

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona
(Coord.)



Documenta
Universitaria

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) APL

L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya / Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, 2023. -- 1070 pàgines ; 23 cm
Conté: El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo / Jesús Delgado Echeverría ...
ISBN 978-84-9984-672-0

I. Delgado Echeverría, Jesús. Papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo II. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona 1. Dret civil -- Legislació -- Catalunya 2. Catalunya. Codi civil

CIP 347(467.1) APL



No es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades per altres persones que no siguin les propietàries dels drets. És la llicència més restrictiva ja que només permet que altres persones es descarreguin l'obra i la comparteixin amb altres sempre i quan en reconeixin l'autoria, però sense fer-ne modificacions ni ús comercial.

© dels textos: els seus autors

© de l'edició: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria

ISBN primera edició: 978-84-9984-659-0

Segona edició, ampliada, revisada i actualitzada als RDL 5/2023 i 6/2023.

ISBN: 978-84-9984-672-9

DOI: 10.33115/b/9788499846729

Girona, 2024

Les Vint-i-dosenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Drets i Memòria

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi Notarial de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi de l'Advocacia de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de l'Advocacia de Figueres

Sumari

Primera ponència El paper de la jurisprudència en el dret civil català actual

El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo	11
Jesús Delgado Echeverría	
La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.....	44
Francisco de P. Blasco Gascó	
La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional.....	109
Francisco Javier Pereda Gámez	
Tècnica cassacional i accés al TSJC.....	160
Joaquim Bayo Delgado	

Segona ponència L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

Llibre primer del Codi Civil de Catalunya

Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad	206
Fernando Lacaba Sánchez	

Alguns problemes de l'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció. Èmfasi especial en el camp de la responsabilitat civil	263
Sonia Ramos González	

Llibre segon del Codi Civil de Catalunya

Jurisprudència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....	306
Maria Eugènia Alegret Burgués	

Adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable*	354
Albert Lamarca i Marquès	

L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència	448
Esther Farnós Amorós	

Llibre quart del Codi Civil de Catalunya

Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM	513
Jesús Gómez Taboada	

La sucesión testada en Catalunya: práctica notarial, jurisprudencia y doctrina de la DGDEJM.....	542
Pablo Vázquez Moral	

Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals.....	622
Enrique Peruga Pérez	

Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya

La jurisprudència sobre el libro quinto del CCCat.....	654
Antonio Recio Córdoba	
La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya	694
Esther Sais Re	
El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya	712
Rosa Milà Rafel	
La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació	752
Miriam Anderson	

Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya

La primera experiència en l'aplicació judicial del nou llibre sisè del Codi civil de Catalunya	816
Jordi Seguí Puntas	

Comunicacions

La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación civil autonómica	846
José-Ramón García Vicente	
La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses de la comunitat de propietaris	863
Tomàs Gabriel García-Micó	
Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris: anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat	876
Guillem Izquierdo Grau	

El usufructo con facultad de disposición: su desarrollo por la jurisprudencia en Cataluña	909
M ^a Patricia Represa Polo	
Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona.....	935
Rosa M. Garcia Teruel	
El Dret català de contractes: del Dret <i>aplicable</i> al Dret <i>aplicat</i>	967
Lídia Arnau Raventós	
L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials	985
Roger Barat i Rubio	

La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional

Francisco Javier Pereda Gámez

Magistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona

President de la Secció 18ª (Infància, Família i Capacitat)

Sumari

1. Introducció

2. Una relació particular

3. La funció d'instància

4. La competència decisòria i el cercle decisonal

5. La funció cassacional

5.1. L'origen

5.2. La funció

5.3. L'estat actual

5.4. Les noves orientacions en el projecte de Llei d'eficiència processal

6. Un enfocament diferent: el reflex del cercle decisonal en la casació

6.1. Captació, interpretació, valoració i utilitat de la prova

6.2. Afirmacions fàctiques, ponderació, confrontació i orientació de l'anàlisi

6.3. Elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius

6.4. Part dispositiva, argumentació, virtualitat i signatura de la decisió

7. Recapitulació

«No et rendeixis, que la vida és això, continuar el viatge, perseguir els teus somnis, destravar el temps, córrer la runa i destapar el cel»

Mario Benedetti

1. Introducció

Pretenc amb aquest treball una reflexió sobre el treball de les Audiències Provincials en tant constitueix el pressupòsit de la tasca cassacional del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. La sentència de l'Audiència Provincial és, podem dir, «l'objecte cassacional», el material de base sobre el que el Tribunal Superior treballa i desenvolupa la seva funció. La seva feina, sotmesa a estrictes regles, es centra en «disseccionar» la sentència de l'Audiència Provincial per a valorar si infringeix una norma legal o una norma jurisprudencial. Cerca, així, la nomofilaxi legal i, darrerament, el respecte de la «doctrina» o de la norma jurisprudencial i les seves sentències són el resultat d'un procés intel·lectual quin paradigma és la defensa de la seguretat jurídica.

En principi, la funció de la cassació no és revisar tot el procés, ni la valoració probatòria de la sentència d'apel·lació, però, a la pràctica, el Tribunal Superior no acaba de superar la crítica sobre la invasió per part seva de la funció de les Audiències (sobirana quan a la apreciació de la prova, també quan a la qualificació jurídica, com intentaré justificar). Aquest és un debat recurrent. Persisteix una actuació del Tribunal Superior que massa sovint, es diu, actua com a «tercera instància», potser perquè, dic, no resten clars els respectius camps de treball i s'imposa la «superioritat».

La relació entre aquests tribunals no sembla dialògica i aquesta és una primera qüestió a analitzar, tot intentant entendre de quina mena de vincle es tracta. Cal, després, definir amb la major claredat la funció de la (segona) instància, el que em portarà a analitzar com es conforma la sentència de la Sala d'Apel·lació.

Aquest enfocament és important, perquè només descrivint com resollem, com prenem les decisions, podrem acostar-nos als límits de la funció cassacional. Entenc que cal superar el «sil·logisme jurídic» i la dualitat prova-dret, perquè el procés decisorí és molt més complex. He

intentat demostrar en altre lloc¹ que els jutges i jutgesses duem a terme un procés que no es limita a valorar les proves i aplicar el dret, sinó que passa per una fase d'«in-tensió» (tensió cap endins), l'anàlisi, i per una altra fase d'«ex-tensió» (tensió cap enfora), la decisió pròpiament dita, bàsicament entorn de l'argumentació jurídica i l'estudi del context de la resolució i dels seus efectes. Si la prova és sobirania del tribunal d'instància i són seus també els processos d'*in-tensió* i *ex-tensió*, ha de ser molt més clar situar la funció cassacional en el seu propi àmbit, el dels referents normatius.²

D'aquesta manera sostinc i intentaré justificar que la «doctrina jurisprudencial» no és sinó un nou referent normatiu que les Audiències apliquem, i en aquest sentit, cal considerar només la «norma jurisprudencial». La successió de casos concrets (per exemple, en matèria de guarda compartida) no constituïria doctrina jurisprudencial, no seria un referent normatiu, sinó un «precedent», no en el sentit anglosaxó, sinó com a element interpretatiu. Les sentències concretes del Tribunal Superior que no «senten doctrina» podrien donar lloc a seguiment dels òrgans judicials inferiors, en raó de la coincidència dels fets contemplats en els successius plantejaments cassacionals i la repetició d'aquest seguit de sentències, podria marcar una tendència. Però no actua com a referent normatiu.³

- 1 Defenso que hi ha quatre fases en la presa de decisions (la prova, l'anàlisi, els referents normatius i la decisió) i que cada una d'aquestes fases inclou, a la vegada, un procés circular en quatre passes. A la data d'entrega d'aquesta ponència, està pendent de publicar un treball sota el subtítol «Reflexiones sobre la competencia decisoria y el círculo decisional» i en sis entregues: «El juicio precipitado, casi siempre es errado» (I), que estudia el cercle decisional que reproduïxo a l'apartat 4 d'aquesta ponència; «A buen juez mejor testigo» (II), dedicat a l'estudi en profunditat de la fase probatòria; «El buen juez por su casa empieza» (III), sobre l'anàlisi de les afirmacions fàctiques, la seva ponderació, la seva confrontació amb màximes d'experiència i la seva orientació (el material probatori depurat); «Hecha la ley, hecha la trampa» (IV), sobre els referents normatius (normes i principis, interpretació, validació i qualificació jurídica); «Pleitos tengas y los ganas» (V), dedicat a la decisió, la seva argumentació, virtualitat i consagració; i «La experiencia es la madre de la ciencia (y VI)», sobre els models d'abordatge (i de jutges) que s'hi deriven.
- 2 Per referents normatius entenc el conjunt normatiu, complex, que inclou normes, principis i valors, i que s'han de tenir en compte per a la resolució del cas.
- 3 L'ús del «precedent» en el sentit que defenso, no és un bagatge propi de l'Audiència és un bagatge aliè (del Tribunal Superior de Justícia, del Tribunal Suprem) i no actua com a «referent normatiu» (ni com a «doctrina jurisprudencial», ni com a font de dret). Es tracta d'una experiència interpretativa aliena que, tot i això, constitueix un instrument metodològic valuós en la tasca d'interpretació jurídica de la norma (en el procés d'in-tensió), en el pas segon de la fase tercera, en el sentit que exposaré en les pròximes pàgines.

Això m'aboca a l'estudi del mètode judicial de presa de decisions. Centrat en la nostra tasca, la sentència «d'instància» és el resultat d'un procés de presa de decisions, i és també, diré, la decisió presa després d'un procés, d'una elaboració intel·lectual (que té poc a veure amb el dret «processal»).

Per explicar-ho una mica més, aquest treball es basa en una determinada concepció del procés judicial de presa de decisions (del mètode per a dictar la resolució judicial, la sentència), i pretén justificar la tesi de que la sentència no és la mera conclusió del sil·logisme jurídic quina premissa major és la llei i quina premissa menor són els fets, el resultat d'un camí merament «lineal», sinó que la presa judicial de decisions de les Audiències Provincials respon a un esquema més complex, «circular», en el que hem d'encabir: a) la definició del punt de partida; b) la captació i apreciació probatòria; c) l'anàlisi i l'obtenció del material probatori depurat; d) l'elecció dels referents normatius, la seva interpretació i ponderació i la qualificació jurídica dels fets; e) la part dispositiva, l'argumentació jurídica, la virtualitat del sentit de la decisió i la signatura de la decisió final.

Vull partir d'una concepció de la presa de decisions que integra els aspectes racionals més tradicionals amb els processos dinàmics d'«in-tensió» i d'«ex-tensió» de l'interpret. Treballo amb la teoria sobre l'aprenentatge de David Kolb i destaco les concommitàncies entre els processos d'aprenentatge (que acaben amb un resultat, al igual que la part dispositiva de la sentència) i els processos de presa de decisions (doncs cada sentència judicial no deixa de ser un nou aprenentatge pel jutge). La tesi que mantinc és transposició del procés d'aprenentatge descrit per aquest autor i assumit per la principal escola de jutges de Estats Units d'Amèrica (*National Judiciary College*) i també per la RJUE (Xarxa Judicial de la Unió Europea).⁴

Entendrem així millor, potser, la sentència, com a pressupòsit cassacional i el tipus de «resposta» que «hauria de donar» el nostre Tribunal Superior.

4 Kolb, D.: *Experiential Learning: Experience As The Source Of Learning And Development*, ed. Prentice-Hall, 1984. Hi ha una ampla bibliografia sobre les seves idees i la seva actualització (la més recent: «The Kolb Experiential Learning Profile 2021 Technical Specifications», El «Manual de la REFJ sobre Metodología de Formación Judicial en Europa», 2016, treballa també a partir del model d'estils d'aprenentatge de adults d'aquest autor. vid.: <https://learningfromexperience.com>).

2. Una relació particular

Realment, hi ha poc diàleg,⁵ ni tan sols informal, entre magistrats i jutges de diverses instàncies, una realitat que persisteix des de fa molt temps i malgrat la seva denunciada necessitat.⁶ En qualsevol diàleg és important que es coneguin els interlocutors, que comparteixin un «canal» i un «codi» comunicatiu, cal una unitat de temps i d'espai. Entre la fixació de criteris pel Tribunal Superior i la seva recepció pels òrgans d'instància no hi ha cap conversa. Només una diferent manera d'abordar els casos, a causa de la seva respectiva funció en el conjunt del sistema judicial. L'Audiència orienta la seva tasca de valoració probatòria i d'interpretació i aplicació normativa i el Tribunal Superior li dona resposta, confirmatòria o revocatòria, només en una perspectiva hermenèutica i nomofilàctica (amb un «codi» diferent).

La manca de contacte habitual (fins i tot informal) potser es deu a la inèrcia, o a una concepció «magistral» de la segona instància o de la cassació d'alguns magistrats o a una errònia auto constricció del que es pugui interpretar com «donar instruccions» als tribunals inferiors. D'una altra, a la diferència d'edat, la desconeixença interpersonal o a una mena de «temor» i respecte a la «Superioritat» dels jutges i magistrats d'instància, en una visió jerarquitzada i anacrònica de les respectives funcions. També hi és present la reserva d'influir massa els magistrats de cassació o de ser influït el jutge d'instància, de que la comunicació o el diàleg (especialment el previ a prendre una decisió) es consideri una interferència que afecti la independència de qui ha de resoldre (fins i tot amb ressons ètics i disciplinaris).

Però sobretot, no hi ha diàleg perquè no hi ha un canal legal, ni formal, per a aquest diàleg. No és possible una «consulta» prejudicial, ni la convocatòria de

5 Són pocs els treballs (fins i tot a les bases de dades de Formació Continua del Consell General del Poder Judicial o explorant a l'exterior) sobre el diàleg entre tribunals i sobre com es crea jurisprudència i no en troben sobre com participa en aquesta creació el «tribunal d'instància».

6 HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Presentació dels «Diàlegs sobre la justícia i els jutges», CEJFE, Generalitat de Catalunya», 2015, p. 11: «els jutges i les jutgesses, destinataris i participants dels diàlegs ni hi estan acostumats, per raons culturals, ni solen disposar, tampoc, per factors corporatius, de gaires espais per poder expressar les seves opinions i compartir-les amb altres col·legues sobre les grans qüestions, els grans problemes, les intenses incerteses que envolten i, d'alguna manera, condicionen el mateix desenvolupament, la mateixa concepció, de la funció judicial».

«sessions clíniques» i quan es programen formacions a càrrec de magistrats de Sala (el que no és prou freqüent), no tenen un format de debat i sovint la tasca docent roman centrada en reproduir magistralment el contingut de la doctrina jurisprudencial del tribunal cassacional en les diverses matèries, sense propiciar un diàleg obert sobre els temes resoltos (que es deixa en mans de la doctrina i els acadèmics), sense plantejar els problemes que sorgeixen amb les normes complexes o noves que van sorgint (amb el prurit, de vegades, del magistrat cassacional de no avançar una tesi que demanda estudi en detall), ni tampoc donen lloc, aquestes activitats formatives, a debats d'abast metodològic. De vegades, la manca d'aquest canal normalitzat de relació deriva, de la mà de les relacions humanes, en una dependència d'afinitats personals, ideològiques o de proximitats associatives.

El «continu de sentències» de les Audiències Provincials de Catalunya i de les respostes del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és només la constatació d'un flux entre desiguals, en el que el treball de les Audiències és confirmat (bàsicament, en el tràmit d'inadmissió cassacional) o rebutjat (quan s'estima el recurs extraordinari). Per part dels tribunals d'instància és un «acatar», més que un parlar, encara que val a dir que en general, la doctrina del nostre Tribunal Superior és una font de coneixement de gran qualitat, que constitueix un referent normatiu de primer ordre i enriqueix el nostre *background*.

L'expressió «diàleg entre tribunals» és més pròpia de la relació nascuda entre tribunals nacionals i supranacionals. Va néixer en el camp de la qüestió prejudicial davant del TJUE⁷ i ha estat especialment intens en matèria de protecció del consumidor, promogut pels tribunals espanyols de tots els nivells.⁸ La mateixa idea trobem respecte a la relació entre el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional⁹ i en la relació entre tribunals ordinaris inferiors i el Tribunal Constitucional, en raó del plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat. Últimament, aquest diàleg també s'estudia per la

7 LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia vista desde un órgano judicial español», ed. Laborum, 2021, p. 18.

8 Es pot consultar la monografia: GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J.: «Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/(CEE)», ed. Fundación Registral, 2018.

9 HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «El diálogo entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», a «Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales». XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2013, págs. 209-246.

doctrina en la relació entre els tribunals nacionals i el TEDH, quan es planteja una consulta preventiva («avis consultif»), a l'empara del Protocol núm. 16.

Però, pera VERGOTTINI,¹⁰ el diàleg entre tribunals (estats i internacionals) i el creuament de jurisprudències (la utilització del Dret estranger) no són tals, són mites, mera comparació, ni tan sols influència. Diu que els espais estan molt fragmentats, no es donen els pressupostos del diàleg (llevat del sector dels drets humans, amb un caràcter multidimensional de la protecció). Hi ha influències recíproques i interacció, reconeixement del principi del marge estatal d'apreciació, respecte a la interpretació del tribunal supranacional, a cops una influència de determinats ordenaments que tenen la forma de presentar-se com a models (i a cops un exercici de «contra límits» dels tribunals constitucionals interns). I afegeix que tampoc és cert que s'acudeixi de forma generalitzada a la comparació amb el Dret estranger. Hi ha una apertura segura, però no l'ús de l'argument comparatiu, ni un reenviament, sinó la consideració d'aquest Dret extern com a una dada fàctica. Per regla general no hi ha un buit en l'ordenament intern i l'aportació externa té un valor merament auxiliar.

Com diu BELLOSO,¹¹ arribar a la «resposta correcta» es configura com una de les principals aspiracions del diàleg de tribunals, però l'esperit que presideix avui els diàlegs judicials és de caràcter unidireccional perquè no admet sinó que «deconstrueix» qualsevol possibilitat de parlar i comunicar-se en autèntics «diàlegs». En els diàlegs verticals, els tribunals nacionals es limiten a invocar jurisprudència internacional normalment per acceptar-la o incorporar-la a l'argumentació, però molt rarament per rebutjar-la o simplement criticar-la. Tampoc en els diàlegs horitzontals s'arriba a configurar un veritable diàleg judicial o, si més no, no hermenèutic —amb els requisits que exigeix aquest tipus de diàleg—. Més aviat sembla que es tracta d'una comunicació monològica en la seva gran majoria.

Potser es podrien rescatar alguns d'aquests arguments per a validar una idea de diàleg entre Tribunal Superior i Audiències. A mode anàleg amb el que passa en el diàleg entre tribunals constitucionals i convencionals, potser es podria arribar a concebre la relació entre les Audiències Provincials

10 VERGOTTINI, G.: «Más allá del diálogo entre Tribunales - Comparación y relación entre jurisdicciones», IDP, ed. Civitas –Thomson Reuters, 2010, p. 43.

11 BELLOSO MARTÍN, N. «La articulación del diálogo judicial entre tribunales: una lectura desde la filosofía jurídica», a «Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la Sociedad global», 1ª ed., febrer 2020, p. 23.

catalanes i el nostre Tribunal Superior de Justícia de Catalunya com la pròpia d'un «efecte directe», una qüestió «prejudicial», un «vinde d'adequació», un «control de jurisprudencialitat» o de la necessitat d'una «interpretació conforme». Però ara per ara, no és així. No hi ha mai una perspectiva d'alteritat o reciprocitat entre els tribunals d'instància i el de cassació. No hi ha interlocució, ni col·laboració constructiva, ni *cross-fertilization*, sinó per vies indirectes. No és possible una consulta prèvia i, simplement, hi ha una vinculació a la norma jurisprudencial i un aprofitament difús del precedent: hem d'aplicar les normes a la llum de la interpretació que n'hi fa el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (la seva doctrina jurisprudencial) i en aquest sentit es podria parlar de «normativitat», d'un «auto-control» quan a la «jurisprudencialitat» de les nostres resolucions, o podem, simplement, estudiar els casos que resol com a precedent i tenir-los en compte com a bagatge aliè, com a experiència interpretativa, com a instrument metodològic en la tasca d'interpretació jurídica.¹²

A cops les sentències de les Audiències voldrien provocar, en un eventual recurs extraordinari de cassació, el posicionament de la Sala del Civil i Penal sobre una determinada qüestió difícil, especialment si la reflexió de la Sala d'instància es planteja en termes axiològics.¹³ Com passa de vegades en matèria d'infància, família i capacitat de les persones, pot ser que la Sala Provincial entengui necessari o convenient un pronunciament cassacional, però mai es planteja un «diàleg» perquè no hi ha interlocutor, perquè les «respostes» a les «preguntes» que l'Audiència pugui pretendre no tenen camí de formulació i aquestes «preguntes» no depenen de l'Audiència, sinó de les parts processals. Aplicar aquest terme «dialògic» a la relació institucional entre les Audiències i el Tribunal Superior presenta alguns

12 Sobre l'aplicació judicial del dret i el sistema de precedent, Orozco analitza, a partir de la doctrina anglosaxona del *stare decisis et quieta non movet* (el respecte a la *ratio decidendi* d'un cas anterior davant futurs casos), els requisits pel seu caràcter vinculant com a norma d'origen jurisprudencial (Orozco Muñoz, M.: «Creación judicial del Derecho y el precedente vinculante», ed. Aranzadi - Thomson Reuters, 2011, p. 194 i ss.). També la ponència de Blasco Gascó en aquestes mateixes Jornades. En altre lloc (veure nota 1) hem diferenciat entre norma jurisprudencial i precedent (que en cap cas té al nostre país l'abast propi del dret anglosaxó).

13 Ens referim als «casos difícils», quan la interpretació de la norma cerca els seus valors implícits, teleològics o relacionats bàsicament amb els drets humans i els drets, principis i valors constitucionals.

inconvenients, el principal que no és l'Audiència en cap cas, sinó les parts, els que poden «preguntar», promoure el recurs extraordinari.¹⁴

La relació entre les Audiències Provincials catalanes i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és la d'una vinculació¹⁵ a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior, que, des del punt de vista objectiu neix, més que de la relació jeràrquica, de la supremacia o prevalença que n'hi imposa l'ordenament jurídic. En tant el Tribunal Superior assumeix la funció nomofilàctica i interpretativa de la norma legal i en tan és font de norma jurisprudencial, els seus pronunciaments d'abast general obliguen a les Audiències perquè són normes de dret.¹⁶ La vinculació es produeix amb dues sentències en la mateixa línia interpretativa o una de Ple¹⁷ o amb aquelles que expressament recullen la fixació de la doctrina jurisprudencial de la Sala.

No es «consulta» el Tribunal Superior en ares a resoldre un cas en instància, sinó que s'acaten les seves sentències, s'aprèn d'elles, s'enriqueix el *background* personal i col·lectiu amb les seva doctrina, es citen les seves resolucions per a fonamentar una nova decisió, com a referent normatiu.

Però això no nega que les respectives funcions hagin d'evolucionar.

3. La funció d'instància

La funció d'instància sempre ha estat semblant, la que ha evolucionat de forma més complexa és la funció cassacional. Les Audiències Provincials,

14 El mecanisme de consulta prèvia, vigent en la qüestió de constitucionalitat (TC), en la qüestió prejudicial (TJUE) i en l'*avis consultif* (TEDH), va existir també històricament en relació al recurs de cassació, en forma que *référé volontarie*. Quan el jutge, després de la revolució francesa, no sabia quina era la norma aplicable al cas, havia de suspendre el procés i dirigir-se a la assemblea en cassació, per a resoldre l'assumpte, però aquesta possibilitat es va suprimir en el Codi napoleònic de 1804.

15 OROZCO, «Creación», p. 207 i ss.

16 La vinculació vertical deriva de que la norma jurisprudencial és un referent normatiu. No hi ha vinculació horitzontal —la de la pròpia Sala de l'Audiència als seus precedents—, ni a l'auto-precedent (sens perjudici de les limitacions constitucionals al canvi de criteri), sí vertical, per prevalença.

17 La avocació d'un assumpte al Ple de la Sala posa de manifest l'interès del Tribunal de unificar, internament, la seva postura, amb una deliberació ampliada i recollint en el seu cas les discrepàncies a través de vots particulars.

com a òrgans d'apel·lació (a l'igual que el jutge individual), tenim la funció de decidir, de prendre decisions conforme a fet i a dret, tot revisant les sentències dels òrgans de primera instància. Des de la perspectiva d'aquest treball, produïm l'objecte cassacional i (eventualment) cassacionable. Estem sotmesos a certes limitacions (l'exigència d'interès i gravamen, la prohibició de la *reformatio in peius*, la subjecció al *tantum apel·latum quantum devolutum*, etc.), però, en el fons, dictem sentència amb plenitud, dictem sentència segons fets i dret. És per això que enfocaré la ponència des de la perspectiva de la sentència com a resultat del procés de presa de la decisió.

Com ja va dir DE LOS MOZOS,¹⁸ sentenciar no és un exercici especulatiu o teòretic, sinó una «funció pràctica» que no s'obté únicament per successives operacions lògiques, derivades de la norma legal o del sistema normatiu, sinó en un conjunt de valoracions en relació amb la justícia concreta, en les quals el racional o el legal no són més que un de tants components.

La doctrina continental sobre el decisionisme judicial s'ha desenvolupat, durant molt de temps, aliena al subjectivisme jurídic, especialment al psicologisme anglosaxó. El racionalisme no accepta el que ha considerat tradicionalment elements «contaminants» procedents de la naturalesa humana, com la personalitat, el biaixos, els sentiments o les creences. Però, com diu JUANES,¹⁹ la doctrina anomenada psicològica, entroncada amb el realisme judicial nord-americà, rebutjada per la doctrina majoritària, no impedeix reconèixer que darrere d'una resolució judicial hi hagi raons psicològiques. Només en les últimes dècades s'ha començat a introduir la consideració d'aquests factors en la doctrina de la prova, en la interpretació jurídica, en la teoria de l'argumentació jurídica.

Des del punt de vista subjectiu, es parla molt de l'«ofici de sentenciar», entès com a art, amb connotacions artesanals. En aquest sentit, SANCHO²⁰ acull l'expressió «judgecraft», un neologisme al que atribueix el significat d'ofici, d'art i en termes més imprecisos, diu que significa ser bon jutge.

No es troben referències a Espanya i no és fàcil trobar referents fora respecte a aquesta expressió. En una citació anglesa per a funcionaris

18 DE LOS MOZOS, J.: «Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno», Edersa, Madrid, 1977, p. 10, citat per LUNA, Aspectos, p. 344.

19 JUANES PECES, A.: «La motivación de las sentencias: proscripción de la arbitrariedad. Problemas prácticos», LA LEY Penal nº 157, julio-agosto 2022, Editorial Wolters Kluwer, p. 4.

20 SANCHO GARGALLO, I.: «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», InDret, abril 2020, p. 446. També, la monografia «El paradigma del buen juez», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

judicials²¹ es diu que «Judgecraft» és l'art de jutjar i engloba tot allò que no es troba en un llibre sobre dret, proves o procediment. Així, el «judgecraft» tracta sobre com fem la feina els jutges i jutgesses i el bon tracte i la igualtat es situen, justificadament, al centre de la funció.

L'apartat J del Preàmbul de la Resolució del Parlament Europeu, de 14 de març de 2012, sobre la formació judicial (2012/2575(RSP) descriu el «judgekraft» com la formació del jutge o jutgessa en habilitats.²² Per tant, no hi ha dubte que el terme ve referit a destreses i habilitats pròpies de la professió de jutge, àmbit subjectiu que no es tracta en la Filosofia del Dret, ni en tractar de la interpretació i aplicació del dret, ni en l'estudi de les decisions judicials. Estem en context de «formació judicial». No tinc dubte que la sentència subjecta a cassació integra aquest i altres aspectes i per això aquest enfoc subjectiu, centrat en el bon jutge, no és suficient. Hi tornaré sobre aquesta idea per a exposar el sentit i abast del «cercle decissional», com un procés més complex.

Diria SIERRA²³ que la tensió està entre jutjar com un ofici d'elit, amb una estètica pròpia, i la peculiar burocràcia ritualista que caracteritza tants casos. Parlar de Judgecraft posa en joc una sèrie de forces molt potents.

Tal com indica MOORHEAD,²⁴ citant a KRITZER, «judgecraft» es una expressió brillant a la recerca d'algun significat, però també una aposta per a una recerca més seriosa sobre els jutges, tradicionalment centrada en els judicis escrits, en «referència a la paraula escrita, descontextualitzant-la de l'espai geogràfic i social en què es produeix». En la sentència «qüestions alienes a la llei, però d'importància interna per a les parts, s'han divorciat, almenys en part, de cadascuna [d'elles]». El domini de la llei auto - construiria la disputa tot marginant les parts d'aquest procés.

21 Site web: Courts and Tribunals Judiciary, <https://www.judiciary.uk>, Equal Treatment Bench Book, November 2013.

22 Diu: «[c]onsiderant que els estudis judicials no es poden limitar al dret material i processal i que els jutges necessiten una formació relacionada amb el seu àmbit judicial i amb l'adquisició d'aptituds específiques (en la versió anglesa, «judgekraft», entrecomillat)».

23 SIERRA SOROCKINAS, D.: «El precedente: un concepto. Precedent: A Concept», *Revista Derecho del Estado* n.º 36, gener-juny del 2016, p. 249-269.

24 MOORHEAD, R.: «Judgecraft: an Introduction», *Social & Legal Studies* Volume 16, Issue 3: Special issue: Judgecraft, Cardiff University, UK, Dave Cowan Bristol University, UK, September, 2007, p. 315.

KRITZER²⁵ conclou que un ofici implica un conjunt d'elements que, quan es prenen en conjunt, poden proporcionar un marc no només per descriure com els professionals fan la seva feina, sinó que també poden oferir informació sobre com ho poden fer millor. Això implicaria formació, entrenament, i també, introspecció i extraversió.

No hi ha dubte que KRITZER ha proporcionat una manera inspiradora de pensar sobre la funció de sentenciar. I no ens n'allunyem en aquest treball quan, tot fent referència a un trànsit interioritzat i exterioritzat, MOORHEAD parla de producció, funció i avaluació, quan descriu la producció [judicial] principalment en base a tres factors interns: habilitats i tècniques, resolució de problemes i estètica. O quan, citant a Tata, concep la decisió judicial com un treball artesanal²⁶ d'elecció i ordre, rutina implícita i principi normatiu explícit, anàlisi i intuïció, individualització i consistència, racionalitat i emoció, ment i cos.

Durant molt de temps s'ha pretès construir la presa judicial de decisions com un exercici purament lògic i racional. Però de forma progressiva s'ha anat admetent que aquest procés és molt més complex, tot buscant altres referents (sociològics, psicològics). Diu LUNA²⁷ que en la decisió judicial sostinguda per la lògica i el sentit comú juguen una comesa importantíssima aspectes psicològics propis de la particular personalitat —de la psique— del jutgador, com són el seu bagatge cultural, la seva educació, la seva classe social, la seva ideologia o la seva actitud i sensibilitat davant les tensions que es produeixen en la vida social, també la seva perspicàcia —entre altres abasts, per apreciar indicis significatius— i fins i tot la seva imaginació. I afegeix que l'argumentació judicial, més que procedir a l'establiment d'unes premisses per arribar a una deducció —segons la coneguda regla denominada del *modus ponent ponens*—, es desenvolupa una conclusió per a la qual es busquen després unes premisses de justificació.

En el món de la norma, dels enunciats normatius, a part del dret positiu en juguen d'altres, alguns específics de cada jutge o jutgessa, com són la seva personalitat (els seus trets del caràcter i els seus biaixos), com també les seves experiències prèvies, vitals i professionals, altres enunciats més

25 KRITZER, H. M.: «Toward a theorization of craft», *Social & Legal Studies* Volume 16, Issue 3: Special issue: Judgecraft, Cardiff University, UK, Dave Cowan Bristol University, UK, September, 2007, p. 337.

26 Per MOORHEAD la distinció entre artesanía i art gira principalment en la dimensió externa del segon.

27 LUNA SERRRANO, A.: «Aspectos psicológicos de la reflexión judicial. Psychological aspects of judicial reflection», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022, p. 344.

objectivables, com les conjectures, les pressuposicions, les presumpcions, les màximes d'experiència. En el punt de partida per l'estudi d'un cas nou hi ha un bagatge, una pre-comprensió prèvia de fets, conflictes i solucions que no té perquè ser negatiu per a resoldre.

La «pre-comprensió» la situa LUNA,²⁸ en una visió molt limitada, en l'àmbit de l'adscripció o dependència ideològica del jutge, «la seva inclinació més o menys conservadora o progressista quant a l' entesa de l' activitat declarativa o creativa de la jurisprudència», en tant el jutge no podria desprendre's de la seva pròpia personalitat, encara que LUNA mateix apunta la solució: la apreciació judicial de les concepcions ètic-socials ha de ser coherent amb el criteri jurídic representatiu del que en la societat es sent com a ideal. L'interpret no s'ha de deixar guiar per la pre-comprensió, sinó que l'ha de tematitzar en estreta adherència als fets i en conseqüència amb el text, i per aquesta via «posar-se fora del prejudici».

En tot cas, els elements subjectius, psicològics, «artesanals», si es vol dir així, reflecteixen una aproximació personal a la decisió semblant a la que vivim en els processos d'aprenentatge, de manera que al costat de l'eix exterior (el que va dels fets a la norma) actua, de forma fonamental, un eix interior, horitzontal (el que va de l'anàlisi a la decisió).

Diu VIGO²⁹ que al costat del raonament jurídic pràctic (que jo situaria en l'eix horitzontal, el que va de l'anàlisi a l'argumentació aplicativa, de la «in-tensió» a l'«ex-tensió»), hi ha «elements paralògics o retòrics, elements extralògics on estan dogmàticament imposades per al jurista presumpcions, ficcions, etc.» Per a mi, les exigències lògic-formals pertanyen a l'eix horitzontal del cercle decisió i els elements psicològics estan presents en les quatre fases de la decisió, però no la dominen, com intentaré justificar.

Els jutges pensen sovint que les seves decisions no estan sent influïdes per consideracions polítiques o ideològiques. Però un observador neutral detecta tot el contrari, la qual cosa és símptoma d'un prejudici del jutge, que ha de combatre. La meua experiència em demostra que hi ha correctius, si es fa una correcta aplicació del mètode de presa de decisions. Quan he volgut partir d'una suposada conclusió (potser influït per una determinada consideració ideològica) i cap norma jurídica no l'ha recolzada, en un exercici seriós i honest d'anàlisi, he pogut rectificar, de forma que la norma,

28 LUNA, *ibidem*, p. 350.

29 VIGO. R.: «La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional», Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 51.

davant qualsevol solució voluntarista, psicològica o para-lògica ha actuat com a topall.

Es podria dir que aquest enfocament no és molt diferent del de l'epistemologia jurídica, la disciplina que estudia, des d'un punt filosòfic jurídic, els assumptes relacionats amb el coneixement humà, la seva naturalesa, condicions, origen i límits, científicament, tot diferenciant-lo de les creences, buscant la relació que hi ha entre el coneixement i la percepció, la raó, la memòria i el testimoniatge, la manera com el coneixement s'estructura mitjançant creences justificades i la possibilitat del coneixement i d'altres problemes derivats de l'escepticisme filosòfic o ontològic. La Sala de l'Audiència Provincial seria així un epistemòleg «d'anar a peu» que intenta fixar científicament el coneixement per a resoldre el cas, fugint de les creences, treballant la percepció dels fets (1), la raó en l'anàlisi (2) i la memòria, com a referent normatiu (3), en el que defenso com les tres primeres fases del procés decisonal. La meua proposta, d'una epistemologia més «d'anar per casa», intercala entre els fets i la «memòria» els processos dinàmics d'in-tensió (cap a dintre) i, sobre tot i novedosaament, d'ex-tensió (cap a fora) que la Sala dur a terme per a decidir, per a sentenciar.

Voldria estudiar com resollem els jutges, quins passos seguim, quines dificultats trobem per facilitar una decisió com a «objecte cassacional» al Tribunal Superior, tot revitalitzant i enfortint aquestes competències bàsiques (la valoració de les proves i els processos d'in-tensió» i d'ex-tensió»), que el Tribunal Superior ha de respectar.

4. La competència decisòria i el cercle decisonal

El procés de presa de decisions, com el de l'aprenentatge mateix, ha de seguir determinades fases o passes. Decidir és resultat d'un procés que passa per haver captat, estudiat, contrastat i aplicat. Com un alumne, el jutge o jutgessa o el tribunal d'apel·lació (i qualsevol persona que prengui decisions) rep els impactes dels fets, la notícia d'una realitat que no coneix, i els ha de processar, entendre'ls. Si el nou coneixement té antecedents normatius o cognitius, es contrasta, tot validant o no el nou coneixement i la decisió final, nova, s'assimilarà en la memòria. El coneixement adquirit portarà al jutge (i a l'alumne) a prendre futures decisions concordants. Quan es plantegi de futur un nou impacte fàctic, ressorgirà la memòria per a contrastar-lo, perquè és decidint que s'aprèn, i així es tancarà el cercle, successivament, tot seguint l'estela que ens marca KOLB.

Presca del programa docent de l'École National de la Magistrature, no se m'acut millor manera de definir la competència decisòria que dir que és «la capacitat de prendre una decisió sensible i executiva que es pren en el seu context, basada en la llei i els fets».³⁰

He treballat en altre lloc³¹ la definició i el desenvolupament de la competència decisòria o decisional dels jutges (formulació, contingut, seqüencialització i avaluació), a partir de l'anàlisi de la planificació docent de l'Escola Judicial, d'un treball de definició de competències del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada» (CEJFE) de la Generalitat de Catalunya³² i d'un treball del Claustre de Professors de l'Escola Judicial sobre competències professionals. La fixació de competències l'he entesa vinculada als estils d'aprenentatge (amb base a la doctrina de l'aprenentatge experiencial) i al factor «ecològic» o de context laboral, com a referent vàlid per a la definició dels processos de presa de decisions. Aquell treball intentava un aparellament entre les competències definides per l'Escola Judicial (tècniques, relacionals, funcionals, analítiques i personals) i les etapes de l'aprenentatge, assimilant aquestes etapes a les etapes del procés decisional. Clarament es veu la diferència respecte a la consideració de la funció sentenciadora com a conclusió d'un mer sil·logisme jurídic o d'una tasca artesanal.

El punt de partida tradicional ha estat la consideració de que la llei constitueix la premissa major i els fets constitueixen la premissa menor,

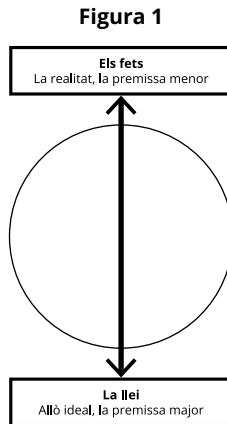
30 https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/rub-devenir-magistrat/epreuves_et_programmes_3concours.pdf . juny 2017, p. 3. El programa cita la competència decisòria junt amb altres 12 competències necessàries. La traducció de la versió anglesa («Ability to make a sensible, enforceable decision that is adapted to its context, based on the law and the facts») em sembla més adequada que la francesa («Capacité à prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens, et exécutable»), en tant cita abans el caràcter assenyat i executable de la decisió i la seva consideració en el context que el fonament legal i fàctic. «Make a decision» té una connotació constructiva, procedimental (com a procés) que no contempla el «prendre una decisió», centrada en el moment final.

31 PEREDA GÁMEZ, F.J.: «Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial Española», Revista de Educación y Derecho, Universidad de Barcelona, núm. 03, 2011.

32 El «Perfil Professional del Jutge de Primera Instància i Instrucció», del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE) del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, realitzat en col·laboració amb la Escuela Judicial, del any 2006, que recull una relació de competències tècniques, analítiques, funcionals, relacionals i personals.

de les que deriva la decisió o sentència com a conclusió. Però aquesta explicació és insuficient.

Si se'm permet, invertint la presentació tradicional, aniríem dels fets a la norma en un eix vertical, cap a baix:

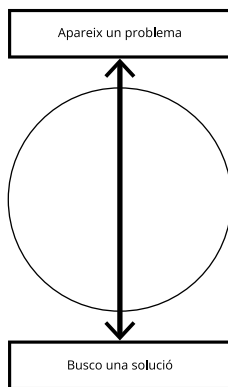


Així, per exemple:

- a) «S'ha provat que el pare d'una família ha estat denunciat per un presumpte delictes d'agressions a la mare (testimoni del jutjat d'instrucció)»;
- b) La Llei diu que «no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre es trobi sotmès a un procés penal iniciat per atemptar contra la integritat física de l'altre progenitor»;
- c) *Ergo*: la sentència serà necessàriament desestimària de la petició de guarda monoparental paterna.

La simplicitat del mètode sil·lògic és patent i la seva insuficiència, evident. En primer lloc perquè, en el món real, la presa de decisions neix de l'existència d'un problema que he de estudiar i analitzar (no em ve donat «en net») i perquè, en el món referencial, la solució no és mai clara, ni unívoca i sovint demana una interpretació i un procés aplicatiu (la proposició normativa no es correspon a un sol fet).

Figura 2



Aquests dos mons (els fets i la llei, el problema i la solució) no són «purs»: els problemes que els jutges estudiem sorgeixen en el context d'un interès jurídic subjectiu, d'una pretensió jurídica i d'un determinat context de cultura judicial de l'operador jurídic (el «punt de partida»), emparada inicialment en un referent normatiu citat o invocat però que potser no és aplicable. El demandant diu sempre a la seva demanda que, respecte el que ha passat (els fets predicats), la llei li reconeix un dret que el jutge ha de fer efectiu. En l'exemple que seguim, la mare de família afirma l'agressió i vol la suspensió de les relacions entre pare i fill. El fet inclou diverses preguntes (¿el pare és merament denunciat?, ¿investigat? ¿processat?, ¿imputat?, ¿acusat?; ¿és falsa la denúncia, com diu el demandat?, etc.)

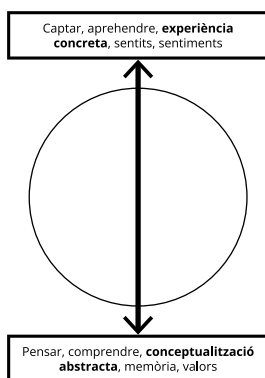
I les solucions, sempre genèriques i abstractes en la seva formulació («[qualsevol] progenitor mentre es trobi sotmès a un procés penal») i equívokes respecte al fet concret, són el resultat o la solució que el legislador imagina per a un supòsit històric (en la llei concessiva) o fictici (en la llei prospectiva), el que anomenem «el pressupòsit fàctic de la norma»³³ (o si es vol, l'aspecte descriptiu de la proposició normativa), el fet que ha imaginat el legislador, desestabilitzador de la pau jurídica i quina aplicació pretén. I les fonts no són úniques ni unívokes respecte al mateix pressupòsit (la norma legal nega l'atribució de la guarda, però la norma jurisprudencial,

³³ El pressupòsit fàctic de la norma és l'aspecte fàctic de la regla de dret, la part fàctica (expressa o implícita) de la proposició normativa, la proposició descriptiva.

per exemple, sospesa l'afectació real del menor, diferencia entre «violència estructural» i «violència ocasional», pondera que la norma constitucional i la supranacional defensen l' «interés superior del menor», etc.).

A més, cal aprofundir en els dos extrems d'aquest eix vertical, el de les premisses menor i major, en l'eix que va del problema a la solució.

Figura 3



Els dos extrems de l'eix són complexos. El «problema» és una experiència concreta que s'afronta des d'altres experiències acumulades. No és un accés «nu» a la realitat. I afrontar-lo vol l'ús dels sentits i també dels sentiments (perquè és un problema «humà») i demanda una adequada conformació de la comunicació, amb un emissor adequat, un codi, un canal comú de comunicació i un receptor aptes. I la solució no es trobarà sense l'ús de l'intel·lecte, de l'abstracció, de la memòria i dels valors (implícits en les normes). La llei nega la guarda al progenitor agressor perquè és valor superior la protecció del fill, es modula excepcionalment el règim relacional si pot ser un bé per l'infant, etc.

Cada problema, cada pregunta (en termes dialògics) la planteja una part, de forma que els problemes i preguntes s'acumulen i cal un mètode per a afrontar-les i respondre-les.

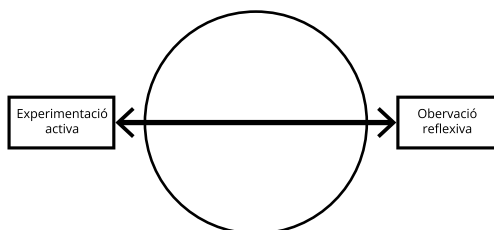
Però no observem, oïm, apliquem els sentits i els sentiments i els referents en una línia directa, de la que surti automàticament la decisió, sinó que fem servir altres elements. En la definició esmentada de l'École de la Magistrature la llei i els fets són a la base del procés decisor, però hi

són presents altres elements fonamentals, com la capacitat, la sensibilitat, la consideració del context o l'executivitat.

Això ens obliga a analitzar «l'eix horitzontal», a ser conscients de la necessitat d'estudiar, per a comprendre adequadament el procés decisor, els processos d'«in-tensió» i d'«ex-tensió», d'anàlisi «cap a endins» i de exteriorització «cap a enfora», inherents a la funció de jutjar. La observació no és merament contemplativa, sinó reflexiva. No només constatem els fets, sinó que els analitzem, els interpretem, els valorem amb la finalitat de, després d'un contrast normatiu, produir un canvi en l'estat de les coses que vinculi els litigants. I el jutge no només reflexiona, sinó que actua, de forma que la seva decisió final és una decisió experiencial, activa, executiva, un pronunciament que, sens cap dubte, canvia la realitat, la dels litigants i a cops la de tercers. És també una nova experiència que acumula el jutge o jutgessa a la seva vida, un nou bagatge per al seu *background* amb el que afrontarà nous problemes, noves decisions.

Es pot representar aquest eix horitzontal, primer intern, després extern o manifestat, de dreta a esquerra (això ens permetrà llegir tot el cercle en el sentit de les agulles del rellotge), de la següent manera:

Figura 4



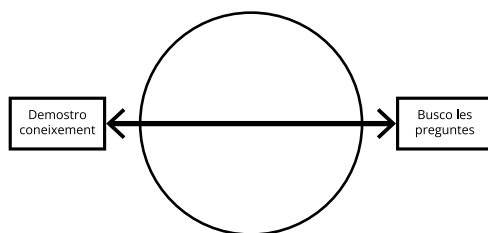
És clar que no admetem un jutge o jutgessa o una Audiència Provincial que es limiti a plasmar la part dispositiva de la resolució, sinó que l'exigim que hagi analitzat el cas (si realment el pare és o no un agressor, si l'agressió està provada, si els fills l'han patit d'una o altra manera, si els perjudica o els beneficia seguir mantenint la relació paterno-filial), tot descartant les afirmacions fàctiques errònies de les parts i confirmant les pròpies del jutge. No hi ha decisió sense una observació reflexiva, sense extreure dels fets, de les preguntes, del material probatori ofert, el que sigui realment rellevant, a través de la seva depuració fins a obtenir la «collita», el material

probatori recaptat.³⁴ I també exigim que el jutge motivi, que expliciti les seves raons apreciatives, interpretatives o aplicatives (que digui còm justifica la seva convicció sobre els fets, si una persona és «denunciada», «acusada», etc., si s'ha de considerar «sotmesa» o no a un procés penal, si la norma és aplicable, si està emparada en la llei una excepció relacional, etc.) i tot aquest procés es situa a l'experimentació activa. No hi ha decisió vàlida sense exposar-ne les raons, sense demostrar coneixement. Dit d'altra manera, del problema el jutge o jutgessa ha passat a les preguntes i ara ha de construir les respostes i després donar forma a la seva convicció, en l'àmbit de la motivació i l'argumentació de la solució final (de vocació executiva).

Aquest és un procés personalíssim, diferent per a cada jutge, jutgessa o Sala. Els processos d'aprehensió i valoració probatòria i els d'interpretació legal (a l'eix vertical) tenen vocació de generalització, cerquem que el mètode sigui sempre el mateix sigui quin sigui el jutge que hagi de resoldre, fins el punt d'establir mecanismes de control dels fets (a través del recurs d'apel·lació) i del dret (a través del recurs cassacional) per a garantir la uniformitat. Però còm analitza el cas un jutge i còm argumenta la solució, si ni un ni l'altre procés són estrambòtics, té vocació individual i perspectiva de reconeixement. És el que fa humana i insubstituïble la decisió. Altra cosa seria negar autonomia analítica i justificadora al jutge, desacreditant-lo i, de retruc, alterar el sentit de la funció cassacional, tot concebent el Tribunal Superior com una tercera instància, inquisitiva.

Per tant, en l'eix horitzontal a un extrem busco les preguntes i a l'altre, quan ja he trobat les respostes, mostro coneixement.

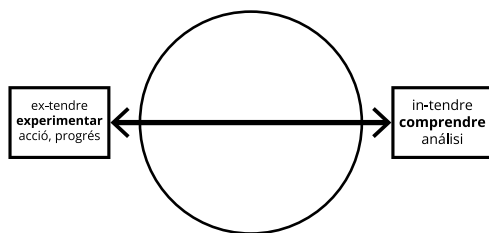
Figura 5



34 El material probatori recaptat és el que s'ha obtingut un cop finalitzada la pràctica de les proves, tot el que consta a l'expedient, sigui útil o no per a la resolució final del cas, per a la presa final de la decisió. El material probatori depurat és el que el jutge o jutgessa selecciona a través del procés d'anàlisi de les afirmacions fàctiques, tot validant-les o descartant-les.

He de respondre a les afirmacions fàctiques de les parts a la llum del material probatori recaptat (admetent o rebutjant que els fets afirmats hagin succeït o valorant que els fets són uns altres, diferents parcial o totalment dels que relaten les parts). Les respostes no es poden trobar sinó a través de l'anàlisi, d'exercicis de ponderació, de confrontació i d'orientació. I la depuració, el material probatori depurat, serà la base (després de la consideració dels referents normatius), de l'argumentació i la motivació. Hi ha, evidentment, un diferencial, doncs no totes les preguntes que suggereix el cas, des del punt de vista fàctic, arribaran al port de la final motivació. En el context de «descobriments», en la primera fase, el jutge o jutgessa vol «convèncer-se», a través de vinculacions lògiques o formals, «justificar-se», vincular-se als fets. En el context de «justificació», extern, passat el tamís de la referència normativa, busca vincular els fets a la norma amb base en «bones raons», ha de donar les raons per a «convèncer» els destinataris de la sentència, ha de elaborar un discurs justificador, extern. El primer pas no transcendeix del tot, el segon és públic i cerca «fallar», decidir i així canviar la realitat. Una situació que estava en *stand-by*, pendent del procés decisor judicial, es posa en marxa en una línia de canvi, de progressió (en el sentit de moviment). El jutge ha permès la guarda del menor al progenitor agressor o l'ha negada, ha establert un règim de relació entre pare i fill o l'ha eradicat. I això a través d'un mandat imperatiu, que es compleix.

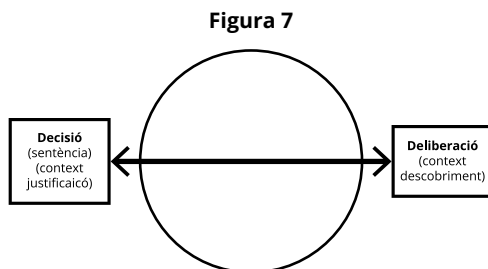
Figura 6



L'exercici intern, d'«in-tensió», que ha produït una «tensió», és a dir un esforç per a comprendre els fets a través de l'anàlisi racional, dur al jutge i a la Sala a «ex-tendre», una «tensió» vers enfora, a justificar un canvi en la realitat i l'execució d'allò que ha resolt.

En termes tècnic jurídics es pot dir que la primera d'aquestes fases horitzontals (a la dreta) es correspon amb la deliberació (individual o col·lectiva), específicament sobre els fets i la segona, amb la plasmació de

la decisió en la sentència. Per tant, la lògica jurídica troba el seu lloc natural en la primera i la motivació i l'argumentació, en la segona.



PÉREZ LUÑO³⁵ concep l'activitat de jutjar com la síntesi d'unes activitats de percepció, d'argumentació racional i de decisió. La manca de qualsevol d'aquestes tres dimensions determinarà el caràcter incomplet o defectuós del judici. Aquest és l'esquema sobre el procés decisor que més s'assembla al que defenso en aquest i altres treballs,³⁶ en què només noto a faltar la consideració dels referents normatius.

No hi ha dubte de que cada decisió que les Audiències afrontem parteix d'un marc facilitat per les parts i del nostre bagatge personal o professional. És el «punt de partida»,³⁷ la «inicial composició de lloc» del jutge que, seguit de la captació, interpretació i valoració, en vistes a fixar els elements fàctics i, derivada en l'anàlisi, acaba amb la fixació dels «fets provats», del material probatori ja depurat. Tampoc es pot decidir sense qualificar els fets jurídicament, sempre necessitem situar-nos en el «marc normatiu» i en els casos de «frontera» pot concórrer una juxtaposició de diversos ordenaments jurídics que caldrà encadellar. A partir d'aquí, podem haver generat ja la convicció decisòria o adonar-nos de que encara no la tenim. Podem tenir ja una «part

35 PÉREZ LUÑO, A. E., «¿Qué significa juzgar?», DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 32, Alicante, 2009, p. 151-176. <http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/285106>

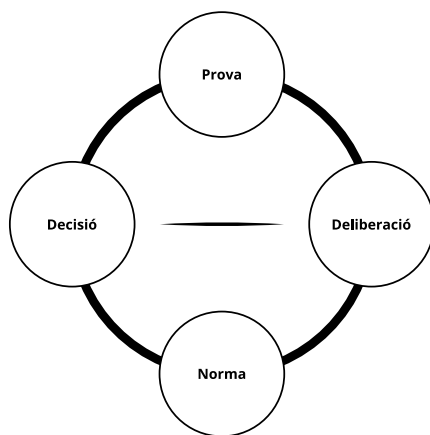
36 Em remeto a la nota 1.

37 El punt de partida de la presa de decisions és el marc que les parts faciliten amb demanda i contestació, però també el bagatge del jutge o jutgessa i la pre-comprensió prèvia de fets. Per la Sala d'apel·lació, s'integra en el punt de partida la sentència apel·lada.

dispositiva» en ment, un «fallo» que després haurem de fonamentar en dret i d'argumentar.

Entenc que els jutges que habitualment comencen els fonaments de dret de les sentències amb la descripció d'un fonament de «marc normatiu», estan reflectint un abordatge inadequat del cas. No em refereixo al «talla i enganxa» sobrer, desgraciadament encara habitual, sinó a situar-se davant del problema des de les suposades certes prescriptives i no des de les fàctiques, a començar la fonamentació pel dret i no pels fets. La redacció, en la meua opinió hauria d'iniciar-se amb la constatació per escrit del «punt de partida» (tot reinterpretant el senti de l'encapçalament de la sentència i donant nou sentit als antecedents de fet), continuar amb l'exposició i valoració del material probatori recaptat i seguir amb l'estudi dels referents normatius per a acabar amb l'argumentació jurídica i la motivació. Perquè cada cas és diferent i no ens val apel·lar indiscriminadament a la proposició normativa i donar per suposat el pressupòsit fàctic de la norma (que, per altra banda, no és més que la normativització d'unes experiències fàctiques pre-normatives, molt probablement diferents de les del cas concret que resolem).

Figura 8



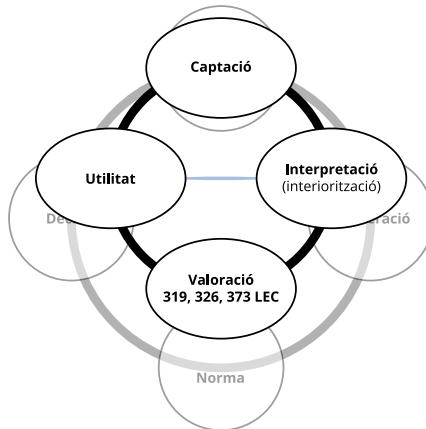
Si desenvolupem aquesta línia de pensament i tot tenint en compte el seu caràcter instrumental, podem reproduir internament el cercle decisiu en cada una de les quatre fases del procés (experimentació, observació, conceptualització i argumentació) o, en termes processals (i amb caràcter

merament orientatiu): el món de la prova, el de la deliberació, el dels referents normatius i el de la decisió.

Més detalladament, cada fase suposa, alhora, la reproducció interna del procés d'aprenentatge i del procés decisor. Com qualsevol persona que experimenta i aprèn, els jutges i jutgesses en enfrontar-se a la prova, primer experimenten, capten, aprehenen, després interpreten i interioritzen el material probatori recaptat, en tercer lloc, el validen amb referents anteriors (normatius, legals o experiencials) i finalment ho depuren i conclouen la seva utilitat.

La primera fase pot venir representada d'aquesta forma:

Figura 9. La prova



L'apreciació i fixació dels fets pel jutge o pel tribunal no és directa, sinó resultat de sotmetre's a una captació que neix d'un emissor (una persona, un objecte), que arriba a través d'un canal (i que requereix un codi compartit) i que configura al jutge o jutgessa o Sala com a receptor apte. Un cop rebut un impacte sensorial, potser també emocional, el jutge o jutgessa o l'Audiència segons els termes del recurs (si s'al·lega error en la valoració de la prova) ha d'interioritzar i interpretar les proves a la llum del punt de partida, contrastar amb les regles de valoració probatòria i extraure el material útil, com a pressupòsit de la fase següent, la d'anàlisi o deliberació sobre aquest material, en relació a les respectives afirmacions fàctiques.

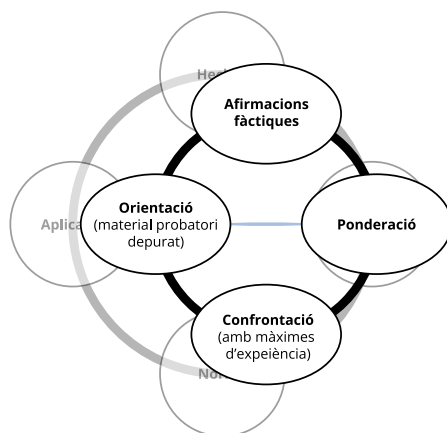
Són presents en aquesta passa els criteris de valoració de la prova. En aquest procés i amb la finalitat de convèncer-nos dels fets i la seva viabilitat

processal, contrastem elements normatius (les regles de valoració probatòria o les màximes factuais d'experiència, per exemple). El final d'aquesta primera fase dona com a resultat la definició del material idoni, en brut, per a solucionar el conflicte. Haurem seleccionat per criteris d'utilitat de la prova.

Un camí semblant, d'aprenentatge, es produeix en la segona fase, quan deliberen (sols o en col·legi), quan reben els impactes de l'ordenament legal i, finalment, quan redacten la sentència.

La segona fase es pot representar així:

Figura 10. L'anàlisi



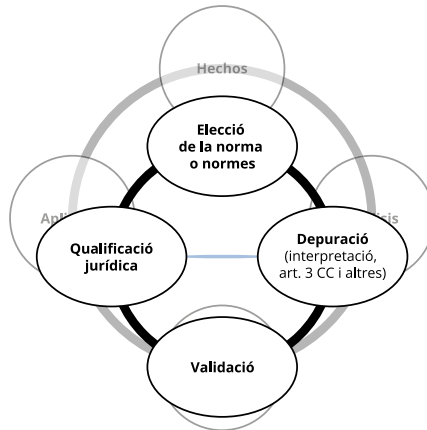
L'exercici intel·lectual d'analitzar les proves, de preguntar-se i resoldre els problemes que el material probatori recaptat pel jutge o jutgessa provoca, té com a material bàsic les afirmacions fàctiques de les parts o del propi jutge, que acabaran traduïdes, en la fase quarta, en motius o arguments de validació o de rebutj.

Les parts han afirmat factualment i el jutge, en aquesta fase de la presa de decisions, la segona, exercita una activitat intel·lectual intensa, d'abordatge i de ponderació. Aquests reptes intel·lectuals han de ser contrastats o confrontats amb màximes lògiques d'experiència i condueixen, un cop validat el judici, a deixar fixat el material probatori depurat. Són màximes racionals d'experiència, que han de ser conegudes i expressades, sense que valgui una referència abstracta a la «sana crítica».

El jutge o jutgessa s'orienten així a una tercera fase, la subsumpció dels fets, al seu enquadrament en el pressupòsit fàctic de la norma a aplicar, que és el seu natural destí.

La tercera fase la represento així:

Figura 11. Els referents normatius



En aquesta tercera fase, la identificació del referent normatiu suposa, en un ordenament jurídic multi-sistemàtic, l'aplicació correcta de les regles sobre la llei aplicable, material i territorialment. També, el respecte a la jerarquia normativa i el respecte al joc entre les normes primàries i les secundàries. Cal conèixer, identificar i interrelacionar les normes positives i els principis i també la norma jurisprudencial³⁸ (tot descartant la tècnica dels «antecedents»).

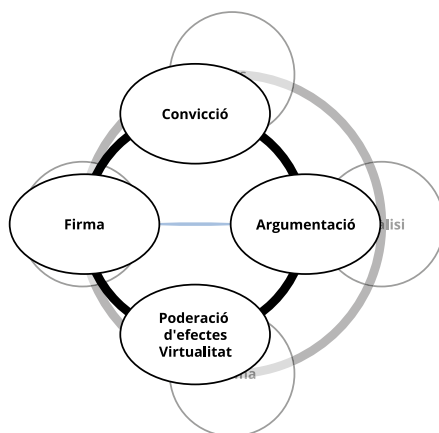
La seva depuració porta als criteris d'interpretació de la norma i després a la seva validació amb els valors constitutius (fonamentalment, la validació a la llum dels drets, principis i valors constitucionals, dels valors socials que informen l'ordenament jurídic i de la conformació ètica del jutge),

38 En la mesura que l'elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius respongui a normes, a regles, el Tribunal Superior ha de controlar la validesa del mètode judicial en la presa de la decisió. La norma jurisprudencial és només una part de la consideració dels referents normatius per a prendre la decisió, dintre del cercle decisional.

procés que acaba amb la qualificació jurídica dels fets, sempre en vistes a l'aplicació final i efectiva de la llei.

Per últim, la quarta fase, la pròpiament decisòria, vindria representada d'aquesta forma:

Figura 12. La decisió



El cercle decisori en la quarta fase parteix de la convicció (estimatòria o desestimatòria, en tot o en part), del que acabarà per a ser la «part dispositiva» de la resolució, en la seva concreta textualitat. Ens configurem la convicció, la solució al cas com a impacte i després ho hem de motivar i argumentar. Això implica *checks and balances*, a través de una redacció de la sentència que aculli una bona argumentació fàctica i jurídica. Després caldrà ponderar el context de la resolució i els efectes que pot produir la decisió (la seva virtualitat, és a dir, la comprovació de la seva potencialitat per a canviar la realitat) i finalment adquirirà exterioritat i força executiva a través de la seva signatura.³⁹

³⁹ Em remeto, per a més aprofundiment, a les publicacions referides a la nota 1.

5. La funció cassacional

Parteixo de la consideració de que el mecanisme de control dels fets és el recurs d'apel·lació i que el mecanisme de control de la correcta aplicació del dret és el recurs cassacional.

El recurs extraordinari ha evolucionat de forma més complexa que el d'apel·lació. Respecte al seu origen, la concreció de la funció cassacional ha anat variant i ho farà més després de la Llei d'Eficiència Processal. I entenc que encara ho hauria de fer més, si es té en compte la naturalesa i abast del cercle decisonal tal i com he intentat descriure de forma que el tribunal cassacional es centri només en els aspectes normatius.

5.1. L'origen

A l'origen, amb la cassació es tractava de defensar la Llei com a valor fonamental de la societat, en considerar-la l'expressió de la voluntat general, i ocupar, per tant, el màxim rang.⁴⁰ A la revolució francesa, el precedent històric més immediat, donada la divisió de l'Estat en tres poders diferents, si al Directori corresponia governar (després al Consolat, després a Napoleó), a l'Assemblea li incumbia legislar i al Poder Judicial li pertocava aplicar aquestes normes sense desvirtuar-les, per la qual cosa qualsevol sentència que contradigués la Llei no era vàlida, en virtut del principi de plenitud de la codificació. Tot en el marc de la coneguda afirmació de Montesquieu de que el jutge no és res més que la boca per la qual s'apliquen les paraules de la llei. Maximilien de Robespierre va encunyar la famosa frase de que «la paraula «jurisprudència» s'ha d'esborrar de la nostra llengua» i afegia que «en un Estat que té una constitució, una legislació, la jurisprudència dels tribunals no és altra cosa que la llei.»

El Decret de l'Assemblea constituent francesa de 27 de novembre de 1790 es considera la primera regulació del recurs de cassació. El Tribunal

40 Els revolucionaris francesos, de la mà de diversos pensadors i filòsofs, van entendre l'arbitrarietat com a pròpia del règim polític absolutista, en què la llei era *quod placet princeps*, i van imposar la concepció de què el principi de legalitat, emanat de la voluntat democràtica, era la clau del nou sistema polític. Locke, Montesquieu, Rousseau o Bentham subratllaven la importància de la llei, com a expressió de la sobirania popular i la necessitat de la seva aplicació i interpretació d'acord amb el seu autèntic significat. En conseqüència, la defensa de la legalitat configura un règim en el què s'assegura la llibertat, la igualtat i els drets fonamentals que hi estan associats. Font: pàgina web Ministère de la Justice <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine>.

de Cassació no pertanyia a l'Assemblea ni al poder judicial, es va crear al marge dels tres poders, en sentit semblant (salvant les distàncies) a com modernament, al segle XX, es creen successivament els Tribunals Constitucionals.⁴¹ Aquest Tribunal de Cassació tenia caràcter polític i simplement es dedicava a una funció negativa, anul·lar les sentències que contravenguessin l'ordenament jurídic. La cassació sorgeix amb una funció nomofilàctica i aquest tribunal no resolia el fons de l'assumpte, sinó que això ho feia el tribunal d'instància, a qui se li reenviaven les actuacions.

En la inicial redacció de la LEC de 1881, les causes del recurs de cassació eren la infracció de llei o de doctrina legal a la part dispositiva de la sentència (no a la resta de la decisió) i el trencament («quebrantamiento») d'alguna de les formes essencials del judici i els motius eren la violació, la interpretació errònia o l'aplicació indeguda de les Lleis o de la doctrina legal «aplicables al cas», la incongruència (divergent, omissiva o *ultra petita*), la decisió amb pronunciaments contradictoris, la infracció de la cosa jutjada, l'abús, excés o defecte de jurisdicció i l'error de Dret en l'apreciació de les proves, o de fet (només respecte a la prova documental i per equivocació evident).

5.2. La funció

AGNELLI, FUENTES i CASTELLANOS,⁴² en parlar de la cassació, donen peu a un «enfocament subjectiu» quan defensen que és necessari i fonamental que els tribunals comptin amb jutges ben formats i capacitats, la tasca dels quals sigui la d'analitzar, buscar i crear de forma objectiva i crítica les millors fórmules d'interpretació i aplicació de la Llei per impartir una veritable i eficaç administració de justícia. Dels jutges [de cassació] se n'esperen decisions correctes, fundades, objectives i imparcials.

41 El cas *Marbury versus Madison* (1803), del Tribunal Suprem d'Estats Units, es cita com a primer referent del principi de supremacia constitucional. La recepció a Europa arriba de la mà de Hans Kelsen (1881-1973) qui a Europa assenta les bases teòriques que fomentaran la creació dels Tribunals Constitucionals i un sistema de revisió constitucional (CERVANTES, L.: «Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual». Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo VI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 357).

42 AGNELLI FAGGIOLIA, A., FUENTES ÁGUILA, M.R. i CASTELLANOS FUENTES, P.E.: «La función nomofiláctica como mecanismo de unificación en la interpretación del derecho», *Revista CES Derecho*, Vol. 10, nº. 2, Universidad Metropolitana de Ecuador, 2019, p. 591-604.

El recurs de cassació ha tingut, històricament i com la seva etimologia demostra,⁴³ la funció de controlar l'adequació de les decisions judicials des d'una perspectiva sistèmica de l'ordenament jurídic i invalidar-les en cas d'inadequació.⁴⁴ Va tenir en altres temps la funció d'imposar un estatut legal territorialment⁴⁵ i no deixa de ser un mecanisme d'uniformització de l'Estat i, en el nostre cas, del dret de Catalunya.

La protecció de la norma jurídica es dur a terme a través de «la interpretació uniforme de la llei des de la cassació. És a dir, el tribunal cassacional té la vocació de defensar el principi de legalitat, de forma que s'impedeixin interpretacions alienes al sentit que li va voler donar la societat, a través del legislador. Les seves finalitats clàssiques són: la defensa del dret objectiu i la unificació de la jurisprudència, mitjançant la qual s'aconsegueix la correcta aplicació del dret, s'assegura la no vulneració dels principis de seguretat jurídica, igualtat, certesa, previsibilitat jurídica i judicial, i es propensa a protegir la presència vàlida de la norma de dret objectiu».⁴⁶ Per ABRIL CAMPOY la tasca del nostre Tribunal Superior segueix sent nomofilàctica, advocant per la uniformitat del dret català.

En determinat moment, van començar a tenir gran importància els principis d'eficàcia i de participació, com a essencials en una administració de justícia concebuda com a servei públic i es va anar imposant en els estats de dret continental el paradigma constitucional d'incorporació de principis

43 Del verb francès *casser*, significa trencar en trossos, dividir (una cosa rígida) de manera sobtada, triturar, aixafar. Sens dubte i en sentit jurídic, corregir una decisió judicial, anul·lar-la, trencar-la, en quan hi ha causa per a fer-ho.

44 No hi ha antecedents de dret romà preclàssic. En el període clàssic, un jutge coneixia de la prova dels fets i el *praetor* establia el dret i aquest podia atendre a petició dels defensors de la República un recurs de caràcter extraordinari per tal de rescindir sentències lícites (la *restitutio in integrum*) si es considerava que en alguna cosa havia resultat perjudicat el dret de la República (fos per incórrer en error respecte de les normes de dret objectiu, per infracció del *ius litigatoris*, o per errors quant a l'existència del dret subjectiu de les parts litigants). No calia violar una llei d'interès general. Cap dels instituts que van anar sorgint tant en el dret romà com en el germànic, i finalment en virtut de la unió de tots dos, en allò que va ser el dret intermediari, contenia els elements necessaris per poder qualificar-los com a antecedents directes del modern recurs de cassació.

45 Els Estats italians van utilitzar aquest mecanisme per imposar els seus estatuts locals per sobre el *ius commune*. A França es va utilitzar com un mecanisme per uniformar el Dret a partir de la llei territorial, arribant a ser característic del seu ordenament jurídic.

46 ABRIL CAMPOY, J. M.: «El recurs de cassació a Catalunya: La Llei 4/2012, de 5 de març i els seus criteris d'aplicació», *InDret*, revista para el www.Indret.com, 4.2017. Análisis del Derecho.

i valors de caràcter ètic en el pla jurídic, entre els quals figura la seguretat jurídica. En aquest canvi, el dret a la tutela judicial efectiva no es concep ja com el dret a obtenir necessàriament una resolució encertada dels tribunals, sinó simplement com el dret a obtenir una resposta raonablement motivada en dret. D'això es deriva que la doble instància és suficient per donar en la majoria dels casos una resposta raonable al ciutadà.

L'evolució històrica posa de manifest que primer s'excloïen les qüestions de fet, les relatives a la interpretació dels contractes, als actes jurídics, a la fixació de les quanties d'indemnització i a la moderació de les clàusules penals. Més endavant, s'imposà una fase formalista, el formalisme en la fase d'admissió, consistent en el fet que les corts de cassació comencen a apreciar amb extrem rigor els requisits d'interposició del recurs, fent gala del que s'anomena el compliment de la tècnica cassacional, reservada només a uns quants coneixedors. En un tercer moment, és el context fàctic el que marca l'activitat del Tribunal. Però a poc a poc s'acaba considerant que el judici sobre la *quæstio facti* no pot ser mai de «pur fet» en estar estructurat per referència a coordenades jurídiques.

D'aquesta manera, els límits entre el control dels fets (propi del recurs d'apel·lació) i el control de la correcta aplicació del dret (propi del recurs cassacional) es van anar desdibuixant i la pròpia funció de la cassació va patir crisis successives. La defensa de la norma s'ha anat progressivament diluint en funció de la introducció, com a motiu cassacional, de «l'error manifest en l'apreciació de la prova», després, tot acostant fets i dret en raó del caràcter normat de les regles d'apreciació probatòria i, finalment, amb l'anàlisi, més o menys vetllada, dels pressupòsits de fet de la regla jurídica i el seu contrast amb els fets apreciats pel tribunal d'instància, amb la finalitat de deduir la seva manca d'adequació i, sense reenviament, obrint al tribunal cassacional la més absoluta llibertat per a valorar de nou i requalificar novament els fets.

Els mecanismes de fugida són diversos, des de l'error patent en l'apreciació o valoració de la prova, fins a la consideració de l'encaix o no dels fets en el pressupòsit bàsic de la normaquina infracció cassacional s'invoca. Com un «mantra», llegim i sentim constantment que la valoració de la prova és una qüestió que pertany, en principi, als tribunals d'instància, principi que s'ha predicat formalment com a vinculant per al tribunal de cassació, tot negant pugui actuar com una «tercera instància».⁴⁷ I malgrat això persisteix

47 Per contra, s'ha entès malament la funció del tribunal d'apel·lació, tot aplicant que la «valoració de la prova és competència del jutge de primera instància» quan les Audiències tenen plena capacitat per a valorar de nou totes les proves.

la manca de definició de les fronteres. Per altra banda, va en augment l'aplicació del mètode d'equilibri d'interessos (i el principi de proporcionalitat que l'acompanya), en detriment de l'hermenèutica, de l'anàlisi dels textos pròpiament dits, especialment per la raó que aquests textos, sovint d'entroncament constitucional, són tan ambigus que remetent al jutge a que prengui en consideració directament els valors i interessos involucrats en el cas. Les tècniques de ponderació de valors i drets cada vegada s'utilitzen més. I a més a cops, la doctrina sobre «error patent en la valoració de la prova» pot arribar a desdibuixar els límits de la funció cassacional, el que aproxima cada vegada més la cassació si no a una tercera instància, sí a un sistema de creació de «norma jurisprudencial» i com a molt a la creació de precedents (en el sentit casuístic).

Per a XIOL,⁴⁸ la LEC ha prescindit radicalment de l'enumeració tradicional dels motius de cassació, el que suposa la mort de la cassació, que no s'explica sense tenir en compte l'evolució de les concepcions sobre la jurisprudència, que és el producte per antonomàsia de la cassació. Constata el gran canvi que ha suposat la transformació del recurs de cassació.

De la combinació d'aquests elements es conclou que el recurs de cassació actual deixa de ser el procediment definitori del Tribunal Suprem i del nostre Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i que la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de la llei és la que realment li correspon. Per a XIOL la cassació «es concep així, com un recurs amb una finalitat de manteniment de l'equilibri del sistema jurídic, de consecució de la moralitat interna del dret, de consecució, de realització efectiva, dels principis constitucionals d'igualtat, seguretat i protecció eficaç dels drets dels ciutadans».

No és la cassació, com apunta XIOL, un tercer examen reiteratiu dels processos per tal d'evitar errades, ni un recurs universal que pot operar com a moratòria per al pagament d'un deute, ni un instrument per allargar indefinidament un plet. No és tampoc un medi d'atribuir la solució del conflicte a jutges millors (són excel·lents jutges professionals els que gaudeix la societat espanyola, diu), ni és exigible que tot tipus d'assumepte sigui resolt sempre per l'òrgan situat a la cúpula judicial, ni la depuració del recurs de cassació obeeix al desig de liquidar els assumptes sense feina excessiva.

48 XIOL RÍOS, J.A.: «La mort del recurs de cassació», a «Autonomia i Justícia a Catalunya», X Seminari organitzat pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el Consejo General del Poder Judicial i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, 2009, p. 253.

5.3. L'estat actual

1) La normativa cassacional estatal no s'ha adaptat suficientment a aquesta concepció. Els motius de cassació venen referits en l' art. 477 LEC a la infracció de normes (substantives) aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés, a la protecció de la tutela judicial civil de drets fonamentals (excepte els de l'article 24 CE), a les matèries amb interès cassacional (des de la perspectiva d'establiment de la norma jurisprudencial) i a la presumpció legal tàcita de que la quantia del procés (superior a 600.000 euros) pot merèixer una anàlisi hermenèutica i nomofilàctica de la norma.

El control nomofilàctic, com a garantia de seguretat o certesa jurídica, es caracteritza pel seu caràcter extremament tècnic, com segur que ens farà veure la ponència de Joaquim Bayo Delgado. Configurat com a recurs «extraordinari» això significa que la llei l'admet excepcionalment (per causes taxades) i només contra determinades resolucions judicials. El recurs de cassació sempre ha tingut limitacions d'accés, per raó de la forma de la resolució judicial (només sentències), de la quantia del procediment⁴⁹ o en funció de la matèria (per exemple, per a la tutela de drets fonamentals), i ha estat sotmès a un marcat rigor en el tràmit d'admissió difícilment imaginable a països del nostre entorn jurídic- cultural.⁵⁰

Les seves causes estan prèviament determinades a la llei processal i desenvolupades per Acords dels tribunals cassacionals. Històricament s'han agrupat, bàsicament, en infraccions del procediment, és a dir errors de forma (error *in procedendo*) i infraccions de Dret substantiu, o sigui errors de fons (error *in iudicando*). Però el motiu és únic per al legislador de 2000. Segons l'article 477.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil la interposició del recurs de cassació s'ha de basar en «la infracció de normes aplicables per resoldre les qüestions objecte del procés».

L'art. 483.2 LEC, en definir les causes d'inadmissió del recurs de cassació, concretades per Acord de Ple no Jurisdiccional del Tribunal Suprem de 30 de desembre de 2011, permet perfilar, en negatiu, l'abast del recurs: no és viable el recurs de cassació quan concorri incompetència funcional (del Tribunal Suprem vers el Tribunal Superior, però no a l'inrevés), quan no sigui recurrible la sentència o quan presenti un defecte de forma insubsanable, per la manca de requisits d'interposició del recurs (falta de legitimació,

49 Que es vol suprimir en el Projecte de Llei d'Eficiència Processal.

50 MUÑOZ, «El diseño», p. 4.

al·legació de no existir litisconsorci passiu necessari, o impugnació de la condemna al pagament de costes, és a dir les pròpies del recurs per infracció processal). I hi ha altres causes comuns d'inadmissió, com la manca de postulació, la caducitat, la manca de dipòsit, la inexistència de gravamen, el no desenvolupament dels motius, l'abús de dret o el frau processal, o la carència manifesta de fonament.

També són causes d'inadmissió la resolució d'altres recursos substancialment iguals en sentit contrari al pretès pel recurrent (art. 483.2.4 LEC), la presentació d'un recurs de cassació contra la mateixa sentència davant d'un Tribunal Superior de Justícia (art. 478.2 LEC), la insuficiència de la quantia de l'assumpte, la manca d'acreditació de l'interès cassacional (art. 483.2.3 LEC) o la seva inexistència, per inexistència d'oposició a doctrina jurisprudencial, per manca de jurisprudència contradictòria o si la norma que es pretén infringida porta vigent més de 5 anys o, segons el parer de la Sala, si existeix doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem sobre aquesta norma o sobre una altra anterior de contingut igual o similar i l'existència de resolucions sobre el fons del recurs substancialment iguals (D.F.,4a de la Llei Orgànica núm. 7/2015).

Es consideren supòsits de carència manifesta de fonament, com a més significatives, l'alteració de la base fàctica de la sentència, el plantejament de qüestions noves, plantejar qüestions que no afectin la *ratio decidendi*, impugnar la interpretació del contracte sense ser la interpretació arbitrària, no raonable, il·lògica o contrària a un precepte legal, fer supòsit de la qüestió, la manca d'efecte útil del motiu, la manca de concreció en el desenvolupament argumental, la barreja de qüestions heterogènies i la manca d'identificació de la infracció al·legada.

2) A Catalunya, de manera més propera a la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de la llei, els motius venen referits a la contradicció amb la jurisprudència que resulta de sentències reiterades del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o del Tribunal de Cassació de Catalunya i a la falta de jurisprudència (art. 3 de la Llei 4/2012, de 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil de Catalunya).

El recurs de cassació autonòmic recollit a l'article 478 de la Llei d'Enjudiciament Civil, és competència de les Sales Civil i Penal dels Tribunals Superiors de les Comunitats Autònomes «...sempre que el recurs es fundi, exclusivament o juntament amb altres motius, en infracció de les normes del dret civil, foral o especial propi de la Comunitat, i quan el corresponent Estatut d'autonomia hagi previst aquesta atribució».

Actualment, el recurs de cassació a casa nostra⁵¹ no fa servir el criteri de quantia, la cassació adopta únicament el paràmetre de l'interès cassacional.⁵² Els criteris del Tribunal Superior segons Acords de 22 de març de 2012 i 4 de juliol de 2013 i la doctrina de la pròpia Sala permeten que qualsevol infracció d'una norma catalana pugui tenir accés a cassació sempre que s'acrediti en el cas concret la concurrència de l'interès rellevant («cassacional»⁵³) per a justificar l'apertura de la cassació. Resta oberta la consideració o no dels criteris de la Sala Primera del Tribunal Suprem en el seu Acuerdo de 27 de gener de 2017, especialment quan a si són o no trasladables els nous supòsits d'inadmissió, si s'opta per una interpretació restrictiva de l'excepció que possibilita l'accés a la cassació per la modificació de la jurisprudència per l'evolució de la realitat social o la opinió de la comunitat jurídica. Tot i que, *de facto*, la postura del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya és favorable a no limitar tant com el Tribunal Suprem l'accés cassacional.

Des del vessant del recurrent, l'interès cassacional constitueix una càrrega que obliga a acreditar, per a cada motiu del recurs, la necessitat i rellevància del pronunciament per part del Tribunal de cassació. Es pot justificar en la contradicció de la sentència de segona instància amb la doctrina de la Sala o del Tribunal de Cassació de Catalunya, o en l'absència de jurisprudència, sempre que en aquest darrer cas, es precisi quin és el problema jurídic concret i la doctrina que es vol que es declari.

5.4. Les noves orientacions en el projecte de Llei d'eficiència processal⁵⁴

El Projecte de Llei de mesures d'eficiència processal del servei públic de Justícia diu a l'Exposició de Motius que es vol simplificar la concepció del recurs de cassació, mitjançant la previsió d'un únic recurs que no depèn del tipus o quantia del procés i que s'endinsa en l'interès cassacional de la interpretació de les normes, tant substantives com processals.

51 Llei catalana 4/2012, de 5 de març.

52 ABRIL CAMPOY, J. M.: «El recurs ...», citat.

53 L'existència d'interès cassacional no hauria de ser una nova versió de l'antic recurs de cassació per a unificació de doctrina.

54 A la data d'entrega d'aquesta ponència per a la seva publicació encara no s'havia aprovat la nova llei.

Es pretén enfortir l'interès cassacional, «que és el que simbolitza millor la funció social del Tribunal Suprem, com a via única d'accés al recurs, però simplificant-ne la definició. Hi haurà interès cassacional, substantiu o processal, quan la sentència recorreguda s'oposi a la jurisprudència de la Sala Primera, o de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia corresponent en el recurs de cassació autonòmic, resolgui una qüestió sobre la qual no hi hagi jurisprudència dels tribunals esmentats o hi hagi pronunciaments contradictoris de les Audiències Provincials».

Un tercer objectiu és garantir la celeritat en els temps de resposta mitjançant la simplificació de la fase d'admissió i l'adaptació del sistema civil al model dels ordres jurisdiccionals contenciosos - administratiu i social. «Es preveu, finalment, la possibilitat que, quan ja existeixi doctrina jurisprudencial sobre la qüestió plantejada i la resolució impugnada s'oposi a aquesta doctrina, el recurs es pugui decidir per interlocutòria, amb el propòsit d'alleugerir la càrrega de treball de la Sala del Civil del Tribunal Suprem.»

Així, doncs, l'únic motiu admissible a la nova cassació (art. 477 del Projecte de Llei d'Eficiència Processal), tant es fonamenti en raons processals o en raons materials, serà «la infracció d'una norma legal, acompanyada de la concurrència d'interès cassacional».⁵⁵

La reforma que s'anuncia reconduïx les infraccions processals a un únic recurs de cassació, com ja es va fer en 2015 amb la cassació contencios-administrativa, i a una cassació molt vinculada al correcte disseny legal del «procediment testimoni» a la LEC, considerat notablement deficient per algun autor.⁵⁶ La reforma vol posar fi al règim «transitori» de la Disposició Setzena de la LEC i al col·lapse de la cassació pels recursos derivats de la litigació en massa, a través de la tècnica del plet-testimoni.

D'acord amb l'art. 477.3 del Projecte, «es considerarà que un recurs presenta interès cassacional quan la resolució recorreguda s'oposi a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem o resolgui punts i qüestions sobre els

55 Però es manté l'accés per a les sentències dictades per a la tutela civil de drets fonamentals. Tot i que, com recorda MUÑOZ, és el Tribunal Constitucional qui ostenta la darrera paraula en la interpretació de l'abast dels drets fonamentals (art. 5.1 LOPJ), el que ha provocat en el passat controvèrsies amb la Sala Primera del Tribunal Suprem. Vegeu: MUÑOZ ARANGUREN, A: «El diseño del nuevo recurso de casación civil en el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *Diario La Ley*, nº 10210, Sección Doctrina, 18 de gener de 2023, p. 2.

56 MUÑOZ, «El diseño», p. 2.

quals hi hagi jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials o apliqui normes sobre les quals no existeix doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem». Com diu MUÑOZ,⁵⁷ «[La] redacció segueix l'estela de l'actual art. 477.3, si bé simplifica correctament el darrer supòsit (inexistència de jurisprudència sobre la norma aplicable) i elimina la restricció temporal dels 5 anys d'antiguitat de la norma -no exempta de dificultats interpretatives fins a l'adopció de l'Acord del 2017. Atès que la norma no conté més especificacions sobre què s'ha d'entendre per jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials, sembla raonable inferir que el Tribunal Suprem aplicarà els criteris fixats a l'Acord de 2017 esmentat».

Amb aquesta flexibilitat, la Sala Primera podrà abordar assumptes de transcendència social o jurídica que per raons purament tècniques no encaixaven en la definició d'interès cassacional, amb un «sistema reglat flexible o, en algun sentit, mixt» i «amb una nova potestat de admissió, amb un cert grau de discrecionalitat, quan el recurs sigui d'interès general per a la interpretació uniforme de la llei estatal o autonòmica.»

Constato l'aproximació del nou model cassacional estatal al que està instaurat a casa nostra.

No és només el volum de recursos,⁵⁸ ni la tècnica de redacció,⁵⁹ sinó la pròpia naturalesa i finalitat del recurs extraordinari la que obliga a reorientar el seu sentit, probablement, en la línia de la potenciació de la creació de la norma jurisprudencial (ben entesa), d'una via de «diàleg» (ara sí) entre el tribunal d'instància i el de cassació i acollint tant la doctrina constitucional

57 Muñoz, «El diseño», p. 2.

58 La Sala Primera del Tribunal Suprem, segons la Memòria del Consejo General del Poder Judicial de 2021, va ingressar aquell any 10.969 assumptes. Malgrat les dificultats comparatives, a França s'interposen i admeten a tràmit prop de 20.000 recursos de cassació civils, si bé en els darrers anys s'observa una tendència lleugerament decreixent, i el 2019 han estat prop de 17.000 recursos. A Itàlia, la Corte di Cassazione dicta unes 30.000 sentències civils cada any (Muñoz, «El diseño...», p. 4). La situació és marcadament diferent a nivell de Tribunals Superiors de Justícia.

59 Més pròxima, en el nostre país, a una reproducció de l'esquema de la instància (fets, arguments) abans de passar als motius i més depenent d'allò fàctic que de la generació de norma jurisprudencial *strictu sensu*, davant d'altres sistemes, com el francès o l'italià, amb resolucions de curta extensió, que sovint es limiten a contenir unes màximes o a explicitar de manera succinta com s'ha d'interpretar determinada norma, i acudint en la immensa majoria dels casos a la tècnica del reenviament al tribunal d'instància, molt lluny dels 100 assumptes del Tribunal Suprem nord-americà (Muñoz, *ibidem*).

sobre els requisits formal i la tutela judicial efectiva,⁶⁰ com la del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre l'article 6.1 CEDH, el principi d'efectivitat del conveni, la «previsibilitat» del recurs de cassació i els requisits formals del recurs, tot exigint «un nexa raonable de proporcionalitat entre els mitjans emprats i l'objectiu perseguit.»⁶¹

Definit així el sentit i abast del recurs de cassació, centrats en la funció de fixar jurisprudència en la interpretació de les lleis, vull ara abocar-hi les reflexions sobre la presa de decisions i el cercle decissional, aplicar la primera part d'aquest treball a la concepció del recurs extraordinari.

6. Un enfocament diferent: el reflex del cercle decissional en la casació

En Dret comparat guanya terreny la teoria alemanya de la *Leistungsfähigkeit* (referida a l'esgotament de les capacitats de revisió), que sosté que un tribunal de cassació ha de revisar tot el que li sigui possible, quedant solament excloses les qüestions directament relacionades amb el principi d'immediació.⁶²

No he exercit la funció cassacional i per tant no m'és fàcil situar-me des d'aquesta banda. Tradicionalment la cassació ha pretès donar una resposta en la perspectiva hermenèutica i nomofilàctica que protegeix la norma, la llei, tot respectant els fets, que es consideren «sobirania del tribunal de instància» i ara la seva nova funció de fixar jurisprudència en la interpretació dels referents normatius hi incideix. Si acceptem que les Audiències Provincials, a l'hora de prendre decisions, de dictar les seves sentències,

60 Si la decisió judicial d'inadmissió «no es troba degudament motivada o no està justificada, es fonamenta en una causa inexistent o en un rigor excessiu en la interpretació dels requisits formals, pot el Tribunal Constitucional, a través del recurs d'empara, restablir el dret vulnerat i fer efectiva la tutela judicial que garanteix l'art. 24.1 CE» (SSTC 214/1988, 190/1993, 374/1993 i 63/2000). Caldria superar determinada concepció de la facultat del legislatiu en la «configuració legal» del recurs.

61 SSTEDH de 19 de desembre de 1997 (cas Brualla Gómez de la Torre contra Espanya), 11 d'octubre de 2001 (cas Rodríguez Valín contra Espanya) i 26 de maig de 2020, (cas Gil Sanjuán contra Espanya).

62 La doctrina alemanya exclou de la cassació tot allò referit a la immediació i la gravació dels judicis pot quedar en dubte, doncs les fronteres entre aprehensió i valoració es desdibuixen.

segueixen el procés de presa de decisions tal i com l'he anat descrivint,⁶³ haurem d'entendre el recurs extraordinari de cassació d'una altra manera. Quan abans la sentència es veia com el resultat d'un sil·logisme jurídic, era relativament fàcil identificar l'abast de la funció del tribunal cassacional que, tot respectant els fets, assentava els referents normatius, amb la seva correcta interpretació. Però si s'entén la sentència com una decisió resultat d'un procés circular, si admetem els fenòmens d' in-tensió i d'ex-tensió, si acceptem les quatre fases del procés i de cada un dels seus components, la visió haurà de ser una altra, més matisada. Especialment si el Tribunal Superior centra la seva funció en la creació de la doctrina jurisprudencial.

Si concebem la sentència d'instància, de segona instància, com a objecte cassacional en el sentit que es dedueix de l'estudi del cercle decisonal, hem d'acceptar amb rotunditat i claredat que el recurs de cassació ha de perpetuar la seva finalitat, tot respectant com a sobirania de les Audiències Provincials aquella part de cada un dels cercles interns del procés, de les passes de la presa de decisions, de cada fase de la decisió (prova, anàlisi, referents normatius i decisió final) que signifiqui la consideració, pel jutge o jutgessa o per l'Audiència Provincial, de l'impacte que rep de la realitat (a través de la captació dels fets, de la descripció de les afirmacions fàctiques i de la fixació i l'accés al text normatiu en les seves resolucions). La cassació tampoc hauria d'interferir en el procés d' in-tensió (la interpretació dels fets, la ponderació analítica de la prova, l'argumentació jurídica), ni en el procés d' ex-tensió (la convicció sobre la utilitat de la prova, sobre l'orientació de l'anàlisi, sobre la signatura de la decisió). Només en la mesura en que falli la fase intermèdia de naturalesa referencial (l'ús dels criteris de valoració probatòria o l'aplicació errònia de preceptes de valoració; l'error en la confrontació, en l'anàlisi, amb les màximes d'experiència; l'equivocació en la validació del referent normatiu, per allunyar-se de principis i valors constitucionals o socials; la infracció del judici de virtualitat de la decisió) estarà legitimat el tribunal de cassació per a admetre el recurs i, a manca de reenviament, per a actuar com a tribunal d'instància.

En la nova cassació que s'anuncia, aquest control només té sentit en ares a crear normes jurisprudencials, i no per a corregir eventuais errors *ad casum* que no requereixin de la formulació d'una norma jurisprudencial «generalitzadora». En la nova cassació la funció del tribunal no haurà de ser corregir la casuística, ni establir «precedents» entesos como casos que

63 Veure l'apartat 4 d'aquest treball i la referència de la nota 1.

per les seves semblances amb altres puguin ser considerats en el procés d'interpretació legal (d'in-tensió), com a experiència interpretativa aliena a utilitzar ocasionalment en la interpretació jurídica de la norma (el pas segon de la fase tercera) o que busquin neutralitzar els elements personals o els trets caracterològics del jutjador d'instància.

El control cassacional s'ha de limitar, entenc (incorrent en altre cas en una desvirtuació de la seva funció i reproduint la seva tendència a convertir-se en una «tercer instància») al control i defensa tant sols de la correcta aplicació dels elements valoratius: de les regles de valoració dels fets, de les regles de confrontació analítica, o sigui, de les màximes lògiques de l'experiència, de la ponderació dels efectes de la resolució (les regles de virtualitat), i de la correcta aplicació dels referents normatius en el seu sentit total: l'elecció correcta del referent o referents normatius, la depuració acurada de les normes (interpretació), la validació de les normes en relació als principis i als valors constitucionals, als valors socials i ètics i als principis convencionals, i la correcta qualificació jurídica dels fets (subsumpció o aplicació legal).

Si el que cerca aquest recurs és uniformitzar la interpretació jurisprudencial de les normes (creant «normes jurisprudencials»), però no generar precedents (en el sentit que hem descrit), si, finalment, acceptem la tesi del cercle decisonal com a mètode de la presa judicial de decisions, la funció del tribunal de cassació adquireix un altre sentit, centrada en els referents normatius i no en l'apreciació probatòria, ni ens els processos d'in-tensió, ni d'ex-tensió.

6.1. Captació, interpretació, valoració i utilitat de la prova

Com diu MUÑOZ,⁶⁴ el dret probatori, especialment a la jurisdicció civil, continua sent una matèria poc estudiada per la doctrina processalista i amb un escàs desenvolupament jurisprudencial. No s'hauria de resoldre aquest assumpte, com fins ara, mitjançant una simple remissió a les regles de la sana crítica (art. 348 LEC) o a la concessió d'un poder taumatúrgic a la immediació judicial. Res no impediria al tribunal cassacional, si així ho decidís, introduir en les seves resolucions indicacions dogmàtiques

64 MUÑOZ, «El diseño...», p. 3.

relatives a la fixació correcta del *factum* i a les tècniques de valoració dels diferents mitjans de prova però fins ara no ho ha fet.

En relació a l'error en la valoració de la prova, es confirma, quan la causa invocada és l'interès cassacional per la jurisprudència contradictòria de les Audiències Provincials, la tesi de que «la fixació o unificació de la doctrina jurisprudencial, requereix òbviament la possibilitat que hi hagi una doctrina —amb una mínima dosi de generalitat— susceptible de ser fixada o unificada. Aquesta modalitat de recurs és, doncs, en principi inviable per revisar valoracions dels tribunals d'instància que, encara que jurídiques, vinguin decisivament determinades per les circumstàncies fàctiques concretes del cas. L'apreciació de la culpa o negligència, mancant normes legals que fixin nivells de perícia o diligència exigibles, es mostra com un exemple paradigmàtic d'aquest tipus de valoracions jurídiques.»⁶⁵

I, acceptada la cassació, la Sala cassacional té facultats plenes de revisió no només de les qüestions jurídiques plantejades en el recurs, sinó també de les fàctiques, i es pot fer una revisió plena de la valoració de la prova, sense estar constreta per les estrictes limitacions que en aquesta matèria són pròpies.⁶⁶ Com que no s'opta pel reenviament, això continuarà igual.

En semblant sentit, les insuficiències del tribunal d'instància en la integració del *factum* permeten la facultat (integrativa) del tribunal de cassació, autoritzat a complementar una relació històrica incompleta o insuficient per tal d'explicitar la resposta cassacional, però «de cap manera permet efectuar valoracions probatòries, ni pot ser postulada per la part per a la configuració del supòsit fàctic d'un motiu». La integració no pot ser utilitzada per a, «desentenent-se dels fets declarats provats en la sentència recorreguda després de valorar determinats mitjans de prova, imposar la realitat fàctica proposada per la part recurrent a partir de l'examen i

65 STS, Civil secció 1 núm. 407/2016, del 15 de juny de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2871), STS, Civil secció 1 núm. 370/2016, del 03 de juny de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2577) i ITS, Civil secció 1 del 20 de juny de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:6755A).

66 STS, Civil secció 1, núm. 317/2019, del 04 de juny de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1970) i STS, Civil secció 1, núm. 371/2017, del 09 de juny de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2263), entre altres. Com diu Muñoz («El diseño», p. 4) malgrat que el tribunal cassacional no pugui modificar en línia de principi la valoració probatòria de l'Audiència Provincial en seu cassacional, no és inusual trobar supòsits en què l'Alt Tribunal, en assumir la instància, prengui en consideració elements del material probatori no valorat pels tribunals d'instància. Això és conseqüència de la característica absència de reenviament, en cas d'estimació del recurs de cassació, al nostre país.

valoració dels mateixos o d'altres mitjans de prova i que contradiu aquells, ja que la integració del «factum» no els pot emmascarar.»⁶⁷

Però la crítica més extensa és que el Tribunal Suprem i també els Tribunals Superiors de Justícia han corregit el procés probatori (no només l'ús i interpretació de les normes de valoració probatòria), quan han apreciat error fàctic («material o de fet»), quan han considerat que la «valoració» (realment, al meu entendre, la captació, la interpretació, la valoració o la utilitat, o vàries d'elles) presentava un error de gran magnitud, quan la «valoració» havia estat errònia de forma patent, absurda, il·lògica, manifesta, evident o notòria (per totes, STS, Civil secció 1, núm. 559/2022, del 11 de juliol de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2917) i les que cita, doctrina a la que es remet habitualment el nostre Tribunal Superior).

Aquest fenomen no hauria de produir-se, però actualment encara perdura, en part, aquesta tesi a l'empara de l'article 469, 4 LEC (recurs extraordinari per infracció processal),⁶⁸ tot reforçats per la idea de que tal «valoració probatòria» lesiona el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en l'àmbit normatiu de la infracció legal *in procedendo*).

El recurs extraordinari d'infracció processal no ha estat contemplat a la regulació de la Llei 4/2012 i es segueix regulant per les normes de la LEC (arts. 468 i ss.), de forma que no es pot plantejar de manera autònoma davant del Tribunal Superior de Justícia. Encara que, com diu ABRIL CAMPOY, els criteris de la Sala catalana i la doctrina del Tribunal Superior tenen en compte els criteris de la Sala Primera respecte de les exigències formals per l'admissió del referit recurs extraordinari i tot i que podria plantejar-se la possibilitat d'actuar amb criteris propis en relació al recurs d'infracció processal (no són objecte del recurs extraordinari d'infracció processal la vulneració d'una norma processal catalana, que s'analitza per via del recurs de cassació, exigència ineludible per a poder analitzar-la). Però perdura la via de l'article 24 CE.

En la tesi que defenso, si finalment veu la llum la Llei d'Eficiència Processal, la captació, interpretació i utilitat de la prova hauria de

67 STS, Civil secció 1, núm. 617/2007, del 24 de maig de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3245), STS, Civil secció 1 núm. 650/2014, del 27 de novembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5251) i STS, Civil secció 1, núm.: 854/2021, del 10 de desembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4798).

68 En els últims cinc anys, de 413 sentències del Tribunal Suprem que van cassar la d'instància, hem computat que 14 ho varen fer per error en la valoració de la prova. Hi ha una part (5) que es desplaça a l'anàlisi del pressupost fàctic, especialment en matèria de consum (sobre la consideració de consumidor, els interessos, etc.).

ser sobirania de l'Audiència Provincial. La captació està íntimament relacionada amb la immediació, que la doctrina alemanya exclou de la matèria cassacional, i la interpretació fàctica i la selecció útil del material probatori com a passos d'in-tensió i d'ex-tensió personals i intransmissibles haurien de quedar també exclosos del control cassacional. La funció del Tribunal Superior s'hauria de concentrar en fixar els criteris de valoració (com a referents normatius) i, sobre les regles de fixació correcta dels fets des de la perspectiva dogmàtica. Si no ho fa així, trairà la seva funció.

Ara per ara, més del desitjable, la remissió dels aspectes fàctics a la interpretació dels referents normatius es fa sense clara distinció entre pressupòsit fàctic de la norma (o aspecte fàctic de la proposició normativa) i fets provats, especialment en matèria de consum. Allò «absurd» o «il·lògic» no es pot emmarcar en l'eix horitzontal, el que va de la interiorització a la manifestació de les «bones raons» i semblaria aliè al control cassacional, però si hi comprendria el control de les regles de fixació correcta de la prova. Es situa en el terreny referencial, però és molt fàcil envair el terreny de l'aprehensió i de la immediació (el que la nostra tradició i la doctrina alemanya reserva al tribunal d'instància).

Si el tribunal d'instància infringeix les garanties de l'interrogatori, les regles sobre l'accés de la prova documental al procés, les regles sobre el mètode o protocol legal emprat pel pèrit, o les regles de la càrrega de la prova, el tribunal de cassació ho pot controlar, perquè estem en el terreny de la defensa de la llei, de la heurística, de les regles de valoració probatòria i de les màximes fàctiques de l'experiència. L'Audiència Provincial pot haver validat una prova il·lícita o obtinguda sense garanties, pot haver obviat una regla obligatòria de valoració probatòria o de càrrega de la prova, pot haver oblidat un referent normatiu essencial en la fase de confrontació (el que es farà patent en el moment de l'argumentació jurídica), o un error en l'aplicació de les màximes d'experiència i, és en aquest àmbit que té sentit la funció nomofilàctica del recurs de cassació.

Si pot haver retret sobre els referents normatius elegits, interpretats, contrastats i aplicats per l'Audiència, més que un error patent en l'apreciació de la prova, el que el tribunal cassacional podria (i hauria de) controlar és la incorrecta valoració dels efectes que pot produir la resolució (en l'àmbit de l'ex-tensió), en l'eix horitzontal, des d'una perspectiva de la virtualitat de la decisió, tot respectat el procés d'in-tensió de la Sala d'instància, de la seva plena sobirania.

Discrepo de MUÑOZ⁶⁹ quan diu que identificar una doctrina jurisprudencial susceptible de generar interès cassacional en matèria de valoració probatòria no sembla una tasca fàcil, llevat que s'incorri en construccions teòriques artificials. No veig, com suggereix aquest autor, que es pugui invocar la valoració irracional de la prova com a motiu autònom i, tot invertint l'ordre i resolent primer el recurs de cassació, quan la norma permeti al tribunal cassacional estimar la infracció de dret substantiu i de la jurisprudència que l'interpreta, pugui seguidament apreciar aquest error de fet no controvertit, eventualment al·legat pel recurrent, i corregir la valoració probatòria d'instància.

Entenc, repeteixo, que el tribunal de cassació, que ha renunciat, per ara, a fer indicacions dogmàtiques sobre la fixació correcta del *factum* i sobre les tècniques de valoració dels diferents mitjans de prova, no té com a funció substituir el procés de captació, ni la interpretació dels fets, ni el judici d'utilitat de la prova i hauria de limitar la seva funció, amb auto constricció, al control monofilàctic en la primera fase del procés decissional, a la fase de valoració, al desenvolupament dels articles 304, 307, 319, 326, 373 o 348 de la LEC, a fixar normes jurisprudencials de valoració i a establir regles (doctrina jurisprudencial) per a la fixació correcta de la prova.

6.2. Afirmacions fàctiques, ponderació, confrontació i orientació de l'anàlisi

La segona fase del cercle decissional, en tant procés d'intensió, intern, no ha de ser controlable en cassació. Com diu IGARTUA,⁷⁰ només importa la motivació externa.

L'Audiència Provincial (i la jutgessa o jutge individual) que conforma la seva convicció sobre els fets des de la fixació de les afirmacions fàctiques⁷¹ i a través de la seva ponderació, està actuant en terreny sobirà, exclusiu. Si escull esbiaixadament l'objecte d'anàlisi (incorent en incongruència)

69 MUÑOZ, «El diseño...», p. 3.

70 IGARTUA SALAVERRÍA, J.: ¿Cuáles son los principales conceptos de «motivación» y cuáles sus respectivas ventajas o desventajas? qüestió n.3, a «III La motivación fáctica. 123 cuestiones básicas sobre la motivación de las resoluciones judiciales, VVAA Dctor. Javier Hernández, a Cuadernos Digitales de Formación, n.32, 2012.

71 Entenc per afirmacions fàctiques les que es fan (per les parts i el propi jutge) un cop recaptat el material probatori (al final de la primera fase del procés decissional).

en funció del punt de partida, només serà possible el control en la fase decisòria, quan aquest error es tradueixi en una argumentació jurídica errònia (a la quarta fase).

És cert que el jutge es pot equivocar en la fase de confrontació (amb els referents normatius de la lògica, amb les màximes lògiques d'experiència) i només en aquesta tercera passa tindrà sentit el control cassacional i la funció nomofilàctica. Es pot obtenir un material probatori depurat equivocat, però, novament, el control es defereix a la quarta fase (la de la motivació). Si el tribunal d'instància infringeix les garanties o oblida un referent lògic essencial en la fase de confrontació (el que es farà patent en el moment de l'argumentació jurídica), o un error en l'aplicació de les màximes d'experiència, és en aquest àmbit que té sentit la funció nomofilàctica del recurs de cassació i no en la fase d'intensió.

Aquest error li pot haver dut a una equivocació en l'orientació de la seva anàlisi, però si, malgrat la omissió o error no s'altera el resultat, la conclusió a que arribi ha de ser respectada pel tribunal de cassació. La fixació del material probatori depurat correspon a la instància.

6.3. Elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius

Tot tenint en compte el procés decisor judicial tal i com l'he anat exposant, la cassació, com a mecanisme de control, ha d'incidir fonamentalment en el tercer pas del procés de presa de decisions, el dels referents normatius. Aquest és l'àmbit més propi del recurs cassacional. La funció cassacional s'hauria de centrar, així, de entre els quatre elements del procés decisonal que he exposat, en el tercer, el dels aspectes normatius, en un sentit ample.

El tribunal de cassació ha de controlar la recerca voluntària de preceptes aplicables, quan no es sosté lògica, ni jurídicament, ha de corregir les eleccions equivocades de la llei aplicable, les interpretacions voluntaristes, esbiaixades o simplement errònies, les validacions (o la seva manca) en relació a les normes positives (infracció de doctrina legal), la infracció de les normes jurisprudencials (infracció de doctrina jurisprudencial, no dels precedents, en el sentit que he exposat), també per jurisprudència contradictòria i per manca de doctrina en lleis recents, i en relació als drets, principis i valors constitucionals i als drets i valors convencionals.

Ja havia assenyalat la Sala Primera del Tribunal Suprem en Interlocutòria de 3 de maig de 2007, criteri reiterat en moltes altres, que «perquè hi hagi interès cassacional s'ha de constatar l'existència d'un veritable conflicte

jurídic generat per la contradicció de la doctrina jurisprudencial establerta en la interpretació i aplicació de les normes substantives objecte de debat per tal de garantir la «seguretat jurídica», el que significa que el conflicte s'ha d'haver generat en analitzar el nucli de la decisió jurisprudencial i no per qüestions tangencials vistes en el procés.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya admet l'interès cassacional a l'empara de l'article 2.2 i 3 de la Llei 4/2012, de 5 de març, havent-se d'especificar la *ratio decidendi* i encaminat a la fixació de doctrina jurisprudencial.⁷²

El tribunal cassacional ve cridat no només a la defensa nomofilàtica, sinó també al control sobre la correcta superposició d'ordenaments jurídics i a la defensa dels drets, principis i valors constitucionals, del dret europeu, del dret convencional. El tribunal cassacional, si vol ser fidel als seus orígens, ha de defensar la llei, ara en un sentit més obert, el que significa el vessament del sistema de drets humans i dret convencional, de dret de la Unió Europea i de la Constitució Espanyola sobre el dret civil català. Ha de retrobar aquest camí sense substituir a les Audiències Provincials i respectant les competències del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, del Tribunal Europeu de Drets Humans, dels Dictàmens de la CEDAW, etc., i recepcionant les seves doctrines.

En la mesura que l'elecció, depuració, validació i aplicació dels referents normatius respongui a normes, a regles, també ha de controlar la validesa del mètode judicial en aquesta fase de la presa de la decisió. El mètode es conforma a través de regles. El mètode també és un referent normatiu i s'hauria d'estendre la cassació al control del mètode decisor, de forma que el tribunal cassacional vetllés per la «mètodefilaxi», si se'm permet l'expressió.

Es tracta d'allò referent a corregir errors metodològics en cadascuna de les quatre fases que hem anat descrivint o l'absència d'alguna de les fases de cada cicle, bàsicament en la primera fase per ommissió en la captació, interpretació, valoració o judici d'utilitat del material probatori recaptat (amb els límits de la immediació i de la mediació mediata a través dels medis de gravació), per omissions en l'aplicació de regles legals i màximes d'experiència valorativa. En la fase d'in-tensió per la inutilitat de l'anàlisi o l'error en la conclusió probatòria. En aquesta segona fase, reflectida en la

72 Per totes, ITSJC núm. 127/2022, Civil, Secció 1 del 27 de setembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:692A).

quarta, seria cassacionable la inclusió d'arguments estranys al debat, els errors de ponderació argumental, la infracció de màximes d'experiència racional, l'argumentació inútil, esbiaixada, desorientada o falaç. En la tercera fase seria cassacionable, si acceptéssim aquesta tesi, la omissió d'una lectura, la interpretació, contrast valoratiu o aplicació normativa i el no respecte als precedents, en el sentit que hem exposat.

Estem parlant d'un conjunt de coneixements, habilitats i actituds per a la presa de decisions, que també constitueixen referents normatius. Entenc que la cassació hauria de girar progressivament cap a un mecanisme d'establiment de «grans principis», més proper al que ara mateix és (o hauria de ser) la funció constitucional i dels tribunals internacionals (tot i que aquests no es troben «atrapats» per la vinculació als fets del tribunal d'origen) tot valorant cada cas i sent capaços de assentar una doctrina general.

No s'ha de confondre la revisió de la valoració de la prova, que fa referència a la fixació o determinació dels fets, amb la revisió de les valoracions jurídiques extretes dels fets considerats provats,⁷³ la qualificació jurídica. La primera no és controlable en cassació, el que constitueix la segona, sí.

Tot i així, no totes les resolucions judicials contràries a la norma són corregides en cassació, de forma que quantitativament moltes escapen del control. Això vol dir que continuem resolent molts conflictes només amb l'actuació de la instància. La valoració probatòria, donada la complexitat de la presa de decisions judicials, la varietat de conflictes i dels mètodes d'argumentació aplicativa i les possibilitats electives, interpretatives i aplicatives poden donar lloc a solucions aparentment contradictòries però essencialment correctes, igualment, i el Tribunal Superior ho hauria de respectar.

Haurien de ser raonablement inamovibles la validació del material probatori recaptat i la llibertat argumentativa, els referents normatius principalistes i els valors. En aquest context, la tasca del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (i del Tribunal Suprem) hauria de tendir a la simplificació, o si es vol a la sublimació, tot vetllant pel control dels valors substancials dels referents normatius, en un sistema «multi-fonts». En un ordenament jurídic obert de fonts, la nomofilaxi ha de centrar-se en la cúspide de l'ordenament jurídic, més que en els textos positius, prolixes i no rarament contradictoris.

73 STS, Civil secció 1, núm. 436/202, del 22 de juny de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2498).

En un sistema en què hi ha tribunals per sobre del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i del Tribunal Suprem que vetllen per la defensa dels drets fonamentals i de la constitucionalitat de les lleis, dels drets humans i del dret europeu, la funció del tribunal cassacional ha minvat, més per no rebre i integrar els principis i normes europees i convencionals i la doctrina dels respectius tribunals que les defensen que no per resoldre l'abast de la seva funció enfront de la sobirania del Tribunal d'instància.

6.4. Part dispositiva, argumentació, virtualitat i signatura de la decisió

En el sentit que vinc defensant, la part dispositiva de la resolució, la decisió en ella mateixa, no es objecte cassacional, en tant convicció, decisió del tribunal d'instància. Però de forma indirecta, l'estimació d'un recurs de cassació la invalida (a manca de reenviament i assumint el tribunal de cassació la instància). Pròpiament, el judici cassacional controla o hauria de controlar només els judicis de dret.

Potser també es podrà cassar una sentència que presenti deficients formes de plasmació, en la redacció de la sentència, del raonament sobre el material probatori recaptat (sobre el que ja he parlat, les regles de racionalitat i de valoració probatòria) i en relació a la motivació, per no afrontar l'argumentació jurídica amb garanties. No hi ha dubte que tradicionalment ha estat motiu d'infracció processal la infracció dels requisits interns de la sentència i dels seus efectes (articles 216 a 222 LEC) i encara trobaríem altres preceptes que, en la nova cassació, podrien justificar la tasca del Tribunal Superior. El defecte de motivació comporta sempre indefensió i per tant és cassacionable. Estem en la fase aplicativa, no només d'argumentació normativa, sinó també fàctica, i la decisió judicial sobre validació o rebuig, que és pròpia del context de justificació, ha de respondre a la claredat argumental, aspecte que ha de controlar el Tribunal Superior.

El gran problema és fins a quin punt el tribunal de cassació ha d'exercir la funció nomofilàctica controlant l'argumentació. He recollit en altre lloc⁷⁴ la preocupació de la doctrina a favor d'una bona argumentació, la proposta dels «esquemes argumentatius» de TARUFFO, la preocupació d'ANDRÉS

74 Mireu nota 1.

IBAÑEZ, sobre la motivació fàctica, per la seva discrecionalitat i pel seu control més difícil.

L'argumentació és el terreny del «*trial and error*» de POSNER (a l'altre extrem de l'eix horitzontal, respecte a la deliberació). L'argumentació travessa el procés decisorí judicial des de l'anàlisi a l'argumentació aplicativa i si contraposem «analitzar» a «argumentar» (introspecció, dirigida al propi convenciment, enfront d'extraversió, dirigida a convenciment) i tot i que les fronteres no sempre són nítides, hem de concloure que s'ha de poder controlar si la justificació adoptada pel jutge, per donar suport a la decisió, respon als canons de la racionalitat només en tant dits canons siguin un altre tipus de referent normatiu, però no es pot controlar la justificació en si mateixa.

Més enllà, encara que l'argumentació i la motivació no coincideixin amb la que hagués considerat el tribunal de cassació, no es pot controlar el conjunt d'elements que han de ser presents en l'explicació o la justificació d'una decisió judicial. I si admetem diverses possibilitats d'argumentació vàlides (que siguin jurídicament correctes n'és un pressupòsit, però no l'essencial) si, com hem defensat, són compatibles diverses formes d'argumentar (al menys la formal, la material i la pragmàtica, exposades amb claredat per ATIENZA), tot i que la motivació judicial sigui una declaració de ciència i una declaració de voluntat (VIGO i CARNELUTTI), no entenc que es pugui suplir l'argumentació de l'Audiència Provincial pel sol fet de que el tribunal cassacional entengui que l'argumentació n'ha de ser una altra. Per sobre de les diverses qualificacions sobre els tipus d'argumentació (argumentació directa o per deduccions), si s'encadenen amb precisió les premisses amb el resultat, la funció concretitzadora del tribunal d'instància hauria d'esdevenir inatacable.

La virtualitat dels efectes de la resolució (la consideració del context en que es produeix i l'abast del canvi que pot produir en la realitat) sí té abast cassacional. Entenc admissible que una sentència d'Audiència Provincial es cassi per la raó de que a criteri del tribunal cassacional no s'hagin sospesat els efectes que pugui produir, perquè aquesta no pugui ser considerada com a social, jurídica o èticament correcta. És el que he definit com a «virtualitat».

7. Recapitulació

El tribunal cassacional, en la defensa nomofilàtica, ha d'atendre al fenomen de la superposició d'ordenaments jurídics i a la defensa dels drets, principis i valors constitucionals, del dret europeu, del dret convencional. Ha de «defensar la llei», ara en un sentit més obert, el que significa el vessament del sistema de drets humans i dret convencional, de dret de la Unió Europea i de la Constitució Espanyola sobre el dret civil català, girant progressivament cap a un mecanisme d'establiment de «grans principis», més proper al que ara mateix és la funció constitucional i dels tribunals internacionals.

Cal l'articulació de nous mecanismes per a construir la cassació, com el test de proporcionalitat, la ponderació de principis implicats i la valoració de les particulars circumstàncies econòmiques, polítiques, morals i socials. El Tribunal Superior ha de recórrer aquest camí respectant les competències del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, del Tribunal Europeu de Drets Humans, dels Dictàmens de la CEDAW, etc., però incorporant les seves doctrines.

I el Tribunal Superior ha de recórrer aquest camí sense substituir la funció pròpia de les Audiències Provincials, la funció d'instància. El respecte de l'exclusivitat del tribunal d'instància en la valoració de la prova s'ha de garantir. S'ha de trobar el correlatiu reconeixement d'un protagonisme més gran del jutge a l'hora de aprehendre els fets, d'analitzar-los, de fixar el material probatori depurat, la fixació dels fets provats, i també a l'hora de motivar, d'identificar els materials normatius en què recolzarà la seva decisió, d'elaborar l'argumentació.

Si s'accepta l'enfocament que propugno (que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o altre òrgan cassacional assumeix una funció de creació de norma jurisprudencial, de defensa dels valors, de l'ètica o de les lleis) i no es dona importància preferent a la funció de correcció d'errades (evitant convertir-se en una tercera instància), el tribunal cassacional guanyarà prestigi. Pel contrari, tot justificant per una o altra via⁷⁵ una superació de la «sobirania del tribunal de instància», desatén

75 L'error patent en l'apreciació o valoració de la prova, la consideració de l'encaix dels fets en el pressupòsit bàsic de la norma, l'aplicació de mètodes d'equilibri d'interessos, del principi de proporcionalitat, de les tècniques de ponderació.

profundament el sentit del recurs de cassació. D'un enfocament objectiu passa a un enfocament subjectiu.

En aquest context, entendre com he fet, que la sentència del tribunal d'instància no és el resultat d'un sil·logisme jurídic simple, sinó una decisió presa a través d'un procés que, partint dels fets, «in-tendeix» en l'anàlisi, contrasta amb els referents normatius i s'«ex-tendeix» a través de l'argumentació i la consideració contextual i finalista de la decisió, pot obrir noves perspectives per tal d'entendre la nova funció cassacional.