, el trabajo publicado por Muñoz Jiménez sobre el que Masot Miquel comentaría su importancia¹² en estos términos:

10 - Abundando en la no declaración de inconstitucionalidad del artículo 129 del E.A.C., se aclara en la comentada sentencia (f.j. 59 y 64) que «obviamente el hecho de que el artículo 129 del EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica, en absoluto, a la prescripción del primer inciso del art. 149.1.8º de la C.E., pues es evidente que las competencias atribuidas por la C.E. al Estado no precisan confirmación alguna en los Estatutos de Autonomía. Con mejor propiedad, el Estatuto ha delimitarse a la Comunidad Autónoma respectiva, siendo así que la única que el Estatuto Catalán puede atribuir a la Generalitat, en el ámbito de la legislación civil, es la que tenga por objeto la conservación modificación y desarrollo del Derecho Civil de Cataluña» (añado: con las matizaciones interpretativas que se acaban de exponer en el cuerpo de este trabajo).

11 - Abundó en ello la S.T.C. nº 47/2004 de 25 de marzo f.j. 13.

12 - MASOT MIQUEL, M. en La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia, pág. 265, de la obra general El dret viscut, ob. cit., coordinada por FERRER VANRELL, MP., MASOT MIQUEL, M., SEGURA GINARD, L. MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, El recurso de casación civil en materia de derecho privativo. VII Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, Palma 2004 pág. 136 «La importancia de este extremo no debe minimizarse. Significa que las facultades competenciales del Tribunal Superior para conocer de los recursos de casación en materia de derecho civil especial de las Islas no nacen de la ley ordinaria ni tan solo de la LOPJ. Tienen asiento más

«El que en el marc de la nostra Comunitat Atònoma, interessa destacar és el fet de ser el propi EAIB –la carta magna de la nostra Comunitat– qui, des del primer moment, va establir aquesta atribució competencial al TSJ i a això se li ha de donar el significat que comporta».

Se determina en el art. 152 de la Constitución que «un Tribunal Superior de Justicia sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS culminara la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».

Comentando la elaboración del precepto, ya dijo Entrena Cuesta¹³ que «un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y en los estatutos podrán establecerse los supuestos y formas de participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del correspondiente territorio, de conformidad todo ello con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de éste».

Su creación se debe en importante medida a una conocida enmienda del grupo Minoría Catalana que obtuvo la incorporación de tal Tribunal evocando al antiguo Tribunal de Cassació de Catalunya¹⁴ (**Roca Junyent**).

El art. 122 de la CE establece la norma remisoría que encarga a la LOPJ la determinación y regulación, funcionamiento y gobierno de los Tribunales y consiguientemente de sus competencias.

Las aludidas competencias se encuentran recogidas en el artículo 73, 74 y 75 de la LOPJ, no sin antes determinarse en el art. 70 de la aludida Ley Orgánica que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma

alto. Una norma perteneciente al llamado “bloque constitucional”, correlativa y coherente con la potestad legislativa que la Comunidad Autónoma posee en orden a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio. Pues así como esta potestad legislativa es patrimonio exclusivo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que, en simetría, la formación de jurisprudencia en lo tocante al derecho civil privativo corresponda al órgano jurisdiccional en el que culmina la organización judicial del territorio. Cualquier excepción a esta a esta competencia, cualquier salvedad a favor de Tribunales de fuera de la Comunidad Autónoma, debe, por ello, interpretarse con fuerte carácter restrictivo».

13 - ENTRENA CUESTA, R. comentando el art. 152 de la CE en Comentarios de la Constitución. Dirigidos por Garrido Falla, Segunda edición, Ed Civitas S.A. Madrid 1985. Sigue diciendo el autor que «sin perjuicio por lo dispuesto en el art 117, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en la primera instancia».

14 - Sobre el TSJ de les Illes Balears ver Masot Miquel en La Compilación del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justicia. Una introducción y el marco procesal en pág. 263 y 264 de el Dret Viscut, Ob. cit., Ed. Lleonart Muntaner, Palma de Mallorca 2011. Ver también Monserrat Quintana en La Sala de Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears. En la obra Lecciones de derecho civil balear coordinada por Ferrer Vanrell, Ob. Cit pág 91 a 100.

culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Todo ello después de determinarse en el artículo 34 de la referida Ley que la Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁵.

El ámbito competencial de los TSJ no constituye únicamente la sede en la que se interpretará, aplicará y desarrollará el derecho civil propio de la comunidad autónoma sino que al constituir (sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo) la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma es imprescindible adentrarse en este ámbito competencial que con respecto a las jurisdicciones civil y penal respectivamente se abre con el art. 73 de la LOPJ y con el art. 74 y 75 en lo que a las competencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo y social respectivamente se refiere.

Si la jurisprudencia sobre la materia de derecho civil balear, ha sido recientemente comentada por Masot Miquel¹⁶ en reciente obra publicada para celebrar los cincuenta años de la compilación de derecho civil de les Illes Balears (1961-2011) citada, con expresa y exhaustiva referencia y estudio jurisprudencial al estudio de las fuentes, del derecho histórico, la tradición jurídica, el régimen económico matrimonial, las sucesiones (dentro de ellas con sustanciales referencias jurisprudenciales al principio **nemo pro parte**) a los codicilos, a las donaciones universales de bienes presentes y futuros, a la sustitución fideicomisaria, a las legítimas, a la definición, etc. En el presente estudio queremos referirnos al ámbito competencial presente y futuro de los aludidos TSJ, toda vez que entendemos que su campo de actuación va a ser enormemente amplio y por consiguiente, desde el punto de vista no solamente sustantivo sino también procesal, conviene tener presente estas atribuciones que en ese momento figuran como normativamente concedidas en la LOPJ pero al no tener como muchas de ellas un desarrollo normativo en las correspondientes leyes procesales, no se puede contemplar el panorama que cuantitativamente se presentará ante estos Altos Tribunales de la Comunidad Autónoma.

Valga como anticipo la alusión al conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal que junto a motivos referentes al derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, por acesión, tienen que ser resueltos por los TSJ.

El mismo efecto ampliatorio tendrá lugar en los recursos de casación en

15 - Según los art. 5 y 6 de la LOPJ.

16 - MASOT MIQUEL, M. La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del TSJ, dentro del Dret Viscut ob cit.

los que a los motivos referentes a la interpretación del derecho civil propio se unan otros referidos al derecho civil común.

No deben dejar de contemplarse los supuestos en los que la antedicha acumulación tiene lugar como consecuencia de recursos acumulativos de casación interpuestos por distintas partes litigantes en la instancia que articulando sus motivos, van a producir el efecto competencial a favor de los TSJ.

Aunque el recurso de casación, desde su instauración se reservó siempre al Tribunal Supremo por su propia finalidad, al haberse creado, no obstante los TSJ, como cúspide de la organización judicial en cada territorio de la CA, se les atribuye el conocimiento de los recursos de casación que procedan contra resoluciones de los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o con otros motivos, en interpretación de normas de derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad (y cuando así lo disponga el correspondiente Estatuto de Autonomía).

Asimismo es importante destacar del art. 478 de la LEC, su nº 2, es decir la prohibición de plantear la misma parte procesal los dos recursos extraordinarios simultáneamente, dado que de haber procedido así, solo se conocerá y resolverá el instado ante el TSJ de la Comunidad Autónoma. La solución legal demuestra que, habiéndose interpuesto un recurso de casación o un motivo casacional con contenido basado en el derecho propio o especial de la CA la competencia viene determinada a favor del TSJ y siendo así, atrae con la especificidad de su fuero todo el contenido propio del recurso, apartando al TS. Por tanto cuando se dé la referida circunstancia contemplada en el art. 478.2 de la LEC se tendrá por no presentado el recurso ante el TS dictándose en este sentido, la correspondiente providencia.

Lo expuesto deberá ser (y ha sido) interpretado y matizado por la jurisprudencia para determinar si la alegación de un precepto foral como determinante de la competencia del TSJ, procede en los supuestos en los que no esté en consonancia (tal alegación) con la ratio decidendi ni con la materia debatida en el proceso de que se trate. Al no existir pues en algunos supuestos contornos precisos, la jurisprudencia ha referido que esta distribución competencial en ocasiones puede ser utilizada por las partes de forma fraudulenta. Entiendo que en estos casos, debe tenerse en cuenta, por supuesto, la materia debatida en el proceso, mas ésta debe ser puesta en estrecha relación con el motivo casacional articulado. Dicho esto debe tenerse en cuenta que en caso de duda la atribución a favor de los TSJ se halla en consonancia con el espíritu y la letra del legislador que los encardinó orgánicamente para que desarrollasen un cometido esencialmente casacional acerca del Derecho propio de la CA (sin perjuicio de un aluvión de competencias que fueron atribuyéndose a estos Tribunales por la LOPJ).

En este sentido, la uniformidad interpretativa casacional podría truncarse en los supuestos de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales de fuera de nuestra Comunidad, ya que el conocimiento de los recursos que se interpusiesen en estos supuestos, correspondería al TS y no al TSJ. Por ello es lógico y coherente propiciar las reformas legislativas necesarias en orden a evitar la bicefalia interpretativa. Además, hay que tener en cuenta que por su propia esencia, la función casacional es una y solo puede dimanar de un solo tribunal, sea el TS o el TSJ (este último establecido para uniformar el derecho propio de una determinada Comunidad Autónoma).

Esta es la tesis defendida por Masot Miquel¹⁷, manifestando que en estos supuestos *«la competència per conèixer del recurs seria del TS i no del TSJ de la nostra Comunitat; supòsit que no és insòlit, ja que una persona d'aquestes Illes pot residir a una altra comunitat i regir-se la seva successió pel dret civil balear. És cert que el TS conserva la competència general i residual; però també ho és que no coordina aquesta atribució amb el fet de no ser el nostre TSJ qui digui la darrera paraula sobre les institucions del nostre dret civil»*.

3.1 OTRAS POSIBLES ATRIBUCIONES DE LEGE FERENDA A FAVOR DE LOS TSJ.

En todos estos supuestos el principio de unidad del recurso y la lógica correspondencia de la atribución al TSJ por ser tribunal de casación con respecto al Derecho civil propio, produce el aterrizaje competencial ante los TSJCA. Si a ello le añadimos la posibilidad de lege ferenda de que el Tribunal Supremo se vea liberado del conocimiento de determinados asuntos, como las demandas de **revisión**, que ni constituyen recursos ni nada tienen que ver con la uniformidad en la interpretación de la norma que aconseje la conveniencia de que sea el TS quien lo resuelva, todo ello dará como consecuencia que en un futuro no muy lejano el ámbito funcional del TS se vea disminuido y el de los TSJ se vea notablemente incrementado (incidiendo en la revisión de sentencias firmes cuya competencia en un futuro debería ser atribuida a los TSJ, aunque cuantitativamente no se extienda a un gran número de asuntos, en pura lógica jurídica se trata de cuestiones en las que por motivos obvios se intenta que prevalezca la justicia ante la seguridad jurídica y que por basarse en circunstancias

17 - MASOT M, IQUEL M. La compilació del dret civil de les Illes Balears a la jurisprudència del TSJ dentro de El dret viscut. Coordinadores: Ferrer Vanrell, Segura Ginard. Ed. Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca 2011. Realment, dice el autor, «la coexistència de dos òrgans judicials amb facultat de poder realitzar la interpretació definitiva de les nostres institucions no deixa de resultar absurda, ja que hauria de prevaler l'espetzialització per raó de la matèria sobre el fet d'haver-se dictat la sentència que se sotmet a cassació per una Audiència Provincial de fora del territori de la nostra Comunitat».

fácticas excepcionales no tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sentenciar, deban ser reexaminadas a la vista de estos nuevos hechos o circunstancias excepcionales mediante los que se predica la aplicación de uno de los valores predominantes de nuestro ordenamiento jurídico contenidas en el preámbulo de la Constitución junto con la igualdad, la libertad y el pluripartidismo como principios rectores de la convivencia pacífica que la Carta Magna se propuso defender.

3.2 ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. ATRIBUCIONES CONCEDIDAS A LOS TSJ.

Pero no son solo cuestiones civiles las que producirán los predichos efectos ampliatorios de la competencia de las Salas de lo Civil y **Penal** de los TSJ, sino que la afluencia futura de asuntos penales deberá ser tenida en cuenta. Si se concede de una vez recurso de apelación contra las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales en juicios celebrados ante ellas en única instancia, tal como le obliga al Estado español el cumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que ha provocado reiteradas resoluciones declarando el incumplimiento del aludido pacto por parte del Estado Español, es obvio que el número de causas de las que deberá conocer el TSJ va a ser enorme. Tanto es así que el legislador de la LOPJ en su art. 73.6 y ante esta previsión dispone que en el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o mas Secciones e incluso Sala de lo penal por su propia circunscripción en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere el párrafo c) del apartado 3º de este artículo y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior¹⁸. No en vano y como no podía suceder de otra forma en el anteproyecto de nuevo Código Procesal Penal elaborado por el Gobierno se ha articulado el sistema de recursos tendentes a cubrir las exigencias dimanantes de la aludida Ley Orgánica y de los compromisos internacionales que España tiene suscritos.

La ampliación de competencias que se prevén también en el aludido anteproyecto en lo que se refiere a la aplicación en mayor número de supuestos de la **Ley del Jurado**, extendiendo los efectos de delitos conexos, tendrá como resultado también el aumento de asuntos penales que se agolpen en las puertas de los TSJ.

Sin pretender ser exhaustivos no podemos dejar de referirnos a los

18 - Los nombramientos para magistrados de estas Secciones, a propuesta del CGPJ, recaerán en aquellos magistrados que, habiendo permanecido durante los diez años inmediatamente anteriores en el orden penal ostenten mayor antigüedad escalafonal. Art 73.6 de la LOPJ redactado por la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

enjuiciamientos en los que al existir **aforados** se dispone la competencia de los TSJ. Al tratarse en muchos casos de delitos económicos o de delitos contra el patrimonio que exigen una prueba documental amplia y una pericial engorrosa, ocupará sin duda la atención de los TSJ, a veces con más frecuencia de la que sería de desear en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma y en obligada lucha contra la corrupción política (mucho menos frecuentes son los enjuiciamientos de aforados pertenecientes al mundo de la justicia).

A este aumento de competencias, se le suma la disminución de las mismas que se va a producir en el Tribunal Supremo, entre otras razones debido a los aumentos de la “suma gravaminis” que va a ser necesaria para acudir a Sala Primera del Tribunal Supremo según algunos proyectos sobre medidas tendentes a la agilización procesal, recibidos con bastante desagrado, a menos que se moderen los techos cuantitativos que constituirán auténticos muros para el acceso a la casación y en suma para el desarrollo de una función tan garantista, uniformadora y necesaria como la que tienen atribuida las Salas de Casación del Tribunal Supremo.

4. ATRIBUCIONES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL ACUMULADO AL RECURSO DE CASACIÓN DE NORMA ESPECIAL CON DERIVACIÓN DE AMBOS RECURSOS HACIA LOS TSJ.

Como es perfectamente conocido, se respeta el ámbito de los TSJ para las casaciones fundamentadas en Derecho Civil propio de la Comunidad, aunque concurren con motivos referidos al Derecho Común.

Pero además, opera a favor de los referidos TSJ la extensión del conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. Con respecto a los recursos extraordinarios por infracción procesal, los TSJ, no tienen **en principio** competencia para conocer de ellos, ya que el art. 73.1 de la LOPJ no se la otorga, siendo la referida Ley Orgánica, la que según el art. 122 de la Carta Magna, determina la Constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. No obstante, es la Disposición Final nº 16.1 de la LEC quien determina en su subpárrafo primero que *«Será competente para conocer el recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en los que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley»*.

Conviene recordar que la LEC 1/2000 separa del tronco común del recurso de casación (por infracción de Ley y por quebrantamiento de las formas del juicio) el denominado Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, con el propósito de asignar a los TSJ el conocimiento de estos recursos; no obstante, como ya comentó Almagro Nosete¹⁹ «*dicha intención prelegislativa, fue frustrada en el debate parlamentario, ante la imposibilidad de disponer el Gobierno, de la mayoría para que se aprobara la reforma orgánica necesaria.*»

La primera consecuencia derogatoria respecto del propio texto de la LEC, merced a la introducción de la referida Disposición Final, es la inaplicación de la llamada opción obligatoria, para que la misma parte elija sin posibilidad de acumulación, entre el recurso de casación y el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, según determina el art. 466 de la LEC, norma en contradicción con lo que dispone la regla 3º de la disposición final 16ª que permite al litigante recurrir por infracción procesal y casación conjuntamente.

Si el recurso extraordinario por infracción procesal autónomo solo cabe en los supuestos en los que cabe recurso de casación, y este cabe en aquellos supuestos en los que la cuantía exceda de 150.000 euros o por razón de la materia si la sentencia se dictara para la **tutela civil** de derechos fundamentales exceptuados los del art. 24 CE, puede deducirse la dificultad en la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal autónomo ante la Sala Primera del TS; en cambio cuando un Recurso por Infracción Procesal va acumulado a uno de Casación por vulneración de derecho civil especial de la CA, su acceso ante el TSJ entraña obviamente una menor dificultad. Lo dicho podrá reproducirse en letra grande si prospera el proyecto de medidas de agilización procesal que eleva a 800.000 euros la cuantía del recurso de casación que en estos momentos se concreta en 150.000 euros. Bienvenida sea la posibilidad de denunciar vicios por infracción procesal ante el TSJ con mayor facilidad y malvenida sea, en nuestra opinión, una reforma de agilización procesal que acuda a la fácil y poco imaginativa medida de evitar la casación aumentando desmesuradamente la suma gravaminis.

19 - ALMAGRO NOSETE, J. Los Recursos Extraordinarios de Casación e Infracción Procesal. Justicia 2002, revista de derecho procesal, Bosch, Barcelona 2003. Pág 12. Como dice el conocido procesalista y a la vez Magistrado de la Sala Primera del TS, «la extensión, en estos casos, del conocimiento del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal a los referidos Tribunales, en puridad, plantea graves dudas de inconstitucionalidad dado que se priva al TS del ejercicio de la función nomofiláctica y uniformadora de la interpretación judicial en una materia que corresponde, exclusivamente, al derecho común...» Como dice el autor (pág. 31) el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal es ancillar respecto del de casación, pues se tiene que tramitar conjuntamente con éste, **salvo cuando proceda con carácter autónomo**. Esta posibilidad solo cabe, frente a sentencias determinadas, ya sea por razón de la cuantía del asunto (cuando exceda de 150000 euros), ya sea por razón de la materia (si la sentencia se dictara para la tutela civil de derechos fundamentales, exceptuados los que reconoce el art. 24 de la CE).

Toda vez que los Recursos Extraordinarios y Recursos de Casación se desenvuelven rodeados de una complejidad incómoda para el que no tiene que manejar o estudiar las escondidas sendas por las que discurren, intentaremos explicar de la forma mas sucinta posible la cuestión para evitar conclusiones o razonamientos con riesgo de impermeabilidad. Conviene ante todo aclarar que el acceso a la casación que se abre por la vía del art. 477.2.1º, 2º y 3º, contempla tres supuestos no acumulables; consiguientemente la Ley procesal viabiliza el acceso a través del art. 477.2 1º, cuando la Sentencia se dictara para la **tutela judicial civil** de derechos fundamentales, 2º cuando la cuantía del asunto excediere de 150.000 euros y 3º cuando la resolución del recurso presente interés casacional, en este último supuesto sin la exigencia de suma gravaminis.

Dejando en este momento aparte los supuestos contemplados en los párrafos 1º y 2º, centrémonos en el 3º referente al **interés casacional**. En que supuestos concurre el interés casacional, viene contestado en el art. 477.2.3º: «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando a) la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, b) o cuando resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) o cuando aplique normas que no lleven mas de cinco años en vigor, siempre que en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Como puede deducirse del texto legal, el cumplimiento del tenor literal, ya presupone la concurrencia del cúmulo de exigencias previsto; pero la praxis jurisprudencial, no digo que sin motivo, exige un relato sucinto de la **ratio decidendi** de la Sentencia recurrida y de las de contraste; si se trata de contradicciones entre Audiencias Provinciales, la inexistencia de jurisprudencia del TS, la constatación de la contrariedad dimanante de las sentencias de contraste y de la contrastada; la cuestión de las identidades objetiva y subjetiva, etc. En fin, cuestiones éstas cuyo tratamiento y análisis desbordaría ampliamente el objeto de este trabajo por lo que no queda más remedio que renunciar a ellas, mas lo que sí es interesante transmitir es que las antedichas dificultades, dimanantes de los supuestos en que se recurre por interés casacional y los que podrán derivarse de la cuantía, convertirán el acceso a la casación en una empresa de titanes.

En contraste con lo expuesto en el párrafo anterior, **el aterrizaje a la Casación con el soporte legal de la vulneración del derecho especial de la Comunidad Autónoma es mucho más sencillo** por cuanto en estos supuestos, **se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.**

Por lo dicho añadimos que también corresponderá el Recurso de Casación

a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ en los supuestos que procedan contra las resoluciones de los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, **exclusivamente o junto con otros motivos**, en infracción de las normas de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad (y cuando el correspondiente Estatuto haya previsto tal atribución).

En conexión con lo anteriormente expuesto, al ser recurribles en Casación las sentencias ante los TSJ con mayor facilidad que la que se da para recurrir ante el TS, el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal acumulado, se puede articular con mucha mayor facilidad ante los TSJ que ante el TS. En definitiva el contagio del derecho civil propio de la Comunidad con el Derecho común y con la norma procesal, en uno u otro caso, abre la posibilidad de la admisión sustanciación y decisión del Recurso Extraordinario. El conocimiento de esta compleja red de distribución de competencias, y la adecuada articulación de los recursos extraordinarios puede sin duda favorecer la atribución real y efectiva de asuntos decantándolos hacia los TSJ.

No obstante y aunque sea dicho en otro orden de ideas, es necesario evitar el fraude procesal, o simplemente la derivación de un asunto hacia uno u otro Tribunal por el mero hecho de citar simplemente como vulnerada una disposición determinante en orden a la atribución procesal a favor de uno u otro Tribunal, para la decisión de un determinado Recurso Extraordinario.

Como decía Muñoz Jiménez²⁰ en estudio sobre el recurso de Casación Civil en materia de derecho privativo, *«la competencia del TSJ no deriva de la fundamentación jurídica aducida por las partes en sus escritos delimitadores del objeto del proceso, ni tan siquiera del carácter autonómico de las normas aplicadas por las decisiones de instancia. Deriva solo de la naturaleza, de la concreta norma en cuya infracción el recurso se funda, y que ha de tener la condición de normas de derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad»*.

20 - MUÑOZ JIMÉNEZ, FJ. El Recurso de Casación Civil en materia de derecho privativo. Ob. Cit. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº VII, Palma de Mallorca 2004, pág. 119 y ss. Destaca el autor que basta con que el recurrente denuncie la infracción de una sola norma de derecho foral o especial. Este mero dato formal atrae la competencia de los TSJ para conocer de la totalidad del recurso aunque el resto de los motivos se basen en normas de carácter común. La LEC opta por sensatez por respetar la unidad del recurso y remite la resolución de los que poseen contenido mixto al TSJ. Se refiere el autor a que el TSJ puede acabar fallando en casación sobre la base exclusiva de normas extrañas del todo al cuerpo jurídico del derecho civil que justifica su competencia. «La Sentencia de 23 de junio de 2000 de la Sala Civil y Penal de Baleares ofrece una muestra diáfana de este absurdo: recayó en un litigio promovido por unos cónyuges casados en gananciales a cuenta de la liquidación del patrimonio común, litigio que acabó en Casación ante el TSJ remitido por el TS en razón de que el recurrente mencionaba de pasada, en el último de los motivos del recurso planteado con carácter subsidiario, y al lado de la cita de otras normas heterogéneas el art. 3.3 de la Compilación Balear» (pág. 139).

El autor, en definitiva, considera que sería mejor atender al objeto del proceso, en suma, a la cuestión principal debatida, que a la existencia de un motivo de Casación de cualquiera de las partes recurrentes que, aún planteado con carácter subsidiario o de apoyo, determinase la atribución de la competencia hacia uno u otro Tribunal.

En este sentido, nos referiremos a recientes resoluciones de la Sala Primera del TS de las que se desprende una mayor o menor tendencia a asumir estas casaciones denominadas mixtas o a relegar la competencias a favor de los TSJ, en aquellos supuestos en los que no existe una perfecta delimitación legislativa, bien por constituir casos límite, bien por haber sido reconducidos por las partes a favor de uno u otro Tribunal, alterando de alguna manera el “tema decidendi” correspondiente a las instancias (todo ello teniendo presente que son los motivos de casación, en la forma en que vienen formulados por las partes, los que provocan la respuesta de los Altos Tribunales casacionales); al hablar de los motivos formulados por las partes en plural, ello obliga a conjugar las distintas motivaciones casacionales para atribuir la competencia a favor de uno u otro Tribunal o bien para atribuir al TS la ADMISIÓN de determinados motivos y remitir posteriormente la causa al TSJ para la resolución de los mismos en su caso. Al hablar de este juego remititorio nos estamos refiriendo también a los supuestos en los que se alegan vulneraciones de derecho constitucional.

5.- LA DENUNCIA DE INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL.

Decía Muñoz Jiménez en el trabajo citado que el art 5.4 de la LOPJ dispone que, cuando el recurso de casación se fundamente en infracción de precepto constitucional, la competencia corresponderá al TS, cualquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. Argumentaba el autor que *«a la luz de su sentido gramatical estricto este precepto, autorizaría a concluir que la ley llama en tales casos al TS a resolver la totalidad del recurso, incluyendo por tanto las cuestiones de mera legalidad ordinaria; la norma **supondría** una excepción a la regla que otorga a los TSJ la competencia para conocer de los Recursos de Casación que giran sobre cuestiones de derecho civil privativo y que, como se destacó más arriba, tiene su apoyo en los Estatutos de Autonomía. Por Auto de 22 de septiembre de 2000 el TS se declaró competente para conocer de una Casación en la que se cuestionaba la constitucionalidad de una interpretación de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos que venía efectuando el TSJ de la Comunidad Valenciana. El posterior Auto del TS de 6 de marzo de 2001, al que reitera otro de 3 de mayo de 2001, rectifica línea tan preocupante, tal*

como recoge el comentado autor²¹; cargado de sensatez y respeto por la armonía del sistema, argumenta este segundo Auto que el orden de competencias establecido en los art. 5.4 y 73.1. a) de la LOPJ, art. 40 del EACV y otros preceptos de la LEC (que hoy están derogados), se vería sensiblemente alterado (se refiere al orden de competencias) si, ante una determinada interpretación de la norma civil autonómica por el TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma al conocer de Recursos de Casación a él atribuidos, se pudiera acudir a esta Sala de lo Civil del TS por el subterfugio de alegar infracción de precepto constitucional».

En la actualidad, el TS en los supuestos en los que se abordan cuestiones de Derecho privativo, tiene perfectamente asumido que la referencia que determina el interés casacional no es la jurisprudencia del TS sino la del TSJ²².

La jurisprudencia de la Sala Primera del TS se ha decantado claramente por solucionar la cuestión con arreglo al criterio de que si el TS **en la decisión del recurso**, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocado, si además se hubiese fundado el recurso en infracciones de normas de derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al TSJ que corresponda, con emplazamiento de las partes. En **el Auto del TS de 4 de diciembre de 2008** el recurso de casación interpuesto por distintos motivos, algunos de los cuales versaban sobre infracciones de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, otros sobre infracciones de Derecho Civil y Común y uno de ellos (el motivo 9º) denunciaba infracción de preceptos constitucionales, la Sala 1ª del TS resolvió el recurso con una argumentación rica de matices, que no debe pasar desapercibida al intérprete²³.

La resolución razona que *«la alegación de que la cita de infracción de*

21 - MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, Ob. cit. Pág 142-143.

22 - MUÑOZ JIMÉNEZ FJ, Ob. cit. nota anterior pág 144-145. Añade algunas puntualizaciones: «la cita del art. 24 de la CE no dirigirá hacia el TS el conocimiento del motivo que lo invoque como infringido si se acepta que puede interponerse Recurso con Infracción procesal ante los TSJ, toda vez que el art 469.1.4 de la LEC configura como motivo propio de este recurso la vulneración de los derechos fundamentales que dicho artículo reconoce. Pero si se mantiene la opinión contraria, esto es, que dichos Tribunales solo están habilitados para conocer del Recurso de Casación, el criterio habría de ser por fuerza distinto, y entonces también entraría en juego la prevención del 5.4 de la LOPJ».

23 - En referencia al aludido Auto, dispone la Sala que habida cuenta el contenido del motivo 9º de casación, por providencia del magistrado ponente de 2 de octubre: Habida cuenta el contenido del motivo noveno del segundo recurso de casación, por Providencia del Magistrado Ponente de 2 de octubre de 2008 se acordó dar audiencia al M. Fiscal y a las partes a fin de que pudiesen informar acerca de si correspondía conocer al TS únicamente de dicho motivo 9º con base en el art. 5.4 LOPJ y declarar la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB para conocer de los restantes motivos de los recursos, de conformidad con lo establecido en el art. 478.1 párrafo 2º LEC.

*precepto constitucional atrae la competencia de la Sala 1ª del TS puede ser una opinión interpretativa deducible del art. 5.4 de la LOPJ, pero no parece la más razonable porque, aparte de abrir un portillo exorbitante al fraude casacional, ya que bastaría alegar la infracción de cualquier precepto constitucional para sustraer la competencia de los TSJ, en todo caso se desvirtuaría la **ratio** de la normativa legal en cuya virtud se crearon las Salas de lo Civil de dichos Tribunales y se les atribuyó el conocimiento del recurso de casación, que es la de que resolvieran las cuestiones sobre Derecho propio de la respectiva Comunidad Autónoma, manifestándose incluso, el criterio del legislador en un sentido especialmente favorable a tal solución, al atribuir a los TSJ los recursos de casación denominados mixtos, es decir cuando unos son sobre Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y otros no. Por lo demás, no es de ver como se puede plantear una contradicción por la relación entre la legalidad ordinaria y la constitucional, dado que en todo caso lo razonado por el TS en relación con la hipotética infracción de norma constitucional es vinculante para la Sala de lo Civil del TSJ, y de hecho así ha venido ocurriendo antes de la LEC 2000...»; ante estos razonamientos, ¿cómo se resolvió la cuestión?, la Sala Primera determinó que «el incidente suscitado debe resolverse en el sentido de que corresponde a esta Sala Primera del Tribunal Supremo decidir sobre el motivo o motivos que se fundamentan en infracción de precepto constitucional y a la Sala Civil y Penal del TSJ los restantes motivos»²⁴ y en base a ello la Sala acordó «que corresponde a esta Sala 1ª del TS conocer y resolver el motivo 9º del Recurso de Casación y una vez resuelto el mismo, según lo que resulte de ello, procederá disponer en su caso, la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares para que, como Sala de lo Civil, conozca de los restantes motivos admitidos».*

En recientes sentencias el TS tiene resuelto que cuando existen motivos en los que se alega vulneración de precepto constitucional (art 14-29 CE), corresponde inicialmente **la admisión** a la Sala Primera del TS y en caso de que se inadmitan tales motivos, se trasladará el recurso al TSJ, para que entienda de la vulneración conjunta de las vulneraciones de derecho civil propio de la CA y de Derecho civil común²⁵.

En el sentido expuesto el **4 de diciembre de 2008** el TS «dictó un Auto

24 - Por el Ministerio Fiscal se informó que dividir el recurso de casación y conocer de los motivos de vulneración de derechos fundamentales la Sala Primera del TS y de los restantes motivos la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, puede llevar a que se originen pronunciamientos contradictorios, dada la relación de la legalidad ordinaria con la constitucional, y eso parece que quiere decir el art. 5.4 de la LOPJ.

25 - Con estas previsiones y antecedentes jurisprudenciales, se puede ya determinar como juega la impronta del art. 5.4 de la LOPJ en el que se determina que en todos los casos que según la ley proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al TS, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

acordando que correspondía a su Sala Primera conocer y resolver un el motivo 9º de un Recurso de Casación fundado en norma constitucional, y que una vez resuelto el mismo, procedía remitir las actuaciones de la Sala Civil y Penal del TSJ de Baleares, para que, como Sala de lo Civil, conozca de los restantes motivos admitidos de los dos recursos de casación»²⁶.

Esta interpretación guarda coherencia con lo dispuesto para el proceso penal en el art. 852 de la LECr, según el cual en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional, que fue introducido mediante la disposición final 12ª párrafo 6º de la LEC 1/2000.

La Resolución dice que la alegaciones efectuadas en sentido distinto, carecen de consistencia porque *«la alegación de que la cita de infracción de precepto constitucional atrae la competencia de la Sala Primera del TS puede ser una opinión interpretativa deducible del artículo 5.4 de la LOPJ, pero no parece la más razonable»²⁷.*

El 31 de marzo de 2009, la Sala Primera del TS **pronunció Sentencia** y declaró *«no haber lugar a la estimación del Recurso de Casación en cuanto al motivo 9º (fundado en norma constitucional) y dispuso que se remitieran las actuaciones con emplazamiento de las partes a fin de que la Sala Civil y Penal del TSJ de Baleares conozca de los recursos planteados salvo el expresado motivo en lo que a atañe a su contenido constitucional»²⁸.*

He de destacar que los demandados habían aducido previamente que el

Ello es así a pesar de que se establezca también que los Jueces o Tribunales aplicarán la CE como norma suprema del ordenamiento jurídico conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el TC, tal vez porque la conexión entre este Tribunal de garantías constitucionales y un solo Tribunal Supremo facilita la uniformidad interpretativa en términos más asequibles que los que se puedan dar entre éste y los distintos Tribunales de las CCAA.

26 - Aunque no tratemos en este momento esta cuestión, avanzamos que se interpusieron dos recursos de casación que, entre otros motivos, denunciaban la infracción de normas de Derecho Civil privativo de Mallorca. En consecuencia, la competencia para conocer de ellos, viene atribuida en principio, a la Sala Civil y Penal del TSJ de esta comunidad Autónoma, de acuerdo con los art. 49.1 a) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad y 478.1 párrafo 2º de la LEC.

27 - En el aludido Auto se explicarán los argumentos, más con estas afirmaciones el TS está contestando el informe que evacuó el Ministerio Fiscal en el sentido de que no es posible dividir el Recurso de Casación y que conozca de unos motivos el TS y de otros la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Sustentaba la idea en la doctrina expuesta por el propio TS en Auto de 8 de septiembre de 2008, reiterativo de otro de 22 de enero anterior. En ello se razona que el art 5.4 de la LOPJ, supone, en definitiva, que a la hora de distribución competencial se ha efectuado un juicio de prevalencia para el conocimiento de los recursos basados en derecho foral que solo cede ante la infracción de precepto constitucional.

28 - El referido motivo 9º, afirmaba entre otras razones vulnerado el art. 117.3 de la CE en razón de haber fracasado en la instancia su pretensión reconvencional de que se declare la nulidad de la escritura notarial de aceptación del legado del residuo.

TS carecía de competencia funcional para pronunciarse sobre las posibles causas de inadmisión de los recursos de las partes, excepto del motivo que concernía al art 103.3 de la CE. La resolución desecha la objeción señalando en su razonamiento primero, que «*la competencia para el conocimiento del Recurso de Casación no cabe ser escindida por motivos*» y que el Auto del Tribunal Superior de 13 de febrero de 2003 «*no significa, como dice la parte, que esta Sala solo sea **parcialmente competente** para el conocimiento del recurso*».

*La Sala Primera del TS dictó finalmente Sentencia en el supuesto comentado, en fecha **31 de marzo de 2009** (STS 187/2009)²⁹. En la Sentencia aludida en el párrafo anterior, se hizo constar de forma muy clara que el TSJ de las Illes Balears es competente para entender de la infracción de los preceptos sustantivos de legalidad ordinaria cuando concurren en un recurso con preceptos de derecho especial aducidos por una, varias o todas las partes recurrentes. En términos de absoluta claridad, expresa lo siguiente «Sin perjuicio de que la hipotética infracción de los preceptos sustantivos de legalidad ordinaria pueda ser examinada por el Tribunal Competente (TS de Justicia de Baleares), con plena soberanía para resolver acerca de la misma, sin que ello suponga menoscabo alguno para la competencia de este TS». En definitiva pues el fallo declara no haber lugar a estimación del recurso de Casación en cuanto al motivo 9º, disponiéndose que se remitan las actuaciones al TSJ de las Illes Balears para que, como Sala de lo Civil, conozca de los recursos planteados, salvo el motivo expresado en lo que atañe a su contenido constitucional. En definitiva el TS lo remite al TSJ para que entienda de la totalidad del Recurso con la excepción del motivo 9º (de contenido constitucional).*

Según se razona en la Sentencia del TSJ de les Illes Balears de **1 de febrero de 2010**³⁰ (Recurso 1/2003 Pte: Muñoz Jimenez, Fco. Javier) que «*el art 207.3 de la LEC regula la eficacia intraprocesal de las resoluciones*

29 - Como habíamos indicado, podemos precisar que en el fecha 4 de diciembre de 2008 la Sala Primera del TS había dictado Auto acordando «que corresponde a esta Sala Primera del TS conocer y resolver el motivo 9º del Recurso de Casación y una vez resuelto, según lo que resulte de ello, procederá disponer en su caso, la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares, para que, como Sala de lo Civil conozca de los restantes motivos admitidos de los dos Recursos de Casación interpuestos contra la Sentencia de la sección 5ª de la AP de Baleares de 17 de octubre de 2002». El motivo 9º argumentaba que la Sentencia recurrida, al desestimar la reconvencción deducida en el juicio de mayor cuantía, infringe los principios de unidad jurisdiccional (art 117.3 de la Constitución y 2 de la LOPJ, de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, del principio de igualdad del art. 14 de la CE, del de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE, alegándose que el testamento tiene el valor de ley de la sucesión art 658 del CC y de que el testamento se presume válido y solo puede ser anulado por Sentencia). La aludida Sentencia se pronunció como consecuencia del Recurso de Casación 774/2003, Sentencia nº 187/2009, Pte: Corbal Fernández, Jesús.

30 - A la que se le remitió el recurso que le había mandado el TS, en virtud de lo dispuesto por el mismo en el fallo de la aludida y comentada Sentencia de la Sala primera a de 31 de marzo de 2009.

*judiciales firmes en los siguientes términos: las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el Tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto por ellas. La situación originada por el cambio de criterio del TS acerca del alcance de su competencia para resolver en grado de casación el presente litigio, suscita por tal razón el problema del valor actual de las decisiones que tomó el propio alto Tribunal el 19 de junio de 2007 y que el Auto de 4 de diciembre de 2008 aparenta mantener en orden a la admisión o rechazo de los plurales motivos del Recurso. Este Tribunal Superior de Justicia entiende de lógica que la **admisibilidad** de cada motivo concreto entraña que solo puede decretar el Tribunal **llamado a resolver sobre el recurso mismo**, toda vez que la competencia constituye presupuesto primordial de validez de las resoluciones judiciales. De ahí que, en defensa de las potestades decisorias que le confía la ley, no puede soslayar enjuiciar la admisión de los plurales motivos de recurso, (excepción del 9º) del que deducen los demandados. La solución se infiere con claridad del art. 61 de la LEC, el cual consagra la regla de que el Tribunal competente para conocer de un pleito lo es también para resolver sobre sus incidencias e igualmente del artículo 484, **a cuyo tenor el Tribunal de casación ha de examinar su competencia antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso** (apartado 1), **y será luego la Sala considerada competente la que continuará la sustanciación del recurso desde el trámite de admisión** (apartado 2). Ahora bien, la Sala (se entiende TSJ) ha estimado preferible **no reabrir el trámite de admisión** a fin de no dilatar todavía más el curso de los autos sin provecho. Por ello, ratifica ahora la inadmisión de los motivos descartados por el auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, los cuales ciertamente, incurren en causa de inadmisibilidad, y resolverá también en esta Sentencia sobre la admisión (y desestimación de algunos de los restantes), pues los hay que, como se verá merecían idéntico destino adverso»³¹.*

En fecha posterior no obstante el Tribunal Supremo en otro Recurso de Casación, **en Auto de 1 de febrero de 2011**, entre cuyos motivos existía uno de carácter constitucional, **inadmitió** todos los motivos, tanto los de Derecho civil como propio Balear, y con esta inadmisión total, finalizó el Recurso de Casación interpuesto por las dos partes contendientes, sin remisión de tipo alguno al TSJ. En el referido recurso (nº 83/2007), a través del escrito de alegaciones presentado por la representación procesal de X se solicita se declare la nulidad de la providencia en la que se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos presentados, en tanto a su juicio, aún no se ha declarado la competencia de este Tribunal

31 - Sobre la cosa juzgada ver TAPIA FERNANDEZ I, Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada al art. 222 de la LEC (discurso de ingreso en la Academia) Boletín de jurisprudencia y legislación de Baleares nº VIII pág 12-15.

(TS) para conocer de los recursos formalizados, conforme exige el art 484 de la LEC. Tal pretensión no puede prosperar. Esta Sala *«implícitamente, y sin perjuicio de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por el recurrente se considera, como se explicará, competente para resolver sobre la admisibilidad o no de los recursos formalizados. Solo en caso contrario, efectivamente, y tal y como indica la parte, debería haber procedido, previa audiencia de las partes, por diez días, a la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes ante la Sala que considere competente»*.

«En cuanto a la competencia funcional de esta Sala para conocer de los mismos» una de las partes recurrentes considera que el órgano funcionalmente competente para su resolución es el TSJ de le Illes Balears, el Tribunal frente a esta alegación contestará: « sin embargo, y pese a que en la formalización del recurso refiere la recurrente la vulneración de los art. 47 y 48 de la Compilación de derecho foral de Baleares, relativas a la cuota legitimaria de la viuda, lo cierto es que tal y como expone la AP de Palma de Mallorca en su Auto de 17 de enero de 2007, el presente proceso no versa sobre la cuota legitimaria, sino que el objeto del mismo se ha limitado a determinar si son o no nulas una serie de escrituras de compraventa otorgadas por D....., lo que sin duda puede provocar efectos en el patrimonio de los litigantes, como consecuencia de su relación familiar con él, pero no determina la aplicación de tales preceptos (de la Compilación se refiere), que se citan de modo instrumental. Ello, unido a que junto al recurso de casación se ha formalizado recurso extraordinario por infracción procesal fundado en la vulneración del art. 24 de la CE, ello supone, en fin, que la competencia funcional para el conocimiento de los presentes recursos venga atribuida al TS (art 5.4 de la LOPJ)».

En definitiva, se inadmite el motivo planteado por vulneración de precepto constitucional y lejos de remitirse las actuaciones al TSJ como en el anterior supuesto, **se inadmiten** el resto de motivos, con lo cual se da una solución distinta a la que la Sala del TS dio en el supuesto anteriormente comentado sin que se aplique la normativa correspondiente a la competencia funcional del TSJ. Tal vez, el hecho de que se **inadmitan** todos los motivos (frente a la inadmisión solo de algunos en el supuesto anterior), puede ser la causa de la diferente solución que se da a la cuestión en el presente supuesto por parte de la Sala Primera del TS. Ciertamente, si se hubiesen remitido las actuaciones al TSJ, no lo hubiesen vinculado las **inadmisiones** (excepto la constitucional) pronunciadas por el TS, pero al no haber sido así nos encontramos ante una solución, al menos aparentemente, desconcertante.

Cierto que el TS ha determinado su competencia funcional para el conocimiento de los recursos interpuestos, en base al artículo 5.4 de la LOPJ en relación al 24 de la Constitución, pero para el resto de los motivos, consideró la parte que el órgano funcionalmente competente es el TSJ,

máxime cuando existía alegación de vulneración de artículos de la Compilación de Derecho Foral de las Baleares, frente a cuya articulación la Sala primera del TS anticipa la respuesta alegando *«que la cita es meramente instrumental, ya que a través del referido motivo, lo que realmente pretende poner de manifiesto la parte es que el fallo no es completo. En definitiva plantea una cuestión de naturaleza puramente procesal, como es la relativa a defectos adolecidos por la Sentencia, que debió intentar ser corregida, en su caso, solicitando un complemento o aclaración de Sentencia para posteriormente exponerse, en su caso, a través del Recurso Extraordinario por Infracción Procesal»*. De lo expuesto puede deducirse que la inicial atribución competencial que el art. 478.1 de la LEC concede al TSJ, pueden ser a veces interpretada por la jurisprudencia de la Sala Primera del TS con excesivo rigor diferenciando lo que constituye en esencia la interpretación de la Compilación con lo que como causa de inadmisión discurre por derroteros esencial o primordialmente procesalísticos³².

Por ello, buscando la coherencia del sistema, y en evitación de que se produzcan soluciones dispares como las apuntadas, no debería existir inconveniente en que los TSJ resolviesen recursos en los que se alegasen motivos correspondientes a vulneraciones de garantías constitucionales. En este sentido, Miquel Masot considera desestabilizador el artº 5.4 de la L.O.P.J. que determina la competencia del TS en todo caso en el que se denuncien vulneraciones de derechos fundamentales relativos al proceso, considerando desestabilizadora la aludida norma: “és desestabilitzadora, ja que introdueix un punt de confusió dintre de l'esquema de distribució de competències entre el TS i les sales civils i penals dels TSJ. Particularment quan es considerava que la infracció de precepte constitucional atribuïa al TS el coneixement de tot el recurs. Venturosament avui és pacífica la consideració que la seva competència vendria limitada al coneixement de la infracció constitucional, tornant la causa a la Sala Civil i Penal del TSJ per a la resolució dels altres motius”. Considera en el mismo sentido “per altre part, les resolucions d'ambdós òrgans judicials poden donar lloc als corresponents recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional”.

Por tanto, al no estar configurado el TS como el superior en materia de garantías constitucionales (artº 123 de la C. E.), el TSJ podría entender en los supuestos de referencia, sin ser necesario el traslado competencial al TS.

Lo expuesto no choca sino que concuerda con lo establecido en el artº 9.1 de la Constitución que prescribe que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (obviamente

32 - La referida Sentencia del TS de 1 de febrero de 2011 fue dictada en el recurso de casación nº 83/2007.

entre los poderes públicos se encuentran los TS). En idéntico orden de ideas en el artº 7.1 de la L.O.P.J., se dispone que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

6. REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.

Como anticipábamos ninguna dificultad debe ofrecer el hecho de que se atribuyese al TSJ Balear la competencia para entender de la revisión de sentencias firmes, sea cual fuere el ordenamiento jurídico que se haya debatido a lo largo de la tramitación del procedimiento por cuanto carece de justificación su atribución al TS al amparo del art. 73.1 b) de la LOPJ, toda vez que la revisión de sentencias firmes es ajena a la genuina función unificadora del TS. Carece de justificación también que la atribución competencial hacia los TSJ se vea reducida a los supuestos en los que en las instancias se han debatido cuestiones relacionadas con el Derecho Civil Propio de la Comunidad. No se debe olvidar que la fundamentación jurídica que viabiliza la revisión de sentencias firmes pertenece a las leyes procesales y no a las sustantivas y que su peculiaridad radica en que constituyen excepciones a la cosa juzgada³³ y que en los supuestos en los que tiene mayor relevancia constitucional el seguimiento de estas revisiones, es en el Orden Jurisdiccional Penal en el que la omisión de una solución jurídica en estos supuestos excepcionales abocaría en una falta de tutela judicial efectiva y en una previa vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, establecidas tales normas en los apartados primero y segundo del art. 24 de la CE. En este sentido nos referíamos al anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal que introduce como supuesto de revisión la sentencia dictada por el TEDH en la que se condena a España por vulnerar algún derecho fundamental, siendo coherente que tal pronunciamiento del Alto Tribunal Europeo tiene como consecuencia en algunas ocasiones la modificación de una Sentencia dictada por Tribunales españoles, aún en el supuesto de que esta Sentencia haya adquirido cosa juzgada³⁴.

En definitiva, como antes referíamos al esbozar la cuestión, las demandas de revisión, **ni constituyen recursos** ni nada tienen que ver con la

33 - Sobre cosa juzgada ver TAPIA FERNÁNDEZ I, Consideraciones sobre la cosa juzgada, la luz de la nueva regulación dada al artículo 222 de la LEC. (Discurso de ingreso en la Academia) Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares nº 8 págs 5-54

34 - Ver SANCHEZ MONTENEGRO, JC en Revisión Penal. Edisofer SL, Madrid 2005 Pág 21. En el preámbulo de Bueno Arús a la obra, se ensalza la institución de la revisión en cuanto se decanta claramente por la justicia «debo confesar que una institución que pone la justicia y la protección del inocente por delante de la seguridad jurídica y la llamada santidad de la cosa juzgada...» constituye para el prologuista una de las instituciones más alabadas por los procesalistas.

uniformidad en la interpretación de la norma que aconseje la conveniencia de que sea el TS quien lo resuelva. Por ello abogamos para que sean los TSJ quienes entiendan en el futuro de estas revisiones de sentencias firmes, ya que se trata de cuestiones en las que por motivos obvios se intenta que prevalezca la justicia frente a la seguridad jurídica³⁵ ya que son nuevos hechos o circunstancias excepcionales que nada tienen que ver con el derecho civil propio, las que viabilizan tales demandas de revisión. Nos preguntamos pues por que razón los TSJ de las Comunidades Autónomas, solo pueden entender en estos supuestos cuando se haya debatido una cuestión referente al Derecho civil propio.

7.- LOS FUEROS PRIVILEGIADOS Y LOS TSJ.

La garantía del **aforamiento** significa una alteración de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial en virtud de la cual solo un Tribunal fijado legalmente es competente para enjuiciar a personas que gozan de inmunidad. La labor constitucional del parlamentario, para que pueda desarrollar su trabajo de forma totalmente independiente, exige que no pueda ser perseguido ni por el Poder ejecutivo ni el judicial por las opiniones que de; todo ello dio lugar al establecimiento de un aforamiento específico³⁶. En este sentido su existencia se justifica por las elevadas funciones jurídicas o políticas que cumplen quienes están protegidos por la inmunidad, garantizándoseles que no puedan quedar a merced del capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus venganzas políticas, razón por la cual se necesita una protección especial de su función.

Antes de solicitarse el suplicatorio a las Cortes, debe haber tenido lugar

35 - No de forma distinta se expresa MUÑOZ JIMENEZ cuando tratando de la cosa juzgada manifiesta que «la aplicación de la cosa juzgada, en todo caso, debe ser estricta, a mi juicio, de modo que las dudas fundadas sobre su apreciación se solucionen en su contra. La justicia del caso no debe sacrificarse en pro de la seguridad y la armonía de las resoluciones judiciales mas allá de lo imprescindible» Discurso de contestación al de ingreso en la Academia de Dña Isabel Tapia Fernández, por parte del Académico Sr. D. Francisco Javier Muñoz. Boletín de Academia de jurisprudencia de Baleares VIII Palma de Mallorca 2006 pág 68.

36 - GOMEZ COLOMER, JL y ESPARZA LEIBAR, I. en Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales. Tirant lo Blanch, Valencia 2009. Pág 178-179. En la misma obra, págs 44 y 45 entienden los autores que modernamente se atribuye sus orígenes al estado liberal y a la Revolución Francesa, marcando como hito el Decreto de 20 de julio de 1789, que proclamó abiertamente la inviolabilidad parlamentaria, rodeándola de determinadas garantías, contempladas por el Decreto de 26 de junio 1790, consecuente con su idea de trasladar la soberanía del rey a la nación, lo que se considera clave para entender el cambio del estado absoluto al liberal, y por tanto protegiendo al Parlamento y a su través a los parlamentarios frente al poder mediante la inmunidad.

algún tipo de investigación del delito y de la posible participación en el mismo de la persona que goza de inmunidad, por cuanto el trámite del suplicatorio no se abre automáticamente en el momento en que quede acreditada la función de Diputado o Senador o aforado del sospechoso de haber cometido el delito.

En este orden de ideas, refiriéndonos a la Sala Civil y Penal del TSJI, interesa destacar que en materia de competencia para conocer respecto de las personas aforadas a la aludida sala del TSJ, “la competencia para la admisión o inadmisión de la querrela, o para la instrucción de la causa, viene regulada en el artº 73.3.a) de la L.O.P.J. que autoriza a los Estatutos de Autonomía a reservar para dicha sala el conocimiento de determinadas causas penales.

Dicha competencia en relación, respectivamente, a los Diputados del Parlamento Balear, al Presidente del Govern Balear y a los miembros de este, tanto en el texto del EAIB dimanante de la L.O. 3/1999 de 8 de enero, como en el que resulta de la vigente LO 1/2007, de 28 de febrero, se confieren a esta Sala Civil y Penal para la inculpación, la prisión, el procesamiento y el juicio, pero no para la directa incoación de causa penal contra los aforados, ni para su inicial instrucción, ni para la simple imputación de los aforados” (todo ello según Auto del TSJIB de 3 de julio de 2009). En dicho Auto, que se remite a otros de la misma Sala del TSJ de idéntico contenido, finaliza disponiendo que: “por ello procederá remitir la causa al Decanato de los Juzgados que corresponda, a fin de que el Juez de Instrucción competente resuelva con libertad de criterio sobre la admisión o no a trámite de la querrela y, en su caso, practique las investigaciones que considere oportunas. Si agotadas las investigaciones considerase procedente alguna actuación que implique inculpación, prisión, procesamiento o juicio, respecto de alguna persona imputada cuya calidad de aforada haya sido debidamente acreditada se abstendrá de dictar Auto inibiéndose, como así mismo se abstendrá de remitir las actuaciones a este Tribunal, limitándose a elevar exposición razonada contra la que no se admitirá recurso alguno en tanto debe ser la Sala quien resuelva sobre su propia competencia para conocer”.

Una cuestión jurídicamente complicada consiste en determinar el valor procesal de los actos de investigación que hubiera acordado el Juez de instrucción en uso de sus competencias y que afectasen a derechos fundamentales del imputado, antes de que se supiera que el autor del delito podría ser un Diputado o Senador. La ley no dice nada al respecto. Hoy la jurisprudencia (véase el caso Filesa) ha resuelto la cuestión determinando que es el Juez de Instrucción el que debe ponderar y valorar la necesidad de practicar dichos actos de investigación, que son perfectamente válidos, sin que puedan ser atacados de nulidad alguna, cuando se han practicado sin haberse solicitado todavía el suplicatorio, porque no se sabía que el imputado

era un parlamentario (TS, 28 octubre de 1997, r.a. 7843/1997, caso Filesa)³⁷. Gómez Colomer da una serie de datos sobre la infinidad de casos de aforamientos que tenemos, toda vez que si a los parlamentarios añadimos otros campos como el judicial o fiscal (de menor incidencia cuantitativa en la vida judicial) y si contamos también a los miembros y cuerpos de seguridad que también están aforados, la cifra es realmente escandalosa. Ante esta situación, la competencia de los TSJ (y del TS) deben ineludiblemente verse condicionada por tantas y tan amplias competencias como las que la ley atribuye a los aforados; si a ello le unimos la extensión y complejidad de las causas en las que están implicados estos ciudadanos, el resultado obvio es una saturación de los Altos Tribunales entre los que se encuentran los TSJ.

8. EL DERECHO AL RECURSO EN SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y LA COMPETENCIA DE LOS TSJ.

Si a ello le unimos las competencias que va a tener que asumir los TSJ derivadas de la generalización de la doble instancia penal y encaminadas al cumplimiento de lo dispuesto en el art 14.5 del PIDCP de 1966 firmado en New York, y dispuesta ya esta apelación en el art. 73.3 c) de la LOPJ que prevee el conocimiento de los recursos de apelación contra resoluciones dictadas en primera instancia por AAPP, la ocupación de los TSJ llegará a ser **preocupación**, aunque de momento, conforme a lo previsto en la disposición final segunda de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, se concedió al Gobierno un año para rendir a las Cortes los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas en la LOPJ. Esto supone que se mantiene la competencia para conocer además de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en el proceso ante el Tribunal del Jurado, atendido el art. 846 bis de la LECr, competencia que se aumenta en el anteproyecto de código procesal penal ensanchando el campo de aplicación de los delitos conexos .

La suscripción por nuestro país del PIDCP, en cuyo art 14.5 se consagra el derecho de toda persona condenada penalmente a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidas en vía de recurso a un Tribunal Superior (en sentido semejante se manifiesta el Protocolo 7º al CEDH, el cual ha sido

37 - GOMEZ COLOMER, JL ¿Demasiados aforados? Diario el País, 6 de abril de 1995, sección debates, pág 13. En dicho artículo decía que «me causaba sorpresa que el Gobierno no hubiera aprovechado la ocasión para atajar el problema de verdad, es decir, para reducir drásticamente los aforamientos existentes en España en vez de aumentarlos. Y es que la institución del aforamiento en España no tiene disculpa y perdón alguno. Somos el país que más aforamientos contempla».

ratificado por España), y, de otro lado, el hecho de que el art. 10.2 de la Constitución obligue a los poderes públicos a interpretar los Derechos Fundamentales de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados y Acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, según Garberí Llobregat³⁸ «*originó que desde un principio, el TC otorgara carta de naturaleza específica al derecho fundamental a los medios de impugnación en la esfera penal* (STC 29/2008, de 20 de febrero y 48/2008 de 11 de marzo)».

Aunque no haya existido por el momento desarrollo procesal, el legislador deberá acoger la tesis medular en virtud de la cual, cuando la revisión judicial tiene lugar sin audiencia pública, sin intermediación (respecto de la prueba de carácter personal), y permitiendo únicamente la revisión de las cuestiones, **se vulnera el PACTO**.

Esta vulneración tiene lugar, como expuse en reciente monografía refiriéndome a la jurisprudencia del TC, cuyo bastión se alza con la Plenarial Sentencia del TC nº 167/2002, que afecta a las sentencias absolutorias en primera instancia, que son revocadas convirtiéndolas en condenatorias, en sede de apelación³⁹.

En cualquier caso, el referido estado de cosas⁴⁰ condujo a que la generali-

38 - GARBERÍ LLOBREGAT, J. Constitución Española y Derecho procesal, Civitas, Thomson Reuters, Navarra 2009 pág 196. Afirma el autor que este derecho lo incorpora la jurisprudencia del TC (STC 246/2007) al derecho al proceso justo. Pero al asimilarlo también a la observancia del principio pro actione en la interpretación y aplicación de las normas procesales reguladoras de la admisión de los recursos, llega aquí hasta sus últimas consecuencias (tal y como lo hacía en el marco de un derecho de acceso a los órganos judiciales). Ver también SUAÚ MOREY, J en Tutela Constitucional de los recursos en proceso penal. Bosch Barcelona 1995, exponiéndose en pág 106 algunas opiniones que aclaraban que cuando se habla de Fallo se está refiriendo a que el recurso contra el mismo, no solo cabe en cuanto a la aplicación de la norma sino también a la fijación de los hechos que fundamentan el juicio jurídico de la Sentencia, lo que equivale a la posibilidad de revisar la actividad probatoria judicial de la instancia; recogiendo (pág 79) como Cortés Domínguez al tratar sobre el Recurso de Apelación le confería el carácter de medio de impugnación a la vez que de medio de gravamen mediante el cual se somete a revisión la justicia de la resolución.

39 - SUAÚ MOREY, J. Intermediación y apelación en el proceso penal. Bosch, Barcelona 2010 pág 76. En el Anteproyecto de CPP, se potencia la apelación de sentencias condenatorias, se viabiliza su apelación por el condenado, mientras que los acusadores (y otras partes perjudicadas) tienen mermadas las posibilidades de apelación de sentencias absolutorias, en lo que se refiere al pronunciamiento penal. Todo ello a pesar de que el TC había mantenido que del tenor literal del artículo 14.5 del PIDCP, no se deduce que se establezca propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un tribunal superior, su misión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley por lo que esta fijará en cada país sus modalidades.

40 - La libertad de configuración de la doble instancia a la que se refería el TC, no ha coincidido sin embargo con la opinión del órgano encargado de la supervisión del cumplimiento

zación de la doble instancia fuera acogida como una de las reformas a llevar a cabo de manera inmediata, como constaba en el Pacto de Estado para la reforma de la justicia de 2001 (apartado 3º y 17 e)⁴¹.

Hay que resaltar que no solamente el PIDCP se haya suscrito y ratificado por España sin reserva alguna, y que forma parte por tanto de nuestro Derecho interno art 96.1 de la CE y a la par interpretativa de las normas relativas a los Derechos Fundamentales y libertades que reconoce la CE (10.2 CE), **lo mismo sucede con el Protocolo adicional 7 al CEDH que ha sido ratificado por España también por lo que le vincula jurídicamente al ser un estado parte en el mismo**, habiendo entrado en vigor en nuestro país el 1 de diciembre de 2009⁴². Aunque como sostiene Arangüena Fanego⁴³, aún sin su entrada en vigor y de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, tiene la obligación, de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del Protocolo Adicional nº 7 por ser Estado firmante del mismo.

Por lo expuesto no se puede ignorar que la carga competencial que tendrán los TSJ al recibir los recursos de apelación a los que nos estamos refiriendo, puede preverse que será enorme. Sea cual fuere la naturaleza y los motivos

del PIDCP por sus Estados parte, el Comité de Derechos Humanos de las NNUU, que desde finales de los años noventa ha ido anunciando distintas y reiteradas decisiones contrarias a esta interpretación. Ténganse en cuenta los Dictámenes contrarios a España del Comité de Derechos Humanos de las NNUU (caso Gómez Vázquez, decisión 701/1996, comunicada el 11 de agosto de 2000; caso Semey, 986/2001, comunicada el 19 de septiembre de 2003; caso Sineiro Fernández, decisión 1007/2001, comunicada el 19 de septiembre de 2003; caso Alba Cabriada, decisión 1001/2002, comunicada el 15 de noviembre de 2004; caso Martínez Fernández, decisión 1104/2002, comunicada el 25 de mayo de 2005).

41 - Insistiendo en los diversos instrumentos internacionales que (unidos a las decisiones del Comité a las que antes nos referíamos, que exigían una reforma urgente, actualmente llevar a cabo orgánicamente pero no en vigor por inexistir plasmación en leyes procesales), dimanar del PIDCP (art. 14.5: textualmente expresivo de que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley» fechado en New York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante instrumento de 27 de abril de 1977 (BOE del 30, del año y mes citados, y el Protocolo Adicional al Convenio de Roma, nº 7, art. 2, adoptado el 22 de noviembre de 1984).

42 - El aludido Protocolo introduce los derechos al doble grado de jurisdicción en materia penal, a indemnización por error judicial, a la igualdad entre los esposos, así como ciertas garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros al principio de ne bis in idem.

43 - ARANGÜENA FANEGO, C. La proyectada generalización de la doble instancia en las causas penales por delito, pág. 133 dentro de la obra general Realismo jurídico y experiencia procesal, Atelier, Barcelona 2009, de autores varios como Líber Amicorum en homenaje al Profesor Serra Domínguez.

del recurso de apelación que se instaure⁴⁴.

Antes de abandonar esta cuestión conviene a los efectos de nuestro estudio, recoger una esquemática visión del sistema vigente y contemplar que tal sistema muestra que la doble instancia se adopta tanto en el enjuiciamiento de las faltas como en el de aquellos delitos que pudiéramos calificar como de menor entidad (genéricamente, aquellos que llevan aparejada pena privativa de libertad no superior a 5 años), al disponerse contra las sentencias recaídas en estos procesos el recurso de apelación y estando vedado en ambos casos su acceso a la casación. A ello se une (como recordará en Ob.cit. Arangüena Fanego) (43) el enjuiciamiento de las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado en el marco de la Audiencia Provincial, con la importantísima peculiaridad de que la sentencia dictada en apelación por el TSJ es a su vez susceptible de recurso de casación ante el TS. También para el enjuiciamiento de menores por el cauce especial de la LO 5/2000, para el cual se dispone de un recurso ordinario (apelación) con posibilidad en determinados casos de un ulterior recurso extraordinario (casación para unificación de doctrina).

9. LA REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES ANTE LOS TSJ.

El renovado incidente de nulidad de actuaciones se incluye en la reforma de la LO del TC que afecta al art. 241 de la LOPJ dedicado a diseñar el incidente de nulidad de actuaciones. Dicho precepto contemplaba la posibilidad de instar la nulidad de actuaciones judiciales fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo y tras la reforma que introduce la Disposición Final primera de la L.O. 6/2007, dicha nulidad puede instarse por cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la CE. Con esta ampliación del ámbito material del art. citado de la LOPJ, el legislador consolida la competencia de los Tribunales ordinarios para corregir las violaciones de Derechos Fundamentales.

No podemos olvidar que ante los TSJ también se plantearán las peticiones de nulidad de actuaciones (en los supuestos en los que no quepa ningún otro recurso) que ocasionarán la tramitación del oportuno incidente, como requisito previo al planteamiento de un futuro recurso de amparo, siendo

44 - Conviene recordar en este sentido que el CGPJ ha informado que es contrario a la naturaleza de la segunda instancia que los órganos ad quo y ad quem estén a mismo nivel jerárquico, siendo anómalo que un mismo órgano se constituya ad casum, aunque conforme a criterio preestablecidos legalmente.

cuestión muy relevante el requisito de la motivación de la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones⁴⁵.

En este sentido la Disposición Final primera de la LO 6/2007, empieza sentando la regla general de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones para a continuación regular su admisión excepcional. No se trata de una referencia a la admisión a trámite de la pretensión de nulidad, sino a la admisión de esta vía que permite atacar una resolución firme para reclamar su nulidad y la de todo o parte del proceso en que se ha formulado. Sin embargo, esta referencia genérica ya da la pauta a seguir, la de interpretar restrictivamente esta figura en atención a su excepcionalidad.

Si la subsidiariedad del Recurso de Amparo proyecta sobre el recurso de nulidad de actuaciones (siempre en los casos en que proceda) la protección de aquellos derechos y garantías procesales (art. 53.2 CE) que sin tal tamiz correspondería entender al TC, ésta inicial restricción y excepcionalidad entendemos que no podrá erigir en obstáculo, cualquier intento del recurrente de reaccionar contra la vulneración de tales garantías procesales fundamentales. En definitiva, ante el previsible aumento de competencias de los TSJ, mayor será el porcentaje de incidentes de nulidad de actuaciones que obligatoriamente tendrán que plantearse ante ellos (o ante la jurisdicción ordinaria en general) como vía previa al amparo, al que se le potencia su carácter **subsidiario** (que impide que conozca ex novo cuestiones que no se han suscitado ante la jurisdicción ordinaria).

Finalmente como ya tenemos expuesto, en lo referente a la posible derivación competencial hacia los TSJ de las **revisiones** de sentencias firmes, podría añadirse, con las modificaciones legales pertinentes de tipo orgánico, la derivación hacia los TSJ de aquellos litigios que traten de cuestiones relativas al Derecho propio de nuestra Comunidad, que hayan sido sustanciados fuera de la misma; en estos supuestos la función genuina de la Casación, la que tiene lugar en aras a la interpretación del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, debería ser asumido por esta. En caso de que el Recurso de Casación correspondiese al TS, se produciría una bicefalia interpretativa contraria a las funciones uniformadoras y nomofilácticas de la Casación. No obstante según el art. 73.1.a) de la LOPJ, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, conocerá como Sala de lo Civil, del Recurso de Casación que establezca la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. El

45 - SUAU MOREY, J. Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LO 6/2007 de 24 de mayo. Requisito congruente con el carácter subsidiario del recurso de amparo. Una de las cuestiones que aborda el autor es si la intención del legislador (al introducir el incidente renovado y ampliado), fue o no desarrollar el artículo 53.2 de la Constitución. Revista Jueces para la democracia, nº 61, marzo 2008, pág 124 y 125.

carácter único y último del Recurso de Casación se vería defraudado ante la posibilidad de interpretaciones diversas, produciéndose la frustración, no solo en el concreto supuesto sino que podría resultar perjudicada la proyección en lo que a futuros supuestos se refiere, de la unidad interpretativa en pro de la ambigüedad. No se nos oculta la existencia de dificultades legales para cometer esta modificación, mas es imprescindible su consideración. En definitiva el aumento cuantitativo y cualitativo de la dedicación de los TSJ exigirá la implantación de reformas orgánicas a no muy largo plazo.

10.- CONCLUSIONES.

De las lecturas que puedan realizarse de este trabajo, se han ido desgranando a lo largo del mismo las conclusiones, incluso en ocasiones anticipándolas al posterior razonamiento, por lo que no cabe otra cosa que insistir en la enorme importancia y potencialidad de los Tribunales Superiores de Justicia, que junto a las atribuciones que tienen encomendadas y que han ido aumentando progresivamente (véanse las referencias al orden Contencioso-administrativo y Social), irrumpirán las derivadas de la doble instancia penal generalizada (mejor llamada revisión de sentencias penales condenatorias, si se quiere cubrir el minium exigido por los Tratados y Acuerdos internacionales sobre Garantías Fundamentales y Derechos Humanos), la nulidad de actuaciones que se requerirá previa al amparo (en el sentido expuesto) y otras que se han ido también exponiendo.

Las infracciones procesales, como se ha visto, tienen el conducto adecuado ante el TSJ concurrentes con la motivación basada en la normativa del Derecho específico y propio de nuestra Comunidad Autónoma.

Todo ello requerirá la instauración de medidas legislativas (algunas ya previstas en la LOPJ) como la creación de una Sala Penal, otras deberán ir configurándose. Se pasará en definitiva (se está pasando) de la “desocupación” de los primeros años a la “saturación” que puede avecinarse (la aludida doble instancia penal, la Ley de Jurado, el fuero privilegiado de los aforados, etc.).

Las genuinas funciones casacionales (uniformadoras e igualitarias en la aplicación de la ley) que constituyeron la esencia de la creación de los TSJ por el contrario, no son porcentualmente las más numerosas aunque su función sea esencial. En cualquier caso cabe valorar muy positivamente su actualidad, interés y viveza; a la par, discurre la potenciación y estímulo de las instituciones de nuestro Derecho civil desde el plano doctrinal y de la investigación, que se debe a la Academia de Jurisprudencia y Legislación e igualmente a la U.I.B. y al I.C.A.I.B.