

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL VOCAL JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO AL INFORME APROBADO POR EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SESIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2005 AL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, LEY 29/1998 DE 13 DE JULIO REGULADORA DE LA JURISCCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA Y LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE RECURSO DE CASACIÓN, DE DOBLE INSTANCIA PENAL Y DE JUSTICIA DE PROXIMIDAD.**

1º.- Quien suscribe este voto particular votó a favor del Informe al que se hace ahora voto concurrente por coincidir en su contenido en líneas generales. No obstante, y en la medida en que existía disenso en dos temas concretos que, aún de trascendencia, no era suficiente para generar un voto negativo a dicho Informe, conviene formular este voto al efecto de poner de manifiesto la citada discrepancia.

La primera discrepancia se produce en el tratamiento que da el Informe a la modificación que pretende efectuar por el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial al Art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo a su párrafo primero el siguiente texto “Los jueces y tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación e informe reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo”. Ciertamente no es ese Anteproyecto objeto del citado Informe aunque si de otro aprobado en la misma sesión plenaria de este Consejo General del Poder Judicial. No obstante, en el Informe al que se efectúa este voto concurrente se justifica su estudio en la necesaria unidad de trato con los otros temas debatidos, pues unos y otros vienen a determinar las atribuciones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro ordenamiento jurídico.

La obligatoriedad de aplicar las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación de informe reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo se interpreta en el Informe aprobado como la vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y efectivamente la nueva dicción del precepto parece avanzar en dicho sentido, aunque no enuncie de forma expresa este carácter vinculante.

El problema es viejo en nuestro Derecho y ha dado lugar a reiterados pronunciamientos de nuestros más destacados juristas.

Ese carácter vinculante de la jurisprudencia, desde luego no indiscutido, ha sido reclamado por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y particularmente

por el informe realizado por el propio Tribunal Supremo en el documento denominado, “Propuesta de Reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales”, redactado y aprobado por iniciativa del propio Tribunal y que aparece incorporado al Tomo en el que se publicó el discurso de Apertura de Tribunales pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo el 15 de septiembre de 2000.

En el se sostenía expresamente “que resulta ineludible proclamar el valor vinculante de la jurisprudencia, entendiendo por tal el criterio reiterado seguido en la aplicación de la interpretación de la ley por el Tribunal Supremo, en cuanto constituye la garantía fundamental del ordenamiento jurídico”.

Esta cuestión dista mucho de considerarse pacífica y no es aceptada incluso por todos los integrantes del Tribunal Supremo. Los órganos jurisdiccionales están sometidos al imperio de la ley, tal como dice el Art. 117.1 de la Constitución, no a lo que diga la jurisprudencia, la cual complementa –como dice el Art. 1.6 del Código Civil- el ordenamiento jurídico (Xavier O’Callaghan).

El valor vinculante de la jurisprudencia se critica porque implica un anquilosamiento y petrificación de la propia jurisprudencia e impide participar en su creación al conjunto de órganos jurisdiccionales, la jurisprudencia no viene configurada simplemente por las decisiones reiteradas del Tribunal Supremo sino por la colaboración de todos los jueces y tribunales al resolver los litigios ante ellos planteados sin perjuicio de que el Tribunal Supremo sea el órgano jurisdiccional catalizador de los criterios para interpretar y aplicar el ordenamiento (Peces Morate).

Son efectivamente los órganos inferiores quienes deben actuar como motor de la jurisprudencia propiciando su evolución a través de la aportación de nuevos elementos valorativos, sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento a las decisiones del Tribunal Supremo, es además, difícilmente compatible con el principio de independencia judicial el obligar al juez a atenerse estrictamente al precedente jurisprudencial, pretendiendo de todo nuevo intento de valoración encaminado a lograr la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo.

La obediencia ciega reforzada por consideraciones de orden jerárquico, a las decisiones de un tribunal superior es susceptible tenida consideración desde el punto de vista de la independencia judicial (Xiol Ríos).

La fuerza vinculante de la jurisprudencia supone además la petrificación de la interpretación pues el propio sistema de recursos para unificación de la misma

que diseña el Anteproyecto de Ley impediría que el Tribunal Supremo pudiese revisar su propia jurisprudencia.

Ciertamente que para impedir estos efectos se ha defendido la posibilidad de que los jueces y tribunales que consideren preciso apartarse de la jurisprudencia vigente del Tribunal Supremo para poder dar una resolución más adecuada al caso formulen ante el Supremo la cuestión previa (Bacigalupo), a fin de que por el Tribunal Supremo se reexamine su propia jurisprudencia.

Este criterio fue mantenido por el Tribunal Supremo en el Informe antes citado, pero con independencia de que el planteamiento de esta cuestión no se contempla en la ley no solucionaría los problemas de fondo (vinculación de los jueces exclusivamente a la ley, independencia del juez frente a lo que no sea ley y participación en la creación de la jurisprudencia).

Evidentemente el reforzamiento del carácter vinculante de la jurisprudencia a que se refiere el Informe busca una mayor seguridad jurídica y eficacia judicial pero esta finalidad se alcanzaría con la función unificadora que se atribuye al Tribunal Supremo y por el constatado seguimiento de los tribunales de la jurisprudencia sin perjuicio de que enfrentado el tribunal a la convicción de aplicar una jurisprudencia errónea pudiese apartarse de ésta motivando las razones por las que así lo hace y apreciando al Tribunal Supremo en su función unificadora la posibilidad de corregir o enmendar la decisión adoptada por el tribunal inferior si su motivación no resultase lo suficientemente convincente.

**2º.-** Se discrepa también del Informe en lo que hace a la recomendación de suprimir el recurso de apelación frente a las sentencias absolutorias, por motivos de hecho.

Parece más adecuado el tratamiento que establece el Anteproyecto de Ley en el Art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme al cual el recurrente en la apelación penal si fundamenta su apelación en error en la apreciación de prueba de carácter personal vinculada al principio de inmediación, podrá solicitar la reproducción ante el tribunal “ad quem” de la grabación de la prueba practicada en primera instancia.

Dicho precepto responde a la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca de la STC 167/2002 que impide la revocación en segunda instancia de sentencias absolutorias sin que sea efectuada sin una nueva apreciación y valoración de la prueba por el tribunal de apelación.

Propugna el Informe frente a estas modificaciones la supresión del recurso en las sentencias absolutorias, en estos casos. Las razones esgrimidas se refieren a

imposibilidad material de los tribunales a revisar nuevamente la totalidad de la prueba y visionar las grabaciones, lo que podría colapsar los tribunales de segunda instancia.

Con independencia de que este colapso no podría conducir a, ni ser razón bastante para disminuir la tutela de derechos, como los de las víctimas o los de los que pudiesen obtener una indemnización civil que se podrían ver afectados, este colapso no es de prever se produzca.

Ello es así porque las sentencias absolutorias, como consecuencia de las precauciones procesales que tienden a evitar la denominada pena de banquillo, es decir, el enjuiciamiento si no existen elementos sólidos para formular acusación, constituyen un porcentaje que difícilmente alcanza un tercio del total dictadas, y de ellas habría que extraer las que versen sólo sobre la aplicación del derecho y aquellas que aún siendo absolutorias no fuesen recurridas.

No es por lo tanto razonable pensar en este colapso de los tribunales y justificar en él la privación de la doble instancia porque aunque ciertamente ésta tiene su pleno significado en las sentencias condenatorias, no es menos cierto es un principio que inspira el conjunto de nuestro sistema procesal y sería difícilmente entendible que sólo se excluyese de la apelación las sentencias absolutorias dictadas en un proceso penal.

Madrid, 6 de octubre de 2005

Javier Martínez Lázaro