

**LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS
DERECHOS DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

Doctoranda:

Alicia González Alonso
Área de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Director de la Tesis:

Juan José Solozábal Echavarría
Catedrático de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Marzo de 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	12
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I. TIPOLOGÍA DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES......

21

1. Introducción.	21
-------------------------------	-----------

2. El Recurso de apelación.	23
--	-----------

2.1. ¿Medio de gravamen o medio de impugnación?	23
---	----

2.2. Apelación plena y apelación limitada.	26
---	----

2.3. Las ventajas de la apelación limitada en los sistemas con control casacional.	27
---	----

3. El recurso de casación.	28
---	-----------

3.1. Breves notas a propósito del surgimiento del recurso de casación.	28
---	----

3.1.1. Su objetivo por excelencia: la defensa de la ley y el aseguramiento de la separación poderes.	28
---	----

3.1.2. El recurso de casación y la defensa de la ley: ¿sólo de la ley sustantiva o también de la procesal?.....	33
---	----

3.1.3. La casación: su transformación de instrumento político a instituto jurisdiccional.	36
--	----

3.2. La casación española.	40
---------------------------------	----

3.2.1. El origen de la casación española: la Constitución de 1812.	40
---	----

3.2.2. Sobre la naturaleza jurídica del recurso de casación en España.	44
---	----

a) Recurso de carácter extraordinario.	44
---	----

b) Instrumento de control del juez, no de la justicia de la sentencia.	44
---	----

c) Sus funciones principales: nomofiláticas y de unificación de doctrina.	45
--	----

d) La proliferación de distintas modalidades casacionales: en interés de ley y para la unificación de doctrina.....	46
---	----

4. El recurso de suplicación: un recurso extraordinario inserto en el proceso laboral.	47
---	-----------

5. El recurso o la acción de revisión.	48
---	-----------

5.1. ¿Recurso o acción autónoma?	48
--	----

5.2. La revisión de sentencias firmes: la respuesta a la tensión entre dos bienes jurídicos.	50
---	----

5.3. Las causas que pueden dar lugar a su interposición: las “trascendentes” al proceso.	51
---	----

6. La audiencia al rebelde	52
---	-----------

6.1. La audiencia al rebelde: ¿recurso o acción autónoma?	52
---	----

6.2. Instrumento procesal al servicio del principio y del derecho de audiencia bilateral.	52
--	----

6.3. Presupuesto de la acción o recurso: la legalidad de la notificación.....	53
---	----

7. El incidente de nulidad de actuaciones.	54
---	-----------

7.1. Del gran ausente al gran presente.....	54
---	----

7.2. Una aproximación a su naturaleza jurídica.	55
--	----

CAPÍTULO II. DE LA LEGALIDAD PROCESAL PRECONSTITUCIONAL Y DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN COMO INSTRUMENTOS DE TUTELA

59

1. Introducción.	59
-------------------------------	-----------

2. La legalidad procesal objetiva: ¿Derechos de los ciudadanos o normas de orden público procesal?	60
---	-----------

2.1. La exclusión del orden jurisdiccional penal: ni derechos ni salvaguarda de “un orden público procesal”.....	60
--	----

2.2. Un problema previo: la dependencia gubernamental de la judicatura.....	62
---	----

2.3. La legalidad procesal: una cuestión de orden público procesal.....	64
---	----

2.4. El incumplimiento de las normas de orden público procesal por los órganos judiciales: la exigencia de responsabilidad procesal.	70
3. La aplicación judicial de la legalidad procesal: criterios hermenéuticos.	72
4. El sistema de recursos: instrumentos para reparar la legalidad procesal.....	83
4.1. Los mecanismos de reparación de la sentencia injusta o errónea en el orden civil.	86
4.1.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.	87
4.1.1.1. La generalización del recurso de apelación.	87
4.1.1.2. El recurso de casación: Institución que asegura la vinculación del juez a las normas de orden público procesal.	89
a) La casación civil: un sistema de doble lista.	89
b) La casación civil por quebrantamiento de “algunas” formas esenciales del juicio: acceso legal abierto.	92
c) Una modalidad casacional: el recurso de casación en interés de la ley.	97
d) Conclusión: modelo casacional imperfecto.	100
4.1.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones: su utilización abusiva.....	103
4.1.2. Las vías procesales de reparación del error o injusticia de la sentencia cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.	106
4.1.2.1. El recurso de revisión.	107
4.1.2.2. El recurso de audiencia al rebelde.	110
4.1.2.3. El medio de gravamen: la posibilidad de presentar nuevas pruebas.	111
4.2. Los mecanismos de reparación en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.	112
4.2.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.	115
4.2.1.1. El recurso de apelación ordinario.	115
a) El recurso de apelación en interés de ley: un medio inadecuado para la reparación de la legalidad procesal.	117
4.2.1.2. El recurso de revisión contencioso-administrativo: su procedencia contra los errores <i>in procedendo</i> e <i>in iudicando</i> imputables al órgano judicial.	120
a) El recurso de revisión: un medio idóneo para corregir los defectos en la parte dispositiva de la sentencia.	121
b) El recurso de revisión: ¿un recurso para la unificación de doctrina?.....	122
c) La revisión: un recurso adecuado para combatir la incongruencia de la sentencia.	127
d) La revisión contencioso-administrativa: instrumento adecuado para controlar determinados errores del juez tanto <i>in procedendo</i> como <i>in iudicando</i>	127
4.2.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones.	128
4.2.2. Los mecanismos de reparación de la injusticia de la sentencia cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.	130
4.2.2.1. El recurso de revisión.	130
4.2.2.2. El recurso de apelación.	130
4.3. Los mecanismos de reparación en el orden social.....	131
4.3.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.	135
4.3.1.1. El recurso de suplicación: un instrumento que aseguraba la adecuación del juez a la ley procesal.....	135
4.3.1.2. El recurso de casación.	138
4.3.1.3. El recurso en interés de ley.	142
4.3.1.4. El incidente de nulidad de actuaciones.	143
4.3.2. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.	144
4.3.2.1. El recurso de revisión.	144
4.4. Los mecanismos de reparación en el orden penal (remisión).....	144

CAPITULO III. DE LA LEGALIDAD PROCESAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL ART. 24.1 CE..... 146

1. Introducción.....	146
2. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión según la doctrina constitucional.....	148

2.1. Una advertencia previa. El derecho a la tutela judicial efectiva: un derecho en construcción.	149
2.2. Un protagonista en la configuración del 24.1 CE: el recurso de amparo constitucional.	151
2.3. La extensión del derecho del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las fases del proceso judicial.	158
2.3.1. El derecho a la justicia: el acceso a la jurisdicción.	161
a) El derecho de acceso a la jurisdicción.	161
b) El derecho de acceso a los recursos.	171
2.3.2. Los derechos en la sustanciación del proceso (iter procesal): Derecho a no padecer indefensión y a la igualdad de armas (principio de bilateralidad)	184
2.3.3. Los derechos que inciden en el producto del proceso.	195
a) La exigencia de la congruencia.	196
a.1.) La incongruencia omisiva o <i>ex silentio</i>	200
a.2.) La incongruencia por exceso: incongruencia <i>ultra</i> o <i>extra petita</i>	208
a.3.) La incongruencia por error.	211
a.4) La reforma peyorativa: una forma especial de incongruencia.	212
b) La exigencia de motivación.	214
c) El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho	224
c.1.) La exigencia de ausencia de arbitrariedad e irrazonabilidad.	228
c.2.) La exigencia de la no concurrencia de error patente.	234
c.3.) La obtención de una resolución judicial basada en el sistema de fuentes.	238
2.3.4. Los derechos que operan tras la fase decisoria del proceso.	239
a) Derecho a la ejecución de la sentencia.	239
b) Derecho a la intangibilidad o inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes.	247
c) Derecho a no obtener sentencias contradictorias.	257
d) Garantía de indemnidad.	261

CAPÍTULO IV. DEL MODO DE TUTELAR LAS LESIONES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA IMPRESCINDIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. 263

1. Punto de partida o presupuesto: el art. 24.1 CE y su necesidad de tutela judicial.	263
2. El carácter problemático de la tutela jurisdiccional de las vulneraciones de las distintas vertientes del artículo 24.1 CE.	266
2.1. El doble protagonismo del juez en la vulneración y en la reparación del derecho.	267
2.2. ¿Tutela jurisdiccional reforzada del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión? Los artículos 24.1 y 53.2 CE.	276
3. Los medios de impugnación: cauces necesarios para la reparación de la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 CE.	287
4. La existencia de medios de impugnación: un derecho frente al legislador derivado de la Constitución.	294
4.1. La experiencia alemana: la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional Federal al legislador para la creación de " <i>Abhilfemöglichkeit</i> ".	301
4.1.1. Un breve apunte sobre el artículo 103 de la Constitución alemana.	301
4.1.2. La posición de los órganos judiciales ante las situaciones de indefensión: la aplicación de mecanismos <i>praeter legem</i> para amparar las situaciones de indefensión y el art. 321a. <i>Zivilprozessordnung</i> (ZPO).	303
4.1.3. La posición del TCF (BVerfG): el requerimiento al legislador para crear cauces de tutela mediante el establecimiento de remedios procesales.	308
4.1.4. La respuesta del legislador a las demandas del TCF (BVerfG).	319
4.1.5. Algunas notas sobre la aplicación judicial del 321.a) ZPO tras la reforma de 2005.	320
4.2. Otro argumento más: el art. 13 CEDH como medio de tutela del art. 6 CEDH.	322
4.2.1. Génesis del artículo 13: un precepto oscuro.	322
4.2.2. Una interpretación sistemática de los preceptos 6.1 y 13 CEDH: ¿Teoría de la absorción o mandato de garantía del <i>derecho a un Tribunal</i> ?	324
4.2.3. El caso <i>Sümerli</i> y la Sentencia del TCF de 30 de abril de 2003: sus similitudes.	334

4.3. La experiencia italiana: la apertura de la acción de revisión (<i>revocazione</i>) a los errores del juzgador.....	335
5. La necesaria revisión de la doctrina constitucional sobre el derecho a la existencia de medios de impugnación.	339
5.1. La primera doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al recurso.....	339
5.2. El control de constitucionalidad a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Su repercusión en el amparo constitucional.	343
5.2.1. Los medios de impugnación: una materia exenta de control a través del recurso de inconstitucionalidad.....	343
5.2.2. El control de las normas reguladoras de los medios de impugnación a través de la cuestión de inconstitucionalidad.....	344
5.2.3. La importante STC 185/1990: ¿Una rectificación?	353
5.3. La doctrina del derecho al recurso creada a través del amparo.	358
5.3.1. De 1981 a 1995: la convivencia de dos corrientes doctrinales.	359
a) La aplicación justificada del principio <i>pro actione</i>	360
a.1) Procesos en los que se ventilan derechos fundamentales sustantivos.	361
a.2) La aplicación del principio <i>pro actione</i> en atención a los intereses que se ventilan en los distintos órdenes jurisdiccionales.....	367
a.3) La aplicación del principio <i>pro actione</i> cuando el medio de impugnación es el mecanismo para la tutela de los derechos del art. 24.1 CE.	369
b) Los efectos que provocó la dualidad de doctrinas.	370
5.3.2. El fin de la dualidad: la STC 37/1995.	374
5.3.3. Una nueva vuelta de tuerca: la tímida aplicación del principio de proporcionalidad.	384
5.3.4. Algunos efectos perversos del amparo	384
a) La falta de una doctrina “de matices”.	384
b) La manipulación de la doctrina constitucional por los órganos judiciales ordinarios.....	386
c) ¿La vuelta a los formalismos enervantes?.....	389
6. Algunos indicios que apuntan a una rectificación de la doctrina del derecho al recurso y su vinculación al legislador	394
7. Un apunte sobre los problemas del control de constitucionalidad de las leyes supresoras o restrictivas de los mecanismos de tutela de los derechos del art. 24.1 CE.	400
8. La necesidad de una nueva doctrina constitucional del derecho a los recursos y a su vinculación a los órganos judiciales.....	406
CAPÍTULO V. LA TUTELA JUDICIAL DEL 24.1 CE ¿UNA PRIORIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LAS ACCIONES DE RESCISIÓN? UNA MIRADA AL DERECHO POSITIVO.	411
1. La necesidad de profundizar en el Derecho positivo.....	411
2. La nueva configuración constitucional del Poder Judicial: principios y organización.	417
2.1 Algunas notas sobre la configuración constitucional del Poder Judicial.....	418
2.2. La nueva organización del Poder Judicial prevista en la Constitución y en las normas de desarrollo.....	423
2.3. La organización judicial en el orden jurisdiccional civil.....	428
2.4. Organización judicial del orden jurisdiccional penal.	430
2.5. Organización Judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.	431
2.6. Organización judicial del orden jurisdiccional laboral.....	432
2.7. Cuadro sinóptico	433
3. Las reformas introducidas por el legislador democrático en el orden jurisdiccional civil.....	434
3.1. Las reformas operadas en la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.	434
3.1.1. La reforma de la casación: el mantenimiento de su carácter híbrido entre casación y tercera instancia.....	435

3.1.1.1. Resoluciones susceptibles de ser impugnadas en casación: la limitación del acceso a esta modalidad impugnativa y, en especial, la limitación del acceso a la casación por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.	435
3.1.1.2. Los nuevos motivos en los que podía fundarse el recurso.	440
3.1.1.3. La introducción de la llamada casación <i>per saltum</i>	442
3.1.1.4. Flexibilización del procedimiento de tramitación del recurso.	443
3.2. Las reformas operadas en la LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.	444
3.2.1. La nueva configuración de la apelación civil: la exclusión de determinados pleitos civiles del acceso a la segunda instancia.	445
3.2.2. La reforma de la casación: una vuelta a los orígenes.	447
3.2.2.1. Motivos que podían dar lugar al recurso: la eliminación del control de la <i>quaestio facti</i>	449
3.2.2.2. Nueva limitación de las resoluciones recurribles en casación.	452
3.2.2.3. Las nuevas causas de inadmisibilidad del recurso de casación conectadas con el fondo del asunto: la traslación a la jurisdicción ordinaria de las causas de inadmisión del amparo constitucional.	454
3.2.2.4. La alteración de la competencia para conocer del recurso de casación.	457
3.2.3. La reforma del recurso de revisión.	458
3.3. El sistema de recursos previsto por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de <i>Enjuiciamiento Civil</i>	459
3.3.1. Algunas cuestiones generales: la inaplicabilidad del sistema de recursos extraordinarios previsto en el articulado de la LEC.	459
3.3.2. El recurso de apelación.	463
3.3.3. Los recursos extraordinarios contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuestiones comunes al recurso de casación y al de infracción procesal.	467
3.3.4. Recurso de casación:	470
3.3.4.1. Cuestiones generales: las dificultades para el establecer un sistema de casación óptimo.	470
3.3.4.2. Motivos en los que se puede fundar el recurso: el control del Derecho sustantivo.	478
3.3.4.3. Resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación.	478
a) Las sentencias: únicos actos judiciales recurribles en casación.	478
b) Los criterios acogidos por la LEC para seleccionar la relevancia casacional de la sentencia impugnada: de nuevo la <i>summa gravaminis</i> y el interés casacional como criterio central.	479
3.3.5. Recurso extraordinario por infracción procesal.	484
3.3.5.1. Cuestiones generales.	484
3.3.5.2. Naturaleza jurídica del recurso extraordinario por infracción procesal y la competencia para su conocimiento.	488
3.3.5.3. Resoluciones judiciales recurribles a través del recurso extraordinario por infracción procesal.	489
3.3.5.4. Motivos en los que puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal.	490
3.4.6. Recurso en interés de Ley.	491
3.4.6.1. Competencia y finalidad del recurso en interés de Ley: la defensa de la ley procesal por la Sala Primera del Tribunal Supremo.	491
3.4.6.2. Legitimación para recurrir y efectos de las sentencias dictadas en interés de la ley.	492
3.4.6.3. Recurso de casación en interés de ley y recurso de amparo constitucional.	494
3.4.7. Revisión de las sentencias firmes.	497
3.4.8. Rescisión de sentencias firmes a instancias del rebelde.	499
3.4.9. Otros recursos previstos en la LEC.	500
3.4.9.1. Recursos contra Autos y Providencias: la reposición y la queja.	500
3.4.9.2. El recurso de revisión contra los decretos dictados por el Secretario Judicial.	501
3.4.10. Régimen legal transitorio (hoy vigente) de los recursos de carácter extraordinario: la Disposición Final Decimosexta de la LEC.	503
3.4.10.1. Introducción.	503
3.4.10.2. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: competencia y resoluciones recurribles.	504
3.4.10.3. El recurso en interés de la ley.	508
4. Evolución del sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo.	508
4.1. El sistema de recursos de 1978 a 1992.	508
4.1.1. La inadecuación de la organización judicial para la puesta en marcha de un nuevo sistema de recursos.	508
4.1.2. El recurso de apelación: procedencia limitada a la vulneración de normas de Derecho estatal.	510

4.1.3. La influencia de la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, en el proceso contencioso-administrativo: la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en el orden contencioso-administrativo.....	512
4.2. El nuevo régimen de recursos introducido por la LMURP.	513
4.2.1. Introducción: la modificación sustancial del sistema de recursos.	513
4.2.2. La supresión del recurso de apelación y sus efectos.....	516
4.2.3. El recurso de casación	521
4.2.3.1. La decidida voluntad de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de realizar funciones casacionales y el tratamiento de la <i>quaestio facti</i> en el recurso de casación.	521
4.2.3.2. La limitación respecto de la legislación anterior de las resoluciones judiciales recurribles en casación.....	524
4.2.3.3. La traslación a la casación contencioso-administrativa de las causas de inadmisión previstas en la LOTC para el recurso de amparo constitucional.....	528
4.2.4. Recurso de casación en interés de Ley: la opción del legislador por mantener un instrumento procesal que permitiera corregir <i>pro futuro</i> los errores judiciales especialmente graves.	530
4.2.5. El recurso de casación para la unificación de doctrina.	532
4.2.5.1. La necesidad de mantener un mecanismo que tuviera por objeto la unificación de la jurisprudencia.	532
4.2.5.2. La previsión de dos modalidades casacionales distintas para la unificación de doctrina: la creación de jurisprudencia y la vinculación de los órganos judiciales a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	533
4.2.5.3. El reducido número de decisiones judiciales impugnables en unificación de doctrina: la exclusión de determinadas materias y el establecimiento de <i>summa gravaminis</i>	536
4.2.6. Recurso Extraordinario de Revisión:.....	537
4.3. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.	539
4.3.1. Introducción: la modificación de la organización judicial. La puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.	539
4.3.2. La reintroducción del recurso de apelación: procede sólo frente a algunas de las resoluciones dictadas por órganos judiciales unipersonales.	543
4.3.3. Recurso de casación en sus distintas modalidades.	546
4.3.3.1. Recurso de casación ordinario.	546
a) La confirmación del modelo casacional implantado en 1992.	546
b) La restricción de las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación.	547
c) Casación y rigor formal	551
4.3.3.2. Recurso de casación en interés de la Ley: la opción por su mantenimiento a causa de escasez de medios de impugnación.	552
4.3.3.3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.	555
a) Las dos modalidades del recurso de casación para la unificación de doctrina.....	555
b) La nueva regulación de las sentencias recurribles en casación para la unificación de doctrina.	556
4.3.4. Recurso de revisión:	558
4.3.5. Otros recursos previstos en la LJCA.	558
4.3.5.1. Otros recursos contra actos jurisdiccionales.	558
4.3.5.2. Recursos contra los actos procesales del Secretario Judicial: los recursos de reposición y revisión.....	559
5. Evolución del sistema de recursos en el orden laboral.....	559
5.1. El sistema de recursos previsto en el Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio.....	559
5.1.1. La necesidad de adecuar el proceso laboral al Estatuto de los Trabajadores.....	559
5.1.2. La declaración de inconstitucionalidad de algunas de las modificaciones que la LPL de 1980 introdujo en el recurso de suplicación.	560
5.1.3. La reinterpretación de los preceptos de la LPL por el Tribunal Constitucional.	562
5.2. La modificación orgánica de la jurisdicción laboral introducida por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y los Reales Decretos Legislativos 521/1990, de 27 de abril, y 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueban sendos Textos articulados de la Ley de Procedimiento Laboral.....	563
5.2.1. La nueva organización judicial establecida por la LOPJ y la LDyPJ: su incidencia en el sistema de recursos.....	563
5.2.2. El nuevo sistema de recursos establecido por la LPL de 1990 y su posterior ratificación por la LPL de 1995: su exposición de forma conjunta.	565

5.2.2.1. Introducción: La Constitución como marco fundamental en el nuevo sistema de recursos.....	566
5.2.2.2. Recurso de suplicación.	572
a) Funciones de la suplicación: revisora y de unificación de doctrina en el ámbito autonómico.	572
b) Las resoluciones recurribles en esta vía. En especial, la suplicación como <i>querella nulitatis</i>	574
c) La introducción de nuevas causas de inadmisibilidad del recurso: la extrapolación al orden laboral de algunas causas de inadmisibilidad previstas en la LOTC.....	578
5.2.2.3. Recurso de casación ordinario.	579
a) El objeto del recurso: la revisión del Derecho tanto procesal como sustantivo y de la cuestión fáctica.	579
b) Resoluciones recurribles en esta vía: la inexistencia de <i>summa gravaminis</i>	582
c) Las nuevas causas de inadmisión del recurso de casación introducidas por la LPL de 1990.....	583
5.2.2.4. Recurso de casación para la unificación de doctrina.	583
a) La apoyatura constitucional de su instauración.	583
b) Naturaleza, caracteres y objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina. .	584
c) Algunas deficiencias del recurso de casación para la unificación de doctrina. En especial, su falta de idoneidad para servir de cauce procesal para la protección de los derechos del artículo 24.1 CE.	590
d) Un pequeño apunte acerca del recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo constitucional.....	592
5.2.2.5. El recurso de revisión: remisión a la LEC.	593
5.2.2.6. La audiencia al demandado rebelde: remisión a la LEC.....	594
5.2.2.7. Otros recursos previstos en la LPL de 1990: los precedentes contra las resoluciones judiciales interlocutorias, el recurso de queja y contra los actos procesales de los Secretarios judiciales.....	594
5.3. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.	595
5.3.1. La justificación de una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social y la escasa alteración de los medios de impugnación previstos en la anterior regulación.	595
5.3.2. Las novedades más relevantes que afectan a los medios de impugnación y a las acciones de rescisión de las resoluciones judiciales.	596
a) Respecto al recurso de suplicación.	596
b) Respecto al recurso de casación ordinario.....	598
c) Respecto al recurso de casación para la unificación de doctrina.	598
d) Otras novedades destacables en relación con las acciones de rescisión de la cosa juzgada.....	600
6. El orden jurisdiccional penal: el único pendiente de una gran reforma en el sistema de recursos.	600
6.1. Introducción.	600
6.2. La falta de coherencia en el sistema de recursos en la LECr.....	602
6.3. El recurso de apelación contra sentencias definitivas.	607
6.4. El recurso de casación.	611
6.4.1. Síntesis histórica.....	611
6.4.2. La regulación actual de la casación penal: el predominio de la defensa del <i>ius litigatoris</i> . .	613
6.4.3. Un breve apunte acerca del derecho al recurso en el proceso penal: los artículos 24 CE, 14.5 del PIDCyP y 2.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH y su repercusión en el recurso de casación penal.....	616
6.5. El recurso de revisión: la previsión de motivos trascendentes e inmanentes al proceso.	626
6.6. El recurso de anulación.	628
6.7. Recursos contra decisiones interlocutorias.....	629
6.7.1. El recurso de reforma.	629
6.7.2. El recurso de súplica.....	630
6.7.3. El recurso de queja.	630
6.7.4. El recurso de apelación contra decisiones interlocutorias.	631
6.7.5. Los recursos contra las decisiones del Secretario Judicial.....	632
7. Las vicisitudes del incidente de nulidad de actuaciones.....	632
7.1. Su exposición autónoma: una explicación.	632
7.2. Primera etapa (1984-1997): la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/1984, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	633

7.2.1. La denuncia de los vicios de nulidad en la LEC tras la reforma de 1984: la sustitución de la vía incidental por la de los recursos legalmente establecidos.....	634
7.2.2. La reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones en la LOPJ.....	635
7.3. Segunda etapa (1997-2007): La vuelta al incidente de nulidad de actuaciones.	638
7.3.1. La reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones: La LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ.....	638
7.3.2. La modificación del incidente de nulidad de actuaciones por la LO 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio, del Poder Judicial.	642
7.3.3. La aprobación de la LEC de 2000: un nuevo tratamiento legal de la nulidad de las actuaciones judiciales.	642
7.3.4. El incidente para la integración del fallo o “de subsanación y complemento de sentencias o autos defectuosos”.....	645
7.3.5. Una nota acerca de la vigencia del régimen de nulidad establecido por la LEC de 2000.....	648
7.3.6. Un nuevo régimen de nulidad de actuaciones: la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ.	651
7.3.7. La última reforma del incidente de nulidad de actuaciones: la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC.....	655
8. Algunas conclusiones de carácter general: ¿Un sistema impugnativo adecuado?.....	659
8.1. Las grandes diferencias en la regulación del sistema impugnativo entre los distintos órdenes jurisdiccionales.....	659
8.2. La casación: el recurso estrella.....	661
8.3. La opinión de la doctrina: ¿unanimidad en el diagnóstico?	663
8.4. La mirada del legislador a la jurisdicción de amparo en el establecimiento de los medios de impugnación.....	666
8.5. La incoherencia del sistema: ¿Más impugnabilidad de la lesión de los derechos del 24.1 CE cuando su vulneración es imputable a un particular que al poder público?	670

CAPÍTULO VI. EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN.....673

1. Introducción.....	673
2. El recurso de amparo y el art. 24.1 CE antes de su objetivación: un amparo de casos.....	674
2.1. Punto de partida. El amparo de los derechos del art. 24.1 CE: un problema heterogéneo.	674
2.2. El recurso de amparo como recurso: un remedio a determinados déficits de tutela de la jurisdicción ordinaria.	682
2.2.1. El recurso de amparo como recurso común y general en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE: su aceptación por el TC.....	683
2.2.2. Los casos que ilustran la tesis.....	686
2.2.2.1. El importante protagonismo desempeñado por el Tribunal Constitucional en la tutela del derecho de audiencia y sus consecuencias.....	687
a) El hartazgo del Tribunal Constitucional y el señalamiento de otras vías para resolver los problemas de indefensión.	690
b) La mutación de la naturaleza del recurso de audiencia al rebelde por la doctrina constitucional.	704
c) El abuso del amparo.....	712
2.2.2.2. El amparo constitucional: un instrumento ampliatorio de las causas de nulidad de las resoluciones judiciales.	713
a) El derecho a no obtener resoluciones contradictorias.	718
b) La corrección del error patente.	722
b.1) La estrecha conexión entre el derecho a no sufrir error patente y el derecho a la invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales.....	729
b.2) Las cifras que arroja el error fáctico patente en la doctrina constitucional.....	733
b.3) El derecho a no sufrir error fáctico patente ¿derecho fundamental?.....	735
c) Derecho a obtener una sentencia razonable y no arbitraria.....	743
3. El futuro del amparo en materia de 24.1 CE.	747

3.1. Punto de partida: el artículo 24.1 CE como derecho amparable.....	747
3.2. Un apunte sobre lo que se puede esperar del nuevo amparo en la tutela de los derechos del art. 24. 1 CE.....	749
3.3. El nuevo amparo tras la reforma de LO 6/2007, de 24 de mayo.	754
3.3.1. La unanimidad en la necesidad de la reforma y el disenso doctrinal a propósito de su contenido.	754
3.3.2. Caracteres del nuevo recurso de amparo tras la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo..	759
a) La especial trascendencia constitucional: un nuevo criterio para la admisión del amparo.....	759
b) ¿Un sistema de selección o de admisión de asuntos?.....	765
c) La STC 155/2009: una aproximación al concepto de trascendencia constitucional y su posible deriva en los amparos en los que se invoque el art. 24.1 CE.....	767
d) Los amparos con trascendencia constitucional dictados en materia de 24.1 CE.	771
4. La piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular.....	777
4.1. La contrapartida a la objetivación del amparo: la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones.	778
4.2. ¿Un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales? Las repercusiones de su establecimiento en el amparo constitucional.	784
4.3. La “trascendencia constitucional” del incidente de nulidad de actuaciones según el TC.....	789
4.4. ¿Amparo contra resoluciones erróneas del incidente de nulidad de actuaciones?.....	795
CONCLUSIONES.....	798
BIBLIOGRAFIA.....	819

INTRODUCCIÓN

Un atento lector de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional puede comprobar, sin indagar demasiado, cómo el recurso de amparo ha sido el cauce a través del cual el recurrente en amparo impetra por vez primera la tutela de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. La reparación del derecho se sitúa entonces extramuros del art. 24.1 CE, esto es, de la tutela *judicial*, para ser dispensada por un órgano constitucional que no forma parte del Poder Judicial. La reiteración inicial con la que este fenómeno se producía en los primeros quince años de jurisprudencia constitucional obliga a tratar de averiguar las causas que generaron esta situación que, por otra parte, no es exclusiva de esta época, sino que ha perdurado también durante estos últimos años, aún con menor reiteración. Un ordenamiento en el que su Tribunal Constitucional (en adelante, por lo general TC) se ve obligado a suplir a los órganos judiciales con cierta frecuencia, puede ser el indicador de algunos problemas. A este fenómeno hay que añadir que el recurso de amparo ha sido además un instrumento a través del cual el TC ha tenido que imponer de forma reiterada su doctrina sobre la mantenida por los órganos judiciales ordinarios. Las reiteraciones de los pronunciamientos del TC, que no aportan nada nuevo a la interpretación de los derechos del art. 24.1 CE, son también habituales.

Este trabajo de investigación trata de buscar respuesta a algunas de estas causas a través del estudio de los mecanismos de garantía establecidos en la jurisdicción ordinaria para la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 CE. Se trata, en definitiva, de dar respuesta a cómo se ha articulado la necesaria garantía de estos derechos, tanto por los órganos judiciales ordinarios como por el Tribunal Constitucional.

Una de las mayores dificultades que he tenido a la hora de acometer la tesis ha sido, precisamente, la de valorar cuál es el principal problema que quiero dilucidar en la tesis, si el de la tutela jurisdiccional de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE o, por el contrario, la tutela a través del recurso de amparo de dichos derechos. Como es obvio, esto último implica entrar de lleno en el problema del recurso de amparo, ya que, por lo menos hasta ahora, los principales esfuerzos realizados a través de este instrumento de tutela han tenido por objeto, precisamente, la definición y protección de los derechos que forman parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE).

La primera conclusión que cabe extraer de lo que se acaba de exponer es que el estudio de la tutela de los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE remite al estudio del recurso de amparo y, viceversa, el estudio del recurso de amparo nos lleva inexorablemente a profundizar en el régimen de la tutela jurisdiccional ordinaria de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

Como han sido tantos los años que he dedicado al estudio de ambas cuestiones, el peso o la importancia que han tenido cada uno de los problemas apuntados no ha sido el mismo a lo largo del tiempo. Ha habido momentos en los que claramente ha predominado –al menos en apariencia— el problema del recurso de amparo sobre el de la protección judicial ordinaria de las vulneraciones de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión. En efecto, durante muchos años, el debate doctrinal sobre la jurisdicción constitucional se ha centrado en el problema del recurso de amparo debido, sobre todo, a la cada vez mayor sobrecarga de recursos de tal tipo que, año tras año, iban aumentando la cifra de los ingresados en el Registro del TC, sito en la C/ Domenico Scarlatti núm. 6 de Madrid, hasta tal punto que se ha llegado a afirmar que el TC podía llegar a morir de éxito. Tal problema con el recurso de amparo derivaba –obvio es decirlo— de un uso indebido de dicho remedio constitucional, pues a cualquiera se le alcanzaba que no podía haber una deficiencia de la jurisdicción ordinaria que generase tan inmensa cantidad de amparos. Con razón, se ha señalado que el origen del problema del amparo constitucional no está en las dificultades que genera dotar de protección a todos y cada uno los derechos fundamentales que son susceptibles de protección a través de esta vía, sino que, como muestran de forma incontrovertible las estadísticas, pivota sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión consagrados en el art. 24.1 CE. Sin ningún género de dudas, son los derechos más veces invocados ante el TC en los recursos de amparo. Como se ha apuntado hasta la saciedad por la doctrina, los problemas que genera esta situación no son menores ya que inciden no sólo en la concepción que se quiera darle al amparo, sino que también repercuten seriamente en la función genuina del Alto Tribunal, que no es otra que el control de constitucionalidad de la ley, aunque a su través, también se protejan –aun con deficiencias— los derechos fundamentales.

En la actualidad y una vez que se ha llevado a cabo lo que la doctrina denomina *la objetivación* del recurso de amparo constitucional –operada mediante la modificación de la LOTC por la LO 6/2007, de 24 de mayo-, las cosas pueden cambiar

de forma sustancial. Parece que la reforma está dando sus primeros frutos, que se han traducido en la agilización del trámite de admisión del recurso de amparo, ya que el tiempo estimado en obtener un pronunciamiento –generalmente de inadmisión– se sitúa en torno a los cuatro o cinco meses. Asimismo, el número de asuntos que hoy acceden al TC, aunque todavía puede considerarse francamente desmesurado, ha descendido en los últimos años coincidiendo con la modificación legislativa apuntada. Frente a los más de 11.000 asuntos de hace unos años, la cifra actual ha bajado hasta aproximadamente a los 9.000.

Aunque no hay que derivar de lo anteriormente expuesto que el problema del amparo esté ya solucionado, creo que la cuestión relevante en la actualidad es la de la tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE y, especialmente, el de los mecanismos procesales adecuados para permitir a los órganos judiciales la protección jurisdiccional de estos derechos. Que la garantía jurisdiccional ordinaria de estos derechos sea en la actualidad una preocupación importante, se debe no sólo a que se haya aliviado en parte el trabajo que le genera al TC la tramitación de los recursos de amparo, sino también, y sobre todo, porque mediante la reforma del amparo operada en el año 2007, éste ha sufrido una transformación importante. En efecto, en pocos años, aunque tras una profunda reflexión y quizás obligado por las circunstancias, el TC ha pasado de afirmar que “nada que afecte a los derechos fundamentales es ajeno a este Tribunal”, a que “la *mera* lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será suficiente por sí sola para admitir el recurso”¹. Es, no sólo probable, sino una realidad el hecho de que muchas lesiones de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, se queden sin la oportuna reparación por no gozar de especial trascendencia constitucional el asunto en el que se produce su vulneración.

Este cambio en la concepción del recurso de amparo, no sólo normativo sino también en la función que tiene encomendada el TC en el sistema general de garantías de los derechos fundamentales, hace que el problema más relevante en la actualidad sea el de asegurar y generalizar la tutela *judicial* de todos los derechos fundamentales, y también los del art. 24.1 CE. Esta no es sólo una apreciación personal. El legislador

¹ STC 155/2009, entre otras. La cursiva es añadida. Aunque no es este el momento de incidir en esta cuestión, hay que señalar que llama especialmente la atención que el TC se haya decantado por el calificativo de “mera” para referirse a la vulneración del derecho. Según la RAE, el significado de tal adjetivo tiene dos acepciones: Por un lado “puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa”; por otro “insignificante, sin importancia”.

orgánico así lo ha considerado. La reforma del amparo ha venido acompañada de “una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución (...). Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”².

No obstante, la cuestión no es, o al menos no debería sólo ser, cómo descongestionar al Tribunal Constitucional de la ingente masa de recursos de amparo, sino cómo tutelar los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al Juez. Este, me parece, es el verdadero *quid* de la cuestión. El asunto recobra hoy más importancia si cabe, debido a la objetivación irremediable a la que ha conducido la nueva configuración del recurso de amparo operada por la LO 6/2007, de 24 mayo, de reforma de la LOTC. El problema en la actualidad, ha de centrarse más en cómo tutelar los derechos que en cómo descongestionar al Tribunal Constitucional de una masa ingente de recursos de amparo. Este último problema, tal y como ha apuntado I. Díez-Picazo, ha pasado a ser responsabilidad exclusiva del propio Tribunal Constitucional.

Si la protección de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE se lleva a cabo en su sede originaria o natural, es decir, ante el juez ordinario, se habrá dado cumplimiento a una de las finalidades que persigue el recurso de amparo constitucional: la tutela de derechos, de la que derivará como consecuencia la reducción del número de los que acceden al Tribunal. El objetivo debe ser, sobre todo, el primero. A partir de lo expuesto, el objeto de la tesis al identificar los déficits de tutela que ha habido en la jurisdicción ordinaria en relación con los derechos del art. 24.1 CE lleva también a considerar la imposibilidad de que los órganos judiciales presten la necesaria tutela. O dicho en palabras de F. Rubio Llorente: “El recurso de amparo ha de ser objeto de una nueva regulación, no sólo para liberar al Tribunal de una carga que manifiestamente excede de sus posibilidades, sino para devolver a la jurisdicción ordinaria una responsabilidad a la que ya puede hacer frente sin ayuda”³.

² Exposición de Motivos, apartado III, de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³ “El Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pág. 32.

A pesar de este desigual protagonismo que han tenido a lo largo del tiempo los problemas apuntados, están íntimamente relacionados. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de cómo el recurso de amparo se ha convertido durante un período importante de tiempo en un recurso más, incluso a veces el único, para proteger las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. La tesis trata de abordar y explicar los motivos por los que el amparo se vio abocado poco a poco a esta situación, pero no sólo a partir de las extralimitaciones en las que quizás el TC haya podido incurrir penetrando en cuestiones de legalidad ordinaria o dotando de un amplísimo contenido al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, sino, sobre todo, a partir del análisis de las vías procesales que dispone el ordenamiento jurídico-procesal para reparar las vulneraciones de este derecho fundamental. Se trata, en consecuencia, de realizar una aproximación a la realidad del amparo, o mejor, a la explicación de su amplitud, desde el estudio de los mecanismos procesales insertos en la jurisdicción ordinaria tendentes a garantizar los derechos insertos en el artículo 24.1 CE. Me parece que se puede afirmar que el amparo ha sido lo que ha sido y aún es lo que es debido, en buena parte, a que los mecanismos de reparación de las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva han sido resultado deficientes⁴ y a la forma en la que el TC ha entendido la vinculación del legislador al derecho a los recursos. Me parece que durante un periodo importante de tiempo el legislador procesal no ha mirado a la jurisdicción constitucional a la hora de ordenar el sistema impugnativo, así como las causas que podían dar lugar a la nulidad, por inconstitucionalidad, de las resoluciones judiciales.

Hace ya unos años, M. Taruffo estudió en Italia la realidad de la casación italiana en su libro titulado *Il vértice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile*⁵. La idea del gran procesalista italiano era explicar el funcionamiento y la realidad de la casación italiana a partir de cómo estaba orientado el sistema de recursos en el ordenamiento procesal. Según el autor, la configuración legislativa del recurso de apelación afecta de forma decisiva al modo en que la Suprema Corte italiana desempeña la función casacional. Lo que he intentado mostrar en este trabajo es que lo que sea el amparo

⁴ Hace ya tiempo, el ex Magistrado y ex Presidente del TC, A. Rodríguez Bereijo señaló en este sentido: “En no escasa medida, la eficacia o ineficacia del amparo se juega en una buena ordenación de los procesos previos al amparo constitucional, no hablo necesariamente de la creación de órganos especializados, sino de vías y procedimientos ágiles”. “Constitución y Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo* núm. 91, pág. 384.

⁵ M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991. Cito este trabajo por su traducción castellana realizada por L. M^a Díez- Picazo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima, 1995.

depende, en buena medida, de cómo estén configurados los medios de impugnación, de rescisión y anulación de las resoluciones judiciales en nuestro ordenamiento jurídico, ya que son estos los cauces a través de los cuales pueden repararse las vulneraciones de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

Por lo que se refiere a la metodología, conviene hacer también algunas precisiones. La primera, que las incursiones en Derecho comparado se han realizado en este trabajo con el fin de apoyar algunas de las tesis que sostengo. No hay, pues, un capítulo específico dedicado a su tratamiento. Debido a ello, no espere el lector encontrar planteamientos generales que profundicen y agoten el estudio de la regulación en otros ordenamientos del tema objeto de este trabajo. Tal cometido resultaría simplemente inabarcable. Por supuesto, también se tiene muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de los derechos contenidos en los artículos. 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyos contenidos son los que conciernen a lo aquí estudiado.

Las fuentes manejadas no han sido sólo la Constitución y la jurisprudencia constitucional. Acometer un estudio serio de las garantías del art. 24.1 CE cuando su lesión se ha producido por el órgano judicial en la resolución judicial definitiva, obliga a profundizar en el estudio del ordenamiento procesal, y más concretamente en la regulación de los medios de impugnación y de las acciones de rescisión y anulación de las resoluciones judiciales. Ahora bien, la forma en que se aborda dicho análisis trata de no perder de vista que se hace a los efectos de verificar si éstos se han instaurado, suprimido o modificado por el legislador teniendo en cuenta que una de sus funciones principales es la garantía de algunas de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Por ello, ni la bibliografía utilizada ni la forma en la que se ha llevado a cabo su examen tienen por objeto profundizar en aquel ámbito como lo haría un procesalista, es decir, intentado agotar todas las posibilidades interpretativas que se derivan de la ley, o formulando propuestas de *lege ferenda* para mejorar su aplicación. La extensión que merece el capítulo quinto, en el que se aborda esta cuestión, tiene una doble justificación. Por un lado, porque el estudio de la legislación procesal es diacrónico. El fenómeno objeto de atención en esta tesis obliga a partir no sólo de la situación actual, sino también de la que imperaba inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Constitución, así como de la que generaron las sucesivas leyes procesales de modificación de los recursos y acciones de rescisión y

anulación. Sólo un estudio pormenorizado de esta evolución legislativa permite comprender o explicar en una buena parte el papel jugado por el recurso de amparo. Por otro, porque he tratado de ser honrada en su estudio. Mi intención no ha sido extraer unas conclusiones ya preconcebidas, o aprendidas por el estudio de otros juristas, sino que he considerado necesario ir directamente a las fuentes –las leyes procesales— y cuando estas no fueran del todo claras, a intentar aproximarme a la forma en que han sido interpretadas y aplicadas por los jueces y tribunales. Probablemente, algunos de los muchos problemas que ha generado la tutela de los derechos fundamentales del art. 24.1 CE han partido de algunas premisas falsas debido a la ausencia del estudio de la ley procesal y de la ordenación que en cada momento han tenido los recursos y las acciones de rescisión y anulación de las resoluciones judiciales firmes. Además, las apelaciones doctrinales a la necesaria tutela de los derechos del art. 24.1 CE se han realizado de forma genérica, sin muchas concreciones, como una declaración de principios. Hay que aclarar también que el estudio de los medios de impugnación se realiza en relación con cada uno de los órdenes jurisdiccionales. La importante heterogeneidad de los distintos órdenes procesales a este respecto no dejaba otra opción. El único instrumento procesal que se trata de forma autónoma, es decir, no circunscrito a un orden jurisdiccional determinado, es el incidente de nulidad de actuaciones.

Antes de exponer, aun someramente, las cuestiones que serán objeto de análisis en los próximos capítulos, es necesario hacer algunas puntualizaciones en relación con el objeto de este trabajo de investigación.

En primer lugar, soy consciente de que muchas de las propuestas que se contienen en la tesis serían aplicables no sólo a los derechos fundamentales insertos en el art. 24.1 CE, sino también a los previstos en el apartado segundo del citado artículo e incluso, en algunos casos, a todos los derechos fundamentales. Pero el estudio circunscrito a la tutela de los derechos del art. 24.1 CE se ha hecho atendiendo a la importancia, al menos cuantitativa, que ellos han tenido en relación con el amparo constitucional. Como es sabido, su protagonismo no es el mismo que han tenido los enunciados en el art. 24.2 CE.

En segundo lugar, advierto ya que tan sólo me he ocupado de la tutela de los derechos del art. 24.1 CE cuando la vulneración de éstos se produce por el órgano judicial, no durante la tramitación del proceso, sino en la resolución definitiva. Los recursos que cabe interponer contra las resoluciones interlocutorias sirven para tutelar

las lesiones de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión que se producen durante el proceso. Se puede afirmar que presenta más dificultades la protección de estos derechos en aquellos casos en los que el órgano judicial vulnera el derecho en la resolución que pone fin al proceso y son las vulneraciones que tienen lugar en esta fase las que han centrado mi atención. Limitar el estudio tan sólo a éstas, vuelve a poner de relieve la interrelación de las mismas con el recurso de amparo constitucional.

Una vez hechas estas aclaraciones, procede ya, aun someramente, adelantar las cuestiones que serán objeto de estudio en los siguientes capítulos.

Tras un capítulo introductorio acerca de la naturaleza jurídica de los distintos medios de impugnación y acciones autónomas de rescisión y anulación de resoluciones judiciales firmes, dedico el capítulo segundo al estudio de la legalidad procesal antes de la entrada en vigor de la Constitución, haciendo además especial incidencia en los mecanismos de tutela de los derechos legales de las partes contendientes en el proceso. Los medios de impugnación constituyeron en aquella época los cauces de reparación de los principios informadores del derecho procesal y de los derechos que la legislación otorgaba a los ciudadanos que eran parte en un proceso. Aprovecho para ello las tesis de Jaime Guasp, que además me servirán a lo largo de toda la tesis para explicar la mía propia, para exponer la mencionada ordenación de recursos.

Dedico el capítulo tercero al estudio del contenido de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión según la jurisprudencia del TC, así como a las obligaciones de protección del derecho derivadas de la Constitución, en especial del art. 53.2 CE. En el capítulo cuarto se propone una reconsideración del derecho a los medios de impugnación y rescisión o anulación de las resoluciones judiciales como instrumentos esenciales en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE, así como la interpretación que el TC ha conferido a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. El capítulo quinto se dedica a la evolución del derecho positivo regulador de los medios de impugnación; como ya he señalado, sólo a través de su estudio, puede explicarse el protagonismo que ha tenido el recurso de amparo en la protección de los derechos del art. 24.1 CE. En el capítulo sexto se analizan, sobre la base de derechos específicos del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, el papel del recurso de amparo como primer garante o protector de los mismos debido a la insuficiencia de vías en la jurisdicción ordinaria. La tesis termina con un estudio de lo que ha sido el amparo del art. 24.1 CE antes de la reforma operada por la

LO 6/2007, de 24 de mayo y del nuevo e incipiente amparo que ha surgido tras la reforma apuntada.

CAPÍTULO I. TIPOLOGÍA DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

1. Introducción.

Probablemente el término *recurso* no ha sido uno de los mejores tratados por el legislador a lo largo de nuestra historia. Se le ha dado tal denominación a procesos y acciones que poco o nada tienen —o tenían— que ver con lo que debe entenderse por el término recurso. Basta sacar a la luz unos cuantos ejemplos para caer en la cuenta de ello. Entre los que ya se han corregido por el legislador, la acción mediante la que se exigía responsabilidad al juez fue denominada como recurso en la antigua LEC de 1881, cuando es evidente que con dicho instrumento no se trataba de impugnar una sentencia que se consideraba injusta o contraria a derecho, sino exigir responsabilidad al juez que la había dictado. La confusión entre *acción* y *recurso* era patente.

La misma versión anterior, pero a la inversa, también la tenemos en el panorama legislativo español. La utilización del término recurso para referirse, aun en la actualidad, a la acción que abre la vía jurisdiccional contencioso-administrativa es, más que un simple desacierto, un error⁶. Vuelve a ser un hecho la confusión entre recurso y acción. Hay también casos dudosos. Las acciones o recursos que tienen por objeto rescindir una sentencia firme, son considerados por algunos autores como recursos y por otros como acciones o procesos de impugnación verdaderamente autónomos. Más adelante se abordará este asunto con más detenimiento.

Quizás, otra acción a la que se dio tal denominación, el amparo constitucional, tampoco fue excesivamente acertada o afortunada⁷. En esta última ocasión el posible error, no fue imputable al legislador sino al constituyente.

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica del recurso de amparo constitucional. Un sector doctrinal considera a este mecanismo de tutela de

⁶ Me refiero al recurso contencioso-administrativo que, como es de sobra sabido, no es en absoluto un recurso, sino la acción que abre la vía judicial en el orden contencioso-administrativo para hacer posible el control al que se refiere el art. 106 CE. Si tal denominación podía considerarse “adecuada en algún momento de nuestra historia por el marcado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, hoy, en el Estado Constitucional de Derecho, se presenta con una denominación absolutamente inadecuada.

⁷ Así lo ha considerado un importante sector de la doctrina. *Vid.*, entre otros, J. Almagro Nosete, *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, págs. 191-192.

determinados derechos fundamentales⁸ como un recurso más entre los previstos en las distintas leyes procesales⁹. Sin embargo, el TC, en reiteradísimas resoluciones, ha declarado hasta la saciedad que aunque se denomine recurso a este instrumento de tutela, no lo es en realidad. Una de las resoluciones que más claramente se pronuncian en este sentido es el ATC 64/1991: “El amparo es un proceso constitucional sustantivo e independiente de la vía judicial ordinaria seguida con carácter previo y no se configura como un «remedio jurisdiccional» o un «recurso jurisdiccional subsidiario» equiparable a cualquier otro recurso de los previstos en el ordenamiento (...)”.

Si el recurso de amparo no debe ser considerado como un “recurso” más entre aquellos que se detallan y se contienen en las distintas leyes procesales, se hace necesario, en primer lugar estudiar éstos con el fin de aproximarnos a la función que cumplen en el ordenamiento procesal y que les hace absolutamente diferentes –o no— del recurso de amparo constitucional.

La visión que se da en este capítulo de los distintos medios de impugnación es relativa a su naturaleza jurídica y al objetivo fundamental que el legislador persigue mediante su inclusión en el ordenamiento jurídico procesal, sin que en este momento sea determinante traer a colación su regulación en el derecho positivo español. Un estudio como este, que trata de poner en relación el recurso de amparo constitucional con el resto de los medios de impugnación previstos en las leyes procesales en la medida en que ambos sirven de cauce para la tutela de los derechos del art. 24.1 CE, ha de profundizar, necesariamente, en los primeros, ya que no todos ellos tienen la misma

⁸ Me refiero a que sólo determinados derechos fundamentales tienen una protección jurisdiccional reforzada a través del amparo constitucional porque otros derechos que comparten ese mismo calificativo no gozan de este privilegio por estar incardinados fuera de la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la CE. A pesar de que, en los primeros años de vigencia de la Constitución, triunfó una concepción restringida a propósito de los derechos que debían ser considerados fundamentales, son varios los autores que otorgan tal calificativo a los derechos contenidos en el Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución. F. Rubio Llorente se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones, “El Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, 2004, pág. 28. También P. Cruz Villalón, “Nota: los derechos fundamentales”, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pág. 249.

⁹ *Vid.*, por todos, L. Díez-Picazo y Ponce de León que ha afirmado recientemente (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del TC*, Madrid, 2010, pág. 21): “Cuando las violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo hayan tenido origen en un acto u omisión de un órgano judicial se exige que se hayan agotado todos los recursos dentro de la vía judicial. Deriva de ello que el «amparo constitucional», que así lo llama la LOTC, *es un verdadero recurso* que se da contra resoluciones de los jueces y tribunales dictadas en una instancia inferior a la del Tribunal Constitucional al que la Constitución reconoce como instancia suprema en materia de garantías constitucionales. (...) Precisamente *es un recurso* para que los derechos fundamentales y las libertades públicas puedan triunfar”. La cursiva es añadida.

significación ni el mismo papel en el ordenamiento jurídico procesal. Hay que advertir, no obstante, que nos encontramos ante un tema —el de naturaleza jurídica de los distintos medios de impugnación— sobre el que la doctrina procesalista no tiene una posición unánime al respecto. No se trata de profundizar hasta donde lo haría un experto procesalista, pero sí, al menos, de poner de relieve la significación de cada uno de ellos en el conjunto del sistema, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que me serán de utilidad para extraer determinadas conclusiones.

Por otro lado, hay una razón de tipo funcional que justifica esta introducción, cual es dotar al lector de un glosario acerca del significado de cada uno de los medios de impugnación que se van a manejar en el trabajo. Como ya se ha expuesto, la naturaleza jurídica de algunos de éstos es harto discutida en la doctrina procesalista, de ahí que sea conveniente fijar desde el principio tanto las categorías jurídicas que voy a manejar como el significado que creo mejor sirve para definir las.

2. El Recurso de apelación.

2.1. ¿Medio de gravamen o medio de impugnación?

A pesar de que la apelación ha sido —y sigue siendo— calificada como recurso por la ley procesal, no sólo en España sino también en otros países de nuestro entorno, sería más correcto referirse a ella como medio de gravamen.

La doctrina más clásica distinguía ya, dentro de los medios de impugnación de resoluciones judiciales, entre medios de impugnación propiamente dichos y medios de gravamen¹⁰. Los primeros suponen, en cierta medida, la traslación al derecho procesal de las acciones a través de las cuales se mide la eficacia de un negocio jurídico privado¹¹; los segundos son de naturaleza estrictamente procesal, esto es, sin

¹⁰ Uno de los mejores trabajos en los que se expone la diferencia entre ambos institutos es el de P. Calamandrei, *Vicios de la sentencia y medios de gravamen*, publicado en febrero de 1915 en Florencia, en edición fuera de comercio. Posteriormente fue reproducido en *Studi sul processo civile*, volumen I, págs. 167 a 212. La versión en español de la citada obra, traducida por Santiago Santis Melendo, está editada en Buenos Aires en 1961.

¹¹ Me parece evidente que, hoy en día, dado el carácter público que se confiere al proceso, no puede medirse la eficacia del producto de éste —la sentencia— de la misma manera que la del negocio jurídico. Sin embargo, tal y como estudió P. Calamandrei, esto no fue así durante mucho tiempo debido a que en el derecho romano se extendieron al proceso, y más concretamente a la sentencia, los conceptos de validez inherentes al negocio jurídico. Vid., en este sentido, P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. I, págs. 39 y ss. Por eso en el texto principal digo que el concepto de medio de impugnación supone “en cierta medida” una traslación al derecho procesal de institutos pertenecientes al derecho contractual.

homologación con las categorías del derecho civil. El medio de impugnación en sentido estricto surge para destruir una determinada resolución judicial –generalmente no interlocutoria— aquejada de determinados vicios o errores. El medio de gravamen, por el contrario, tiene por objeto obtener una nueva decisión judicial en una ulterior instancia sobre una *litis* ya resuelta por la primera resolución judicial que no tiene por qué ser necesariamente defectuosa o injusta¹². En otras palabras, el medio de gravamen surge en el derecho procesal “para obtener indirectamente una mayor garantía de justicia”¹³, no para corregir determinados errores que se consideran especialmente relevantes para el Estado. Y éste es el sentido de la apelación en el derecho procesal moderno. La apelación responde a la idea de que una sola instancia no ofrece garantías suficientes para asegurar la justicia de la sentencia. El medio de gravamen se considera así como una garantía para los ciudadanos que confían en la Administración de Justicia la resolución de los conflictos jurídicos en los que puedan verse involucrados¹⁴.

Partiendo de esta premisa se instala en los ordenamientos procesales el principio de doble –e incluso de triple— grado de jurisdicción, junto con otros institutos o medios de impugnación que, estos sí, tienen por objeto atacar las sentencias viciadas de determinados defectos.

Si se atiende a la naturaleza jurídica del medio de gravamen y del medio de impugnación se llega a la conclusión de que el objeto y la finalidad de los mismos no son en absoluto coincidentes¹⁵. En este sentido, un determinado ordenamiento puede

¹² Algunos autores alemanes han tratado de explicar el significado de este instituto con una expresión muy gráfica que puede resultar válida también entre nosotros: “*zweite Erinstanz*”. La apelación aparece como una segunda escena dentro de una única obra. Esta idea fue acogida por J. Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, 1906) que definió el medio de gravamen como “el medio para pasar del primero al segundo grado de jurisdicción”. La edición en español que he manejado es *Principios de derecho procesal civil*, T. II, ed. Reus, Madrid, 2000, reimpresión de la primera edición, pág. 488.

¹³ P. Calamandrei, “Vicios de la sentencia y medios de gravamen”, cit., pág. 440.

¹⁴ Según J. Chiovenda (*Principios de derecho procesal civil*, T.II, cit., págs. 519-520), la apelación como garantía se manifiesta bajo tres aspectos, a saber: 1) La reiteración de un mismo juicio hace posible, por sí mismo, la corrección de errores; 2) los dos juicios están confiados a jueces diferentes; 3) el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero.

¹⁵ P. Calamandrei (“Vicios de la sentencia y medios de gravamen”, cit., págs. 445-448) observó hasta cinco diferencias entre medio de gravamen y medio de impugnación: 1) Mientras que el derecho de impugnación es inseparable del motivo de impugnación no sucede así en el medio de gravamen, cuya interposición no se hace depender de la existencia de vicio alguno, sino simplemente de la derrota en un juicio; 2) La acción de impugnación tiene por objeto la variación de un estado jurídico ya existente, mientras que el medio de gravamen trata de impedir que se perfeccione un estado jurídico todavía imperfecto; 3) La sentencia sujeta a gravamen no puede desplegar los efectos de una verdadera declaración de certeza del derecho a diferencia de la sentencia que puede ser sometida a una acción de impugnación, que tiene los efectos de cosa juzgada hasta que dicha acción no sea acogida; 4) Tanto la acción de impugnación como el medio de gravamen están sujetos a una nueva decisión, pero el objeto de ésta no es el mismo en ambos casos. El objeto en la acción de impugnación es establecer con certeza si

perfectamente prever un modelo procesal basado en la única instancia –y exento en consecuencia de medios de gravamen— pero establecer medios de impugnación para evitar que adquirieran la categoría de cosa juzgada aquellas resoluciones judiciales incurtidas en determinados errores o vicios que el Estado considera especialmente relevantes. Podría pensarse incluso en un modelo procesal en el que medios de impugnación y medios de gravamen fueran institutos absolutamente separados y paralelos¹⁶. Pero lo cierto es que, actualmente, en los Estados en los que se aplica el principio de doble instancia y en los que existen otros medios de impugnación específicos, el medio de gravamen ha absorbido o ha sido el cauce procesal a través del cual se han hecho valer verdaderas acciones de impugnación¹⁷. De este modo, nos encontramos con recursos de apelación que son verdaderas acciones de impugnación en la medida en que lo que pretenden del juez *ad quem* es el reconocimiento de una causa legal que conlleva aparejada la nulidad o la rescisión de la sentencia impugnada. Sin duda, el motivo principal por el que se ha dado este fenómeno ha sido el de la propia configuración de los medios de impugnación al condicionarse su procedencia y admisibilidad al agotamiento previo de los recursos de carácter ordinario, esto es, de la apelación o medio de gravamen.

Sin embargo, la confusión entre ambos institutos a la que ha dado lugar la práctica no ha de llevarnos a la conclusión de que en la actualidad medio de gravamen y medio de impugnación son la misma cosa. Así, cuando se afirma que un pleito ha tenido varias instancias habría que entender, no sólo que el asunto ha sido estudiado por tres órganos judiciales distintos, sino además que éstos han realizado un juicio pleno en

existe una voluntad de la ley que otorgue al actor el derecho a la variación de la sentencia. El objeto del medio de gravamen viene referido al fondo de la relación controvertida en la primera instancia, es decir, a la voluntad de la ley sustancial que el actor ha hecho ya valer ante el juez *a quo*; 5) La acción de impugnación da lugar a un nuevo proceso mientras que el medio de gravamen abre una nueva fase del mismo proceso, por lo que supone simplemente la continuación de la misma controversia ya decidida previamente de forma, eso sí, provisional.

¹⁶ Así estaba diseñada la *appellatio* en el derecho romano (etapa imperial), en el que los términos validez y justicia de la sentencia eran absolutamente antagónicos. El derecho romano privaba de validez a todo proceso o sentencia que hubiera incurrido en determinados vicios de forma pero, sin embargo, no disponía de instrumento alguno que tuviera por objeto atacar aquellas sentencias que, aunque válidas, fueran injustas (con la salvedad de aquellas sentencias dictadas contra *ius constitutionis*). Las acciones para interesar la nulidad de la sentencia o del proceso por vicios de forma no eran constitutivas, sino declarativas de certeza. Es decir, la sentencia nula lo era por el hecho de haber incurrido en ciertos vicios y la acción por la cual se ponía esta circunstancia en evidencia venía tan sólo a corroborar la inexistencia y nulidad de la misma. La *appellatio* no era el instrumento adecuado para hacer valer la nulidad de la sentencia, sino un derecho del vencido en juicio a obtener una nueva decisión ya decidida en el primer grado. Vid., en este sentido, P. Calamandrei, *La casación civil*, T.I, Vol. I, págs. 87 y ss.

¹⁷ Vid. P. Calamandrei, “Vicios de la sentencia y medios de gravamen”, cit., pág. 449.

cada una de ellas en la medida en que el paso de una otra no tiene por objeto la corrección de unos determinados errores, sino un nuevo estudio de la cuestión litigiosa.

2.2. Apelación plena y apelación limitada.

La apelación puede concebirse como un nuevo proceso, obviamente sobre el mismo asunto, pero a partir de pruebas y alegaciones nuevas, o como una revisión de lo acaecido en la primera instancia y, en consecuencia, sin posibilidad de aportar nuevas alegaciones ni nuevo material probatorio.

En consonancia con nuestra tradición jurídica, nuestro recurso de apelación ha tenido un carácter intermedio entre ambos modos de concebir la apelación. La segunda instancia no ha estado concebida como una repetición del proceso en el que las partes volvían a disponer de todos los medios a su alcance para hacer valer sus pretensiones, es decir, para realizar un nuevo juicio. Las pretensiones y oposiciones de las partes (*petitum*) en este segundo grado de jurisdicción no podían modificarse ni alterarse sustancialmente: las partes podían modular sus pretensiones (pedir menos o sólo una parte de lo que habían pedido en la primera instancia) pero les estaba vedado solicitar al Juez algo distinto de lo pedido en la primera instancia. Y lo mismo cabe decir respecto a la causa de pedir (fundamentación jurídica).

Por esto, y simplificando en cierto modo las cosas, podría decirse que la segunda instancia o recurso de apelación español ha estado configurado más como una *revisio prioris instantiae* que como un *novum iudicium*¹⁸. Esta función esencialmente revisora de la apelación permite al Juez o Tribunal *ad quem* corregir toda clase de errores en los que hubiera podido incurrir el Juez *a quo*: desde un error en la consignación de los hechos probados, pasando por una denegación de prueba ilegal, hasta la interpretación de la norma que el Juez había considerado aplicable al caso. Es decir, cumple las veces de medio de gravamen y de medio de impugnación. En

¹⁸ Lo mismo puede decirse ahora, aunque tal y como ha señalado A. de la Oliva Santos (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao, Madrid, 2001, pág. 788), no es del todo exacto definir nuestra segunda instancia como una *revisio prioris instantiae*: “(...) suele decirse que nuestra segunda instancia es una *revisio prioris instantiae* (revisión de la anterior instancia), más que un *novum iudicium* (nuevo juicio). Este modo de hablar es aceptable en cuanto subraya que ni el caso puede plantearse de modo sustancialmente distinto, ni procede, como regla, una nueva actividad probatoria. Sin embargo, la expresión *revisio prioris instantiae* no deja de resultar en cierto modo inexacta. Porque, ante todo, es innegable que segunda instancia civil se configura para que haya un nuevo juicio, que puede contener «novedades» tanto respecto a la reconstrucción de los hechos como en la aplicación del Derecho.”

definitiva, la finalidad esencial de la apelación es comprobar la exactitud de los resultados, tanto fácticos como jurídicos, procesales y materiales o sustantivos, obtenidos en el proceso originario. De ahí que baste la mera existencia de un perjuicio o gravamen para poder fundar el recurso de apelación.

Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a la conclusión de que el órgano judicial *ad quem* sólo puede establecer una modificación del resultado de la *litis* si hay errores en la sentencia. La apelación –incluso la que tiene más marcado el carácter revisor— permite al Juez *ad quem* imponer su criterio sobre la decisión del Juez *a quo*. El error o la injusticia de la primera sentencia son tomados en gran consideración pero no constituyen su fundamento, ya que el órgano judicial *ad quem* puede resolver el asunto en el sentido opuesto al alcanzado en primera instancia realizando, por ejemplo, otra interpretación de las pruebas aportadas en el juicio o dando una interpretación distinta al derecho aplicable al caso de la que había adoptado el juez de primera instancia.

2.3. Las ventajas de la apelación limitada en los sistemas con control casacional.

Es importante destacar que la adopción de esta concepción esencialmente revisora de la apelación presenta algunas ventajas, aunque también algunos inconvenientes, respecto de la apelación plena. M. Taruffo, al acometer un estudio acerca del recurso de casación italiano, se ha ocupado de resaltar las ventajas que para su buen funcionamiento supone la adopción de un sistema de apelación limitada¹⁹. Taruffo parte de la importante interrelación entre los recursos de apelación y casación. Según el autor, la configuración del primero afecta al modo en que el Tribunal Supremo desempeña la función casacional. Una de las ventajas que supone la adopción de un sistema de apelación limitada es, siempre según M. Taruffo, la de facilitar al Tribunal Supremo el cumplimiento de su función casacional. La instauración de una apelación plena dificulta en gran medida que el Tribunal de casación cumpla con su función específica, en la medida en que éste se convierte en el “primero y único juez de la legitimidad en sentido propio”. Es decir, no es lo mismo que el órgano judicial

¹⁹ M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991. Cito este trabajo por su traducción castellana, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra, Lima, 2005, págs. 243 y 244. Taruffo reivindica para Italia una acentuación del carácter revisor de la apelación con la finalidad, por un lado, de facilitar la labor esencial que ha de cumplir la Corte de casación y, por otro, de reducir el número de asuntos que acceden a la Corte de Casación.

competente para conocer del recurso de casación controle una sentencia que ya ha sido revisada y depurada por el juez de apelación que otra que, aun habiendo sido el producto de dos instancias, sea innovadora –y no correctora– respecto de la primera. Sin duda, se facilita mucho más la labor del Tribunal Supremo en el primer caso, esto es, cuando el objeto de control casacional es una sentencia ya depurada y corregida de los vicios y errores que pudieron haberse cometido en la primera instancia. Pero éste no es el único beneficio que para el buen funcionamiento de la casación supone la adopción de un sistema de apelación limitada. Tal y como ha señalado M. Taruffo, la adopción de este sistema de apelación puede reducir en buena medida el número de asuntos que acceden al recurso de casación²⁰. En efecto, si el recurrente planteara la apelación como una verdadera acción de impugnación por haber incurrido la sentencia del juez *a quo* en error de derecho es posible que no le sea preciso acudir ulteriormente en casación ya que dicho error podría perfectamente haber sido corregido por el juez de apelación. De lo dicho se deduce que la configuración de la segunda instancia como esencialmente revisora o esencialmente innovadora puede afectar tanto al número de asuntos que acceden a la casación como al cumplimiento por el Tribunal Supremo de su función nomofiláctica. Quizás esta idea pueda extrapolarse a otros ámbitos, como por ejemplo la labor que debe desempeñar el amparo y la de los medios de impugnación en aquellos sistemas que cuentan con una jurisdicción ordinaria y otra constitucional.

3. El recurso de casación.

Para comprender el significado de la casación, se hace necesario un breve apunte a propósito de su surgimiento, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones que me servirán para fundar algunas conclusiones en la parte central de la tesis. Asimismo, se adelantan ya en este punto, algunas de las características que ha revestido este medio de impugnación en España.

3.1. Breves notas a propósito del surgimiento del recurso de casación.

3.1.1. Su objetivo por excelencia: la defensa de la ley y el aseguramiento de la separación poderes.

²⁰ M. Taruffo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, cit., pág. 244.

Si el nacimiento del recurso de apelación puede situarse ya en el derecho romano²¹, no es hasta finales del S. XVIII, en Francia, cuando surge el llamado recurso de casación.

La aparición en el mundo jurídico del recurso de casación en el año 1790 no puede entenderse de forma aislada. Su surgimiento está estrechamente ligado a la creación del *Tribunal de Cassation* francés y a la posición que este órgano vino a ocupar en la estructura del Estado. El Tribunal de Casación, a pesar de su denominación²², no formaba parte del Poder Judicial, sino que era un órgano complementario y subsidiario del Poder Legislativo (“*auprès du Corps Législatif*”), cuya función no era ya garantizar la sujeción del Juez a la ley, sino evitar la existencia misma de la jurisprudencia, esto es, de cualquier interpretación judicial de la Ley.

Puede decirse que fueron dos los factores fundamentales que impulsaron la creación del Tribunal de Casación francés durante la etapa revolucionaria. Por un lado, las prácticas invasoras que durante el *Ancien Régime* los órganos judiciales, especialmente los *Parlements*, realizaban de forma absolutamente consciente en el terreno reservado al Monarca²³. Y por otro, las bases teóricas en las que se basó el nuevo sistema surgido de la revolución: la primacía del Parlamento y, en consecuencia, la exaltación de la ley. Las tesis de Montesquieu y de Rousseau acerca del principio de separación de poderes, de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el nuevo significado adquirido por esta última, que ahora se concibe como expresión de la voluntad popular. La idea rousseauiana del concepto de ley imponía la necesidad de crear instrumentos capaces de someter a los jueces a la Ley para evitar así las prácticas que durante el *Ancien Régime* habían sido tan habituales, sobre todo por parte del

²¹ Vid., P. Calamandrei, *La casación civil*, cit., T. I, Vol. I, pág. 87 y ss.

²² Los reformadores franceses eran conscientes de que esa denominación podía conducir a error, de ahí que en los debates que se celebraron a propósito de su regulación, se propusieran otros nombres alternativos para el órgano, como *Consejo Nacional para la defensa de la Ley*, y que a sus miembros no se les denominara jueces, como finalmente sucedió, sino *inspectores de justicia* o *censores judiciales*. Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, vol. II, pág. 55.

²³ Fueron los incumplimientos expresos por los *Parlements* de las órdenes regias los que condujeron a la creación del *Conseil des Parties*. Su función principal consistía en anular las sentencias que contravinieran no cualquier derecho, sino únicamente el que emanaba del Monarca. Este instituto no nació por tanto para la defensa del derecho objetivo –como sucede con la casación– sino para asegurar la subordinación de los tribunales al poder soberano del Monarca. Era, en definitiva, un instrumento político dirigido en exclusiva a tutelar la posición soberana del Monarca. Según P. Calamandrei (*La casación civil*, T.I, vol. I, págs. 315 y ss.), el verdadero origen de la casación hay que situarlo en el *Conseil des Parties* y en su función política, no en otros institutos anteriores a éste.

Parlament de París, y que habían terminado por obligar a establecer un órgano de control sobre aquellos: el *Conseil des Parties*. Fueron precisamente estas extralimitaciones de los jueces en el terreno reservado al Monarca y, en consecuencia, la desconfianza hacia su actuación, las que hicieron pensar a los revolucionarios franceses que una mera declaración de primacía de la ley no sería garantía suficiente para salvaguardar el principio sobre el que pretendía fundarse el nuevo Estado. Se hacía necesario crear un órgano *ad hoc* que garantizara tal principio de primacía de la ley frente a las posibles injerencias de los titulares del Poder Judicial²⁴.

Esta exaltación de la ley, consecuencia, como ya se ha dicho, de la primacía del Parlamento sobre el resto de los poderes, así como el afán de los revolucionarios franceses por salvaguardar el campo reservado al poder legislativo, implicó que éstos concibieran a los jueces como meros aplicadores de la ley. La ley lo podía todo y la labor del juez debía limitarse a “declarar” qué ley era aplicable al caso concreto. Desde esta perspectiva, la idea de la jurisprudencia, de la interpretación judicial de la ley, era considerada como una invasión del ámbito legislativo por los jueces. Sencillamente, la jurisprudencia era innecesaria²⁵. Latía entonces la idea de la “ilusión del Código”²⁶ que todo lo prevé. El código garantizaba la “completud” del derecho y colocaba al juez en la posición de mero aplicador de los mandatos previstos en aquella, sin que fuera necesario que éste realizara ya no la interpretación auténtica de la ley, sino la que resultara adecuada al caso concreto. El juez era, en el expresivo aforismo de Montesquieu, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Esta prohibición de interpretación judicial de la ley se basaba no sólo en la idea de que la ley carecía de lagunas, sino también en el carácter unívoco de su texto. Para los revolucionarios era impensable el hecho de que la ley pudiera ser interpretada de diversas maneras: tenía un único significado que, a su vez, era el auténtico, y la labor del juez debía limitarse a “descubrir” ese significado y a declararlo. Esta forma de entender la ley anula toda

²⁴ Téngase en cuenta que el Tribunal de Casación surgió para la defensa de la ley en sentido estricto. Por ello, ni las normas infralegales ni la propia Constitución gozaban de protección ante esta sede. La exclusión de las primeras se debía a que no emanaban del Parlamento, sino del Ejecutivo. Respecto a la Constitución, porque no se le atribuía carácter normativo.

²⁵ La falta de necesidad de la jurisprudencia se aprecia con nitidez en las palabras de Robespierre: “El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley”. Esta afirmación la tomo de I. De Otto, *Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 293.

²⁶ P. Calamandrei (*La casación civil*, T. I, Vol. II, pág. 42, en especial nota 27) atribuye esta expresión a Brugi, quien la utilizó como título de una conferencia pronunciada por él a principios del siglo pasado en el Círculo jurídico florentino.

capacidad creadora del juez en la aplicación del derecho al caso concreto. El juez no decide ni escoge un significado de lo que la norma establece, sino que declara el único existente. Aun en el caso de la ley imperfecta, es decir, aquella cuyo texto sea oscuro o presente lagunas, el legislador se erigía en el único intérprete de su voluntad, estando absolutamente vedada cualquier intervención en esta función a los órganos judiciales.

Esta preocupación por mantener alejado al Poder Judicial del campo reservado al legislador se cristalizó en dos institutos. El primero de ellos fue el previsto en una de las disposiciones del Decreto de 16 de agosto de 1790: el llamado *référé legislatif facultatif*. A través del mismo se permitía al Juez que tuviera dudas en cuanto a qué ley era la aplicable a un supuesto concreto dirigirse al poder legislativo con el objeto de que éste se pronunciara acerca de la norma que debía aplicar. Este *référé*, sin embargo, era facultativo. Sólo procedía en la medida en que el juez dudara del sentido o el significado de una determinada ley a la hora de ser aplicada a un supuesto concreto.

Pero, ¿bastaba con este instrumento para garantizar la sujeción del Juez a la ley? ¿Y si los órganos judiciales, a pesar de dudar del sentido de la ley, no plantearan el *référé facultatif*? ¿Qué sucedería con aquellas sentencias que contravinieran la ley? Es aquí, en el control *a posteriori* de los actos judiciales, esto es, en el control una vez dictada sentencia, cuando el Tribunal de Casación francés adquiere verdadero protagonismo. Dicho órgano fue creado para realizar precisamente esta función a través de lo que se denominó *référé obligatoire*²⁷.

El cometido principal del Tribunal de Casación era privar de validez jurídica a todos aquellos actos emanados del Poder Judicial que fueran contrarios al texto de la ley o que crearan, bajo la apariencia de simples sentencias, verdaderas disposiciones normativas de carácter general. Podían dar impulso a las demandas de casación los

²⁷ La expresión de lo que significaba este instrumento así como los casos en los que procedía se regularon en el artículo 121 de la Ley de 17 de noviembre-1 de diciembre de 1790 que disponía: “Cuando una sentencia haya sido casada dos veces y un tercer Tribunal haya de decidir en última instancia de la misma manera que las dos precedentes, la cuestión sólo podrá debatirse ante el Tribunal de Casación cuando haya sido sometida al Cuerpo Legislativo, quien en este caso, dictará un Decreto aclaratorio de la Ley, y una vez sancionado este Decreto por el Rey, el Tribunal de Casación se ajustará a él en su sentencia”.

particulares que, tras agotar todas las instancias judiciales, obtuvieran una sentencia que contradijera el tenor literal de la ley²⁸; además, el llamado *Commissaire du roi* que podía interponer la casación *dans l'intérêt de la loi*²⁹.

En consonancia con expuesto anteriormente, sólo se admitía la demanda de casación en los casos en los que la sentencia que se pretendía casar hubiera contravenido expresamente el tenor literal de la ley. Es decir, si la ley es unívoca y por ello susceptible de una sola interpretación, sólo puede contravenirla la sentencia que lo haga de forma explícita. El Tribunal de Casación francés realizaba, pues, una labor exclusivamente “represiva”, no creativa, es decir, se limitaba a casar, a “romper”, las sentencias que hubieran sido dictadas en contra de la ley. No nació, por tanto, para declarar la interpretación auténtica de la ley, ni en consecuencia para garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho. Dicha competencia fue atribuida, por el contrario, al propio cuerpo legislativo, por lo que, en determinados casos previstos en la ley, el Tribunal de Casación estaba obligado a plantear el *référé*, en este caso

²⁸ Tal como ha señalado P. Calamandrei (*La casación civil*, T. I, Vol. II, pág. 87 y ss.), la posibilidad de que los particulares dieran impulso a la demanda de casación no debe entenderse como un derecho de las partes a gozar de un remedio jurisdiccional para lograr una sentencia justa. Los particulares no gozaban de un derecho a impugnar la sentencia, sino tan sólo de la facultad para impulsar el procedimiento de casación. Esta facultad conferida al particular era un medio para la consecución de un interés público: anular las sentencias que contravinieran expresamente el texto de la ley.

²⁹ La casación *dans l'intérêt de la loi* que podía impulsar el *Commissaire du roi*, una especie de ministerio público, apenas tuvo importancia ya que en muy pocas ocasiones se hizo uso de la misma. Este hecho llama tremendamente la atención si se considera que el objetivo con el que se creó la casación no era la defensa de los litigantes, sino la garantía de la separación de poderes. Por este motivo, hubiera resultado más explicable que la casación fuera impulsada con mayor frecuencia por el Estado.

obligatorio, para que el cuerpo legislativo se pronunciara acerca de la interpretación que debía darse a una norma concreta³⁰.

Tampoco era cometido del Tribunal de Casación garantizar a los litigantes una más correcta administración de justicia. El Tribunal no podía entrar en el fondo de la controversia, ni analizar si se había hecho justicia o no en el caso concreto. El Tribunal de Casación analizaba la sentencia, su adecuación a la ley, como un hecho aislado, sin tener absolutamente en cuenta las vicisitudes o peculiaridades del caso concreto.

3.1.2. El recurso de casación y la defensa de la ley: ¿sólo de la ley sustantiva o también de la procesal?

De lo analizado hasta ahora, se desprende, con toda claridad, que el Tribunal de Casación francés vino a ocupar un lugar central en el nuevo Estado surgido de la revolución. Esta institución, eminentemente política en su planteamiento teórico y poco o nada jurisdiccional, no surgió para mejorar la forma en la que se administraba la justicia ni, en consecuencia, para ser un medio más a través del cual los particulares podían ver reconocidos sus derechos. Su cometido principal fue la defensa de la ley y ello al margen de las consideraciones de justicia que se derivaran de la sentencia resolutoria del caso concreto.

Desde esta perspectiva, hubiera resultado coherente que la sentencia que vulnerase expresamente cualquier tipo de norma con rango de ley –ya fuera ésta

³⁰ Una vez que el Tribunal de Casación anulaba una sentencia, la causa era remitida a un nuevo órgano judicial para que éste dictara otra en su lugar (*renvoi*). Este segundo órgano judicial, ya que el Tribunal de Casación no participaba de esta naturaleza, disponía de plena libertad para dictar la nueva sentencia debido a que el Tribunal de Casación no establecía ningún límite o pauta que debiera respetar el órgano judicial al decidir de nuevo sobre el asunto. Era posible pues que el órgano judicial volviera a dictar otra sentencia idéntica a la anulada o incluso otra sentencia que también contraviniera la ley. Contra la nueva decisión podía interponerse de nuevo demanda de casación ante el Tribunal de Casación. Si la sentencia dictada por este nuevo órgano judicial era casada también, el asunto se remitía por el Tribunal de Casación a un tercer órgano judicial que resolvía la controversia según su conciencia sin limitación alguna, pudiéndose interponer contra aquella una nueva demanda de casación. En este caso, es decir, después del tercer *renvoi*, el Tribunal de Casación no podía anular de nuevo la sentencia sino que estaba obligado a remitir la causa al *Corps législatif*. El hecho de que tres órganos judiciales distintos resolvieran *contra legem* el mismo caso denotaba cuanto menos la falta de claridad de la ley o de una laguna. Pero en coherencia con las ideas revolucionarias debía ser el Poder Legislativo, y solo él, el legitimado para aclarar mediante una disposición de carácter general el sentido que estaba establecido en la ley. Esta técnica mostraba con claridad que el Tribunal de Casación no tenía competencia para interpretar la ley ni para aclarar sus puntos oscuros o lagunas. Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I., Vol. II, cit., pág. 76 y ss.

sustantiva o procesal– tuviera acceso al Tribunal de Casación. Sin embargo, esto no era así respecto a la ley procesal: no toda infracción de las normas reguladoras del proceso daba lugar al recurso de casación. Y precisamente, como se verá, éste fue uno de los aspectos que hicieron que la casación, aun en el momento de su nacimiento, no se ajustara por completo al significado que originariamente le atribuía la ley y las tesis que dieron lugar a su creación. Este dato puede ayudar a comprender cómo ha sido regulado en nuestro país y en el resto de Europa el recurso de casación por infracción de precepto procesal o quebrantamiento de forma que, como se verá más adelante, presenta diferencias sustanciales respecto a la casación por infracción de ley. Además pone de relieve la gran importancia que tenía en Europa la sujeción del juez a determinadas normas reguladoras del procedimiento.

Efectivamente, mientras que la demanda de casación procedía en todos aquellos casos en los que la sentencia dictada por el órgano judicial contravenía de forma expresa el texto de la ley (infracción sustantiva), no se admitía en todos los casos en los que era una norma procesal la que resultaba inobservada. Sólo determinados vicios de forma predeterminados legalmente daban lugar a una demanda de casación. Curiosamente, algunos vicios alegables en casación eran los mismos que se habían considerado esenciales para la validez del proceso en el derecho romano y que durante siglos se habían hecho valer a través de la *querella* o *actio nulitatis*. Algunos de estos vicios se referían a la válida constitución del proceso, tanto desde el punto de vista del juez (competencia) como de las partes (capacidad para estar en juicio), y al orden y a la solemnidad del procedimiento. Otros, sin embargo, como la falta u omisión de motivación de la resolución judicial, tienen un origen muy posterior.

Desde este punto de vista, la casación por defecto de forma no aportaba ninguna novedad. Cuando surgió la casación, la acción de nulidad por vicios de forma ya llevaba cientos de años implantada en Europa. Es más, si se hubiera previsto la casación como único cauce para hacer valer la nulidad de las sentencias que incurrieran en estos vicios de forma, se hubiera producido un retroceso en la protección de las mínimas garantías procesales conferidas a los litigantes, puesto que el acceso a la casación era una mera facultad del Tribunal mientras que la *querella nulitatis* constituía un verdadero derecho del que las partes podían servirse con el fin de

interesar la nulidad de las sentencias aquejadas de esos vicios de forma³¹. En otras palabras, se hubiera reemplazado un “derecho” de las partes por una prerrogativa del Tribunal de Casación.

Según P. Calamandrei la admisión de la casación en estos casos la alejaba enteramente de los fines para los que había sido creada³². Como ya se ha dicho, el sentido último de la casación era el de garantizar la primacía del Parlamento y el producto de éste, es decir, la Ley. Sin embargo, la demanda de casación interpuesta por infracción de norma procesal se convertía no sólo en una garantía para los litigantes, sino que además transformaba al Tribunal de Casación en un verdadero órgano jurisdiccional, en la medida en que debía constatar si el vicio procesal denunciado había tenido o no lugar. El Tribunal de Casación cuando conocía de un recurso basado en estos vicios acababa por comportarse como un verdadero tribunal de justicia y no como un órgano adscrito al poder legislativo. Puede, por tanto, afirmarse que la asunción del conocimiento de los vicios procesales a través del recurso de casación no respondía a los verdaderos fines para los que éste había sido creado y si algo lo demuestra es la importancia de la sujeción del juez no a toda norma procesal, sino a determinados requisitos de procedibilidad y de forma. Se operó en consecuencia una superposición de institutos con finalidades diversas y con orígenes en absoluto coincidentes. Mientras la demanda de casación por violación del texto de la ley (infracción sustantiva) trataba de garantizar la separación de poderes y, en consecuencia, la sujeción del juez a la ley sustantiva, la demanda de casación por vicios de procedimiento tenía como único objeto asegurar el recto funcionamiento de la Administración de Justicia y el sometimiento del juez (sólo) a algunos de los mandatos previstos en la ley procesal. Esta superposición de institutos fue trasladada a aquellos

³¹ Tradicionalmente los vicios de forma que se habían considerado esenciales para la validez del proceso se pudieron hacer valer en Francia a través del instituto de la *requête civile*. Una vez creado el Tribunal de Casación pudieron también hacerse valer a través de la demanda de casación. Según la doctrina, procedía la utilización de esta última vía en lugar de la *requête civile* cuando quedara demostrada la voluntad del juez de oponerse a lo dispuesto en la ley procesal. Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. II, págs. 92 y 159.

³² P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. II, cit., pág. 92 y ss. A la tesis de Calamandrei se le podría oponer el hecho de que una vulneración de la ley procesal por el juez constituye una ofensa de la ley de igual gravedad que una vulneración de la ley sustantiva. Sin embargo, la clave para apoyar la tesis de P. Calamandrei está en que la trasgresión de cualquier ley procesal no podía dar lugar a la casación, sino sólo aquellas que, como ya se ha dicho, causaban la nulidad del procedimiento. Así, si lo que se pretendía atajar era la ofensa a la ley por parte del Poder Judicial debería haberse admitido la casación contra toda violación de ley procesal y no sólo contra aquellas vulneraciones que tradicionalmente llevaban acarreada la nulidad del proceso y, por ende, de la sentencia recaída en el mismo.

Estados que decidieron optar por el establecimiento del recurso de casación en sus ordenamientos procesales. Y según algunos autores ha sido la causa de que la *querella nullitatis* o acción de nulidad por vicios *in procedendo* haya “desaparecido” como tal acción autónoma³³. Es más, como veremos más adelante, esta fue en buena parte la solución acogida en España.

Tras lo expuesto, y dejando a un lado la función de *querella nullitatis* que desde los inicios se confirió al recurso de casación, parece evidente que la creación de éste, y del Tribunal de Casación, respondía a motivaciones políticas, y poco o nada jurisdiccionales. Sin embargo, no pasaría mucho tiempo hasta que estos dos institutos sufrieran una profunda evolución³⁴.

3.1.3. La casación: su transformación de instrumento político a instituto jurisdiccional.

En pocos años y debido a varias causas de carecer heterogéneo, el Tribunal de Casación, que pasó a denominarse *Cour de Cassation*³⁵, dejó de estar integrado en el cuerpo legislativo y se integró en el Poder Judicial, ocupó su cúspide y se convirtió en el centro del referido Poder. Por lo que respecta a su nueva función, ya no va a limitarse a ser un órgano “represivo” sino tremendamente creativo. La *Cour de Cassation* empezó pronto a motivar sus decisiones y a admitir demandas de casación no sólo contra las sentencias que vulneraran expresamente el texto de la ley sino también “su espíritu”. Se convirtió en el órgano que declaraba la “interpretación auténtica de la ley”. Aunque la ley no establecía la sujeción de los tribunales inferiores a la doctrina de la

³³ P. Calamandrei (*La casación Civil. Bosquejo general del instituto*, T. II, cit., pág. 385) basándose en la regulación del recurso de casación en el Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, aportó una prueba más para demostrar que la casación por vicios *in procedendo* no respondía verdaderamente a las finalidades para las que había sido creado el recurso de casación, a saber: si en Italia en el momento de la unificación se hubiera impuesto un sistema de tercera instancia y no se hubiera optado por establecer el instituto de la casación, entendiéndose por tal aquel que tiene por objeto la defensa de la voluntad del Parlamento, se hubiera mantenido una acción para interesar la nulidad de aquellas resoluciones judiciales aquejadas de determinados vicios *in procedendo*. Dicha acción, según P. Calamandrei, “habría asumido probablemente la vieja denominación tradicional de querella de nulidad”.

³⁴ Aunque el sistema de recursos francés fue evolucionando paulatinamente, la mayoría de la doctrina señala como fecha de inflexión abril de 1837. En efecto, ya antes de ese año el funcionamiento práctico del Tribunal no se ajustaba a las finalidades para las que había sido creado ni a los límites que le imponía el propio derecho, pero fue la Ley de 1 de abril de 1873 la que jurídicamente vino a abolir definitivamente el *référé* obligatorio tras el tercer *renvoi*, facultando al Tribunal de Casación para que estableciera cuál debía considerarse la correcta interpretación de la ley. Naturalmente, la declaración del Derecho que la *Cour de Cassation* estableciera en su sentencia vinculaba al juez de instancia. Vid., en este sentido, P. Calamandrei, *La casación civil*, cit., T. I, Vol. II, págs. 127 y ss. También I. de Otto, *Sistema de fuentes*, cit., pág. 293.

³⁵ Este cambio de denominación se produjo el 18 de mayo de 1808.

Corte de Casación, la influencia de ésta sobre el resto de los integrantes del Poder Judicial era más que evidente. Pero ésta no fue la única transformación que experimentó la Corte. Ésta fue mucho más allá en el control de las resoluciones judiciales. Como ha señalado P. Calamandrei, y gran parte de la doctrina procesalista alemana, la verdadera innovación es que la Corte no se limitó a conocer mediante el recurso de casación de los errores *in iudicando* que pudiera contener la sentencia del juez *a quo* en la premisa mayor del silogismo realizado por éste, sino que extendió su juicio al control de la premisa menor³⁶. Esto no significa que el recurso de casación, ya evolucionado, se asemejara a una tercera instancia en la que el juez pudiera corregir cualquier error en el que se hubiera podido incurrir en las dos instancias anteriores. La Corte de Casación, aunque ahora en el vértice de la jurisdicción, continuaba siendo un órgano de protección de la ley, aunque en este período desarrollara su función de manera más creativa, declarando la interpretación auténtica de la ley. De ahí que por ley se impidiera a la Corte de Casación volver a valorar el material fáctico aportado al proceso, como ya hicieran en su momento las normas reguladoras del Tribunal de Casación originario.

En definitiva, la Corte de Casación, que no podía entrar a valorar la corrección del relato fáctico establecido por el órgano judicial *a quo*, examinaba el modo en que éste había aplicado el Derecho al caso concreto. En cuanto a la demanda de casación, ésta pasó de ser una mera facultad de denuncia a un verdadero medio de impugnación de algunas decisiones judiciales. Se convirtió en un instrumento procesal tendente a interesar la nulidad de determinadas resoluciones judiciales incurtidas en infracción de ley o en vicios de procedimiento que conllevaran la nulidad del procedimiento o de la sentencia. Se consolidó, en consecuencia, la yuxtaposición de dos figuras, la casación y la *querella nulitatis*, que poco tenían que ver entre sí, y que, con raras excepciones, ha perdurado hasta nuestros días³⁷.

³⁶ Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. II, págs. 117-119. Por lo que se refiere a la diferenciación entre error en las premisas mayor y menor del silogismo, vid. también P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. I, pág. 184 y ss.

³⁷ La casación no fue, sin embargo, el único remedio último para interesar la nulidad de una sentencia viciada por defectos de forma. La nulidad podía seguir interesándose a través de la llamada *requête civile*, pero quedaron perfilados mejor que en 1790 los casos en que procedía la utilización de una u otra vía. Si la vulneración de la norma procesal tenía su origen en el poder público, esto es, en una acción u omisión del órgano judicial, podía presentarse la demanda de casación. En cambio, si el origen de la vulneración de la norma procesal estaba en una de las partes y había pasado inadvertida por el órgano judicial, procedía la *requête civile*. Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. II, pág. 159.

Según P. Calamandrei fueron principalmente dos los factores que ayudaron a que se produjera esta transformación que, en parte, vino de la mano de la ley, pero también, paradójicamente, en contra de lo dispuesto en ella³⁸: por un lado, una cierta recuperación de la confianza hacia el Poder Judicial³⁹ y, por otro, el hecho de la codificación.

Empezando por este último, fue precisamente el paso del derecho feudal, caracterizado por su carácter localista, al derecho codificado, único para todo el territorio del Estado, el que suscitó la necesidad de crear mecanismos tendentes a garantizar una cierta igualdad en la aplicación de la ley. Esto, unido a la idea revolucionaria de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, hizo que pronto el Tribunal de Casación asumiera el papel de agente principal para la consecución de tal objetivo fundamental del Estado.

Por lo que respecta a la desconfianza hacia el Poder Judicial, se produjo un “repensamiento” de la función judicial. La idea del juez como voz de la ley no parecía funcionar en la práctica. Más pronto que tarde se cayó en la cuenta de que era consustancial a la propia función jurisdiccional la interpretación de la ley por los Tribunales. Hay que advertir, sin embargo, que esto no hizo desaparecer la desconfianza hacia el Poder Judicial. Esta evidencia, unida al colapso del *Corps législatif* y la dilación de los procesos, hizo que pronto se derogara el famoso *référé*. Llegó un momento en que el *Corps législatif* estaba tan sobrecargado que empezó a inadmitir *référés facultatifs* negando el carácter problemático o la oscuridad de la ley que debía ser aplicada al caso concreto. Esta acumulación de *référés* provocó incluso que el Tribunal de Casación tomara la iniciativa resolviendo las dudas interpretativas de ley en lugar de trasladar el problema al órgano verdaderamente competente: el Poder Legislativo. Es decir, en la práctica resultó estar más capacitado el Tribunal de Casación (órgano auxiliar del Poder Legislativo) que el Poder Legislativo mismo para

³⁸ Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T.I, Vol. II, cit., pág. 109 y ss.

³⁹ Otros autores han venido manteniendo que en Francia perduró en este período la desconfianza hacia los titulares del Poder Judicial. Leyendo a Calamandrei puede verificarse que este autor señala como síntoma de recuperación de la confianza hacia el Poder Judicial el surgimiento de un nuevo replanteamiento de la que debiera ser su función. Sin embargo, según el autor va desarrollando el argumento, se puede llegar a la conclusión de que más que a la recuperación de la confianza, el replanteamiento responde a la comprensión de lo que significa la función jurisdiccional. O dicho de otro modo, al juez francés no se le devuelve el poder de interpretar la ley porque se confíe más en él, sino porque esa es precisamente su función.

hacer frente a esta tarea. Asimismo, el Tribunal de Casación procedió a anular por exceso de poder aquellas resoluciones judiciales con las que los jueces suspendían la decisión del pleito al entender que procedía clarificar la cuestión ante el *Corps législatif*. Como ha señalado P. Calamandrei, esta forma de actuar, tanto del Tribunal de Casación como del propio *Corps législatif*, suponía “una gran paradoja”: la ley prohibía a los jueces interpretar la ley pero a su vez se anulaban sus decisiones porque no interpretaban la ley⁴⁰. La posibilidad de interpretación judicial de la ley vuelve a ser atribuida, después del paréntesis revolucionario, a los jueces en el Código de Napoleón: obviamente la interpretación *ad casum*, no la auténtica.

Por todo lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que la evolución del Tribunal de Casación (después *Cour de Cassation*) no se llevó a cabo con pleno respeto a las normas reguladoras de esta institución, sino más bien todo lo contrario.

El modelo francés, evolucionado en el sentido indicado, fue adoptado con más o menos “pureza”, generalmente con menos, por otros Estados europeos, España entre ellos. En la mayoría de los países europeos, sin embargo, la implantación de este recurso conllevó grandes debates, sobre todo en aquellos en los que, a diferencia del francés, se había optado por un sistema de triple grado jurisdiccional, como era el caso italiano y germánico. En estos Estados los debates se centraron en si era preferible el mantenimiento de los tres grados de jurisdicción con una Corte Suprema como vértice del sistema o establecer en su lugar un sistema de doble grado de jurisdicción con un Tribunal de Casación al estilo francés en la cúspide⁴¹. Según ha sostenido un sector de la doctrina, el hecho de que en algunos Estados se acabara por imponer el recurso de casación, con la consiguiente renuncia al mantenimiento de la tercera instancia, no fue casual, ni se debió fundamentalmente a motivos técnico-jurídicos, sino a “la voluntad de extender a la administración de justicia de todo estado unitario un control político, burocrático y concentrado”⁴².

⁴⁰ Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. II, cit., pág. 111.

⁴¹ Entre los Estados que decidieron adoptar el sistema francés de la casación pueden señalarse, entre otros, los siguientes: Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España y Portugal. En el Imperio alemán se estableció el llamado “recurso de revisión”, que fue calificado por un sector de la doctrina como una apelación limitada a cuestiones de derecho y por otro como una figura más afín en sus características al recurso de casación francés.

⁴² M. Taruffo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra, Lima, 2005, pág. 66.

Esta discusión acerca de los beneficios que la casación puede aportar o no al sistema continúa en la actualidad, aunque hoy se tienen en cuenta otras variables distintas a las que centraron el debate en el siglo anterior. En la actualidad, las tensiones entre los partidarios de la casación pura o de otra más parecida a una tercera instancia siguen acaparando la atención de los juristas, hasta tal punto de que se ha llegado a hablar, creo que con razón, de la “crisis de la casación”⁴³. Pero sobre este asunto debo volver más adelante.

3.2. La casación española.

3.2.1. El origen de la casación española: la Constitución de 1812.

Sin perder de vista lo que se ha comentado acerca de los orígenes del recurso de casación, es necesario traer a colación la experiencia española para entender algunas cuestiones de las que me ocuparé más adelante.

El antecedente más cercano de la casación española lo encontramos en la Constitución de 1812, que creó el Supremo Tribunal de Justicia, el antecedente de nuestro actual Tribunal Supremo⁴⁴.

Las cosas, sin embargo, en cuanto a la casación se refiere, no sucedieron ni mucho menos como en el país vecino. El originario Supremo Tribunal de Justicia no fue concebido como un Tribunal de Casación equiparable al francés (ni el originario ni tampoco el, podríamos decir, evolucionado) pues entre sus competencias no existía ninguna con el objetivo de anular decisiones judiciales contrarias al tenor literal de la

⁴³ Vid., entre las últimas publicaciones que tratan este tema, M. Taruffo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra, Lima, 2005; P. Aragonese Alonso, “Notas sobre la casación y la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005, págs. 9-20. Este último autor, de acuerdo con las tesis de J. Guasp, se muestra partidario incluso de suprimir el actual recurso de casación y sustituirlo por otro denominado extraordinario, que vendría a constituirse en una tercera instancia no sólo limitada a revisar cuestiones de derecho. Desde otra perspectiva, radicalmente distinta a la anterior, puede verse J.A. Xiol Ríos, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004, en especial págs. 105 a 127.

⁴⁴ La creación de este Tribunal, así como su ámbito competencial, estaban previstos respectivamente en los artículos 259 y 261 de la Constitución de 1812. Vid., en relación con el significado y las funciones atribuidas al Supremo Tribunal de Justicia establecido por la Constitución de 1812, el trabajo de V. Fairen Guillén, “Las ideas de Piero Calamandrei y la recepción del recurso de casación en España”, *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. XXX, curso 1956-57, Cuaderno III-Derecho, págs. 7-43. .

ley *sustantiva*. El Supremo Tribunal de Justicia no fue creado ni para anular las sentencias que vulneraran la ley material ni para fijar su interpretación auténtica. Al igual que en el país vecino, los órganos judiciales debían limitarse a aplicar y ejecutar la ley ya que, según se preveía constitucionalmente, las Cortes tenían la facultad para “proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario”⁴⁵. Para resolver las dudas que los órganos judiciales tuvieran en relación con el significado de las leyes se previó constitucionalmente, pues, que éstos se las hicieran llegar al Supremo Tribunal de Justicia para que éste diera parte al Rey de las referidas dudas con el fin de que en las Cortes se acordara de conformidad con lo que procediese, esto es, a aclarar, en su caso, mediante una declaración, el significado auténtico de la ley⁴⁶. El Supremo Tribunal de Justicia hacía de intermediario entre los demás órganos del Poder Judicial y el Monarca y las Cortes, interviniendo a lo sumo en la explicación y fundamentación acerca del porqué de la oscuridad de la ley. En definitiva, en nuestro país, al igual que en Francia, se estableció una especie de *référé* facultativo con el fin de que los órganos judiciales pudieran obtener del Poder Legislativo aclaraciones sobre el sentido y la interpretación de la ley.

Sin embargo, en España, a pesar de que en la Constitución también se establecía, como en Francia, el principio de separación de poderes⁴⁷, no se creó ningún órgano *ad hoc* destinado a anular aquellas resoluciones contrarias a la ley sustantiva. Y esto no se debió a que no existiera desconfianza hacia el Poder Judicial. En efecto, además de otras funciones⁴⁸, la Constitución de 1812 atribuía al Supremo Tribunal de Justicia en el apartado 9º del artículo 261 la competencia para “conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dictadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254”. Esta última norma hacía responsables personalmente a los

⁴⁵ Artículo 131.1ª CE de 1812.

⁴⁶ Concretamente, el apartado 10º del artículo 261 de la Constitución de Cádiz establecía que sería competencia del Supremo Tribunal de Justicia, “[o]ír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la correspondiente declaración en las Cortes.”

⁴⁷ Los artículos 15 a 17 así lo establecían al declararse en los mismos:

Art. 15: La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16: La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey.

Art. 17: la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

⁴⁸ Como, por ejemplo, entre otras, juzgar en primera y única instancia a los miembros de las más altas instancias políticas y jurisdiccionales del Estado; conocer de los conflictos de competencia entre las Audiencias; conocer de los asuntos contenciosos pertenecientes al real patronato.

jueces que no respetaran las “leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal”. De lo anterior se desprende con claridad que en nuestro país sí se sintió la necesidad de instituir un Supremo Tribunal para controlar la adecuación del Juez a la ley, pero sólo a la de carácter procesal, o mejor dicho, constreñido a controlar la regularidad del proceso⁴⁹. Este dato, para mí revelador, se omite con frecuencia en la mayoría de los estudios que se han hecho sobre la casación española. El objeto del recurso de nulidad a que se refiere la Constitución de 1812 es, en consecuencia, doble: por un lado reponer las actuaciones viciadas de nulidad al momento procesal anterior al que se produjo el vicio y, por otro, iniciar el proceso de responsabilidad contra el juez que incurrió en tal quebrantamiento procesal.

La diferencia de nuestro Supremo Tribunal con el Tribunal de Casación francés es abismal: nuestro Tribunal está integrado desde sus orígenes en el Poder Judicial y actúa como su propio nombre indica, es decir, como un tribunal de justicia. En palabras de V. Fairén, nuestro Supremo Tribunal de Justicia “era uno más de éstos”⁵⁰. Este control, además, no se realizaba sólo para la defensa del derecho (procesal) objetivo, sino para asegurar al litigante la corrección del proceso en el que había sido parte y para ejercer la potestad disciplinaria sobre el juez⁵¹.

Esta especie de obsesión del Constituyente de 1812 por asegurar la sujeción del juez a la ley procesal se percibe también en el artículo 13 apartado 8º del Reglamento

⁴⁹ Es cierto, sin embargo, que pocos años después mediante Decreto de 24 de marzo de 1814 sobre “Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”, se ampliaron los supuestos que daban lugar a la responsabilidad del juez, de tal manera que la infracción de normas materiales o sustantivas también generaban la responsabilidad a la que se refiere el artículo 254 de la Constitución de 1812. Tomo el dato de L.E. Delgado del Rincón, “La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública durante del S XIX español: análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la Justicia”, *Revista de Estudios Políticos* núm. 98, 1997, pág. 234, en especial nota 40. Sin embargo, esta ampliación de los supuestos de responsabilidad no vino acompañada de un control por vía del recurso de anulación ante el Superior Tribunal de Justicia del derecho material o sustantivo.

⁵⁰ Vid. V. Fairén Guillén, “Las ideas de Piero Calamandrei...”, cit., pág. 28.

⁵¹ Según algunos autores (M. Lorente Sariñena, “Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria” *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pág. 214) la función más importante que cumplía el Supremo Tribunal de Justicia a través del recurso de nulidad era precisamente ésta: ejercer de órgano disciplinario contra los jueces que se separaban de la ley procesal. Tal cometido, se hizo en defecto de una “necesaria depuración y reestructuración de la Administración de Justicia”. Por el contrario, otros como L. E. Delgado del Rincón (“La configuración de la Administración de Justicia...”, cit., págs. 233-236) aseguran que las previsiones constitucionales señaladas en relación con la responsabilidad del juez debían haberse concretado en un desarrollo legislativo ulterior que nunca llegó a producirse. Esto provocó que no fuera sobre todo el Supremo Tribunal Justicia sino el Ejecutivo el que, a través de la responsabilidad gubernativa, nombrara o removiera los jueces a su gusto. Según L. E. Delgado del Rincón, las causas de responsabilidad del juez previstas constitucionalmente se utilizaron con fines disciplinarios al antojo de los Gobiernos de turno.

de Tribunales de 9 de octubre de 1812⁵². Este precepto atribuía a las Audiencias el conocimiento de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia que no pudieran ser apelables con el objeto de anular la sentencia o parte del proceso por vicios de forma. Es decir, nos encontramos con un recurso de nulidad idéntico al regulado en el artículo 261.9 de la CE de 1812 y que se crea precisamente como última garantía ante la Audiencia por no tener modo de acceder al Supremo Tribunal de Justicia.

El establecimiento de un Supremo Tribunal en la cúspide del sistema para conocer tan sólo de los errores procesales no fue algo exclusivo de España. Algunas legislaciones procesales germánicas, como el Reglamento procesal civil de Hannover aprobado en 1850, establecía que sólo determinados errores judiciales cometidos *in procedendo*, que coincidían con las nulidades insanables del derecho común, fueran conocidos por una *Kassationshof*⁵³. También aquí concurren los dos elementos a los que ya se ha hecho referencia: por un lado, la importancia conferida en Europa a las cuestiones de procedimiento y, por otro, en consonancia, el establecimiento de un Tribunal superior para garantizar su cumplimiento.

El Supremo Tribunal de Justicia nació, pues, exclusivamente para garantizar la sujeción del juez a la ley procesal y para asegurar la exigencia de responsabilidad disciplinaria al juez que incumpliera aquélla. De ahí que, en primer lugar, sea dudoso, a pesar de lo que han sostenido algunos autores⁵⁴, que el recurso de casación tenga su origen en el recurso de nulidad al que se refiere la Constitución de 1812. El origen es, sin duda, la creación del Supremo Tribunal de Justicia, pero no el recurso que se le atribuyó en el momento de su implantación. En segundo lugar, la atribución de esta competencia al Supremo Tribunal confirma la estrecha relación entre la cúspide del Poder Judicial y su papel de garante de las formalidades que ordenan el proceso.

Aunque el antecedente más remoto de la casación en España es el Supremo Tribunal de Justicia, la introducción de un recurso llamado de casación se produce por primera vez en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ampliando por supuesto las competencias del Supremo Tribunal, que no quedará ya limitado al

⁵² Tomo el dato de V. Fairén Guillén, “Las ideas de Piero Calamandrei...”, cit., pág. 30.

⁵³ Tomo el dato de P. Calamandrei, *La casación civil*, cit., T. I, Vol. II, cit., pág. 198.

⁵⁴ Sostienen esta tesis, entre otros, M. Morón Palomino, *La nulidad en el proceso civil español*, ed. AHR, Barcelona, 1957, pág. 91. En contra de tal conclusión, V. Fairén, “Las ideas de Piero Calamandrei...”, cit. Todo el artículo se dedica a estudiar esta concreta cuestión, pero puede verse especialmente la 8ª conclusión, contenida en la pág. 32.

examen de las infracciones procesales, pero, interesa destacar, que seguirá teniendo un papel decisivo en el control de éstas⁵⁵.

3.2.2. Sobre la naturaleza jurídica del recurso de casación en España.

a) Recurso de carácter extraordinario.

Con independencia del alcance del control, más amplio o más restringido, más cercano o más lejano de la casación genuina, que las distintas leyes procesales han atribuido a los tribunales españoles que han tenido asignadas funciones casacionales, toda la doctrina está de acuerdo en calificar a la casación como un recurso o medio de impugnación de carácter extraordinario. A diferencia de lo que sucede con el medio de gravamen, con la apelación, el sufrimiento de un perjuicio no es suficiente para fundar el recurso de casación. El objeto del recurso de casación no es abrir otra instancia más en la que el recurrente pueda realizar todas las alegaciones que crea pertinentes para ver estimada su pretensión, sino evitar que determinadas resoluciones judiciales – generalmente sentencias, pero no sólo—, viciadas por algunos errores predeterminados legalmente –e interpretados jurisprudencialmente— adquieran firmeza. Cualquier error en que haya incurrido el juzgador, no abre directamente el acceso a la casación, sino sólo aquellos establecidos en la ley procesal correspondiente. En definitiva, es un recurso cuyo acceso viene determinado por una serie de causas tasadas en la ley procesal y que han variado de forma sustancial a lo largo de nuestra historia.

b) Instrumento de control del juez, no de la justicia de la sentencia.

En la legislación española⁵⁶, y con la salvedad de alguna excepción, sólo es posible controlar a través de la casación la posible injusticia de la sentencia derivada de la actuación del juez que la dictó, pero no de otros elementos ajenos a la actuación del poder público. O si se prefiere, cuando la injusticia de la sentencia es imputable a

⁵⁵ Vid. I. De Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 43.

⁵⁶ Y hasta donde conozco, también en los países de nuestro entorno que han adoptado este medio de impugnación de sentencias.

causas extrañas o ajenas a cómo ha discurrido el proceso judicial, la casación no es el recurso adecuado. Otra cosa es determinar qué tipo de errores judiciales han de tener cabida en la casación para que pueda cumplir con las finalidades que dicha institución tiene atribuidas en cada momento. Y aquí, como se verá más adelante, la historia de la casación española no puede considerarse ni mucho menos lineal, ya que su orientación actual la sitúa muy lejos –en las antípodas– de cómo se configuró inicialmente en España. Debido a que las diferencias son tan sobresalientes, me remito a lo que se dirá más adelante en relación con las distintas regulaciones de las que ha sido objeto.

c) Sus funciones principales: nomofilácticas y de unificación de doctrina.

Las funciones que tradicionalmente se le han atribuido a la casación han sido nomofiláctica y de unificación de doctrina. Aunque simplificando un poco las cosas, puede decirse que este último objetivo no es independiente del primero, sino más bien consecuencia de aquel: en la medida en que se va “depurando” la interpretación de la ley, se va unificando la doctrina, se van reduciendo las interpretaciones posibles de la ley. Esto implica que los fines de la casación no están sólo orientados a satisfacer los intereses subjetivos de los litigantes (*ius litigatoris*) sino también a la defensa de un interés común (*ius constitutionis*).

Cual sea este interés común es algo sobre lo que todavía hay que profundizar y clarificar. El recurso de casación como protector de la ley no encaja ya desde hace tiempo en los ordenamientos actuales. La ley ya no lo es todo y esto explica que, desde hace ya algunos años, los motivos que pueden fundar la casación no estén constreñidos a la infracción o indebida aplicación de la ley como fuente específica del Derecho, sino del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ya no ha de operar sólo sobre la ley sino sobre la totalidad del ordenamiento con la Constitución a la cabeza. Esto genera problemas evidentes ya que, como reconoce J. Xiol Ríos “la protección de las garantías constitucionales desborda el encorsetamiento propio de la casación”⁵⁷.

La evolución de la casación en España ha tenido distintas etapas que no es el momento de traer a colación en este momento. Más adelante se expondrá cuales han

⁵⁷ “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004, pág. 106.

sido los distintos enfoques que se le han dado y las funciones de las que prioritariamente se ha encargado. Baste ahora con apuntar que se trata de un recurso no orientado únicamente a la protección del litigante sino que su través también se tutela la defensa de lo que se ha llamado *el ius constitutionis*.

d) La proliferación de distintas modalidades casacionales: en interés de ley y para la unificación de doctrina.

Además de la casación ordinaria, han surgido en nuestro ordenamiento subespecies de la que podría denominarse casación ordinaria o común. Son dos, con carácter general, las versiones específicas: el recurso de casación en interés de ley y el recurso de casación para la unificación de doctrina. La situación de ambas modalidades está atravesando momentos muy desiguales. Mientras que el recurso de casación en interés de ley sufre, desde hace años, un importante declive, la modalidad casacional para la unificación de doctrina está teniendo un gran auge en nuestro país. Esta última se ha instalado en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo y se ha pretendido extenderla al civil y al penal.

La casación en interés de ley español es el equivalente al homónimo francés que interesaba el *Commissaire du roi* ante el Tribunal de casación francés y que, a pesar de ser absolutamente coherente con las finalidades políticas atribuidas al recurso de casación no fue prácticamente utilizado en Francia⁵⁸. Sin embargo, fue acogido en la práctica totalidad de los países que decidieron implantar el modelo de casación francés en lugar de una tercera instancia revisora.

El recurso de casación en interés de la ley no es un recurso en sentido estricto, en la medida en que no tiene por objeto rescindir o anular lo decidido y fallado en la resolución judicial recurrida. Su interposición tiene por finalidad corregir o ratificar la *ratio decidendi* de la resolución recurrida pero no afecta a las situaciones particulares de las partes creadas por la resolución sometida al examen del Tribunal Supremo. De ahí que se haya afirmado que se trata de un instrumento en el que el *ius litigatoris* está absolutamente ausente. Esto explica que la legitimación para su interposición sea muy limitada y que en ningún caso la puedan ostentar los particulares. La finalidad del recurso queda constreñida a que el órgano que ostenta el vértice del Poder Judicial

⁵⁸ Vid. en este sentido P. Calamandrei, La casación civil, T.I, Vol.II, cit., pág. 87.

corrija o ratifique determinadas interpretaciones de la ley (entendida en un sentido genérico) realizadas por órganos judiciales inferiores. Lo resuelto por el Tribunal Supremo en este tipo de resoluciones crea doctrina jurisprudencial.

La casación para la unificación de doctrina se implanta por primera vez en nuestro país tras la entrada en vigor de la Constitución. Este último dato no es casual ya que algunos principios constitucionales fueron los que exigieron, para algunos, y recomendaron para otros, la puesta en marcha de esta modalidad casacional. A su través no se trata de llevar a cabo una función sobre todo nomofiláctica, sino de hacer prevalecer una única interpretación de la ley, la sostenida por el Tribunal Supremo, evitando de esta manera la contradicción jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional ha calificado este medio de impugnación de carácter extraordinario, en el que prima la defensa del *ius litigatoris* sobre el *ius constitutionis*, como una vía idónea para “lograr el establecimiento, en la vía judicial, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido por el art. 14 de la CE”⁵⁹.

4. El recurso de suplicación: un recurso extraordinario inserto en el proceso laboral.

El principio de doble grado de jurisdicción no rige en el Derecho laboral desde que el Decreto de 11 de julio de 1941 y el legislador lo vino a sustituir por el llamado “recurso de suplicación”. Este recurso no es equiparable a un medio de gravamen sino que debe ser considerado un medio de impugnación de carácter extraordinario que sólo puede interponerse por los motivos y en la forma exigida por la ley.

De lo anterior no hay que derivar necesariamente que a través del recurso de suplicación el juzgador no pueda entrar en la *quaestio facti*. Desde su implantación en nuestro país, el recurso de suplicación ha permitido al Tribunal que lo conoce controlar no sólo los errores en la aplicación del Derecho, sino también aquellos referidos a los hechos. Esto no debe inducirnos al error de considerar a este medio de impugnación una segunda instancia⁶⁰. Una de las características esenciales de la apelación, como ya se ha visto anteriormente, es que a las partes se les permite, aunque fuera de forma muy

⁵⁹ STC 141/1994, F.J. 2ºA.

⁶⁰ No obstante, algunos autores mantenían que la suplicación se asemejaba más al recurso de apelación que a otros medios de impugnación. Entre otros, J. Fairén Guillén, “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción de Trabajo”, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, pág. 556.

limitada, volver a proponer nuevas pruebas. En la suplicación esta posibilidad se encuentra vedada, por lo que la actividad que sobre los hechos puede realizar el juez *ad quem* es sólo revisora. Si en la consignación de los hechos probados realizada por el juez *a quo* no existe error alguno, no podría volverse a proponer prueba ni a valorarse de nuevo el material fáctico aportado al proceso.

Además de la revisión de los hechos en los términos expuestos, el recurso de suplicación tiene por objeto controlar el derecho aplicado al caso concreto y evitar que adquirieran fuerza de cosa juzgada las sentencias dictadas en procedimientos en los que se han infringido las formas esenciales del juicio. Se trata, pues, de un mecanismo de control del juez en su actividad *in indicando de iure e in procedendo*. Si el recurso es estimado por concurrir un error en los hechos o en la aplicación del derecho, el Tribunal *ad quem* anula la sentencia dictada en primera instancia y procede a dictar otra en su lugar. Si el recurso es estimado por haberse infringido alguna de las formas esenciales del juicio, la Ley ordena al Tribunal *ad quem* reponer los autos al estado que se encontraban antes de producirse la infracción⁶¹.

Como puede deducirse de lo dicho hasta ahora, el recurso de suplicación se parece más a una instancia revisora que a un medio de gravamen, pues es necesario que exista un error para fundar el recurso. Sin embargo, para cierto sector doctrinal la suplicación debe ser considerada una especie de “casación menor”⁶².

5. El recurso o la acción de revisión.

5.1. ¿Recurso o acción autónoma?

La doctrina procesalista ha venido discutiendo desde hace tiempo acerca de la naturaleza jurídica de la revisión: para unos, debe ser considerada un recurso, un medio de impugnación extraordinario y de carácter excepcional; para otros, sin embargo, es una acción autónoma, desligada del proceso que dio lugar a la resolución que se pretende atacar con la revisión y que va dirigida a rescindir una resolución que ya ha

⁶¹ Podía darse el caso de que en el mismo recurso de suplicación se alegara la infracción de las normas esenciales del juicio y del derecho material aplicado al caso. En estos supuestos, el artículo 156, segundo párrafo, de la LPL obligaba al recurrente a alegar en el escrito de formalización del recurso este último motivo de impugnación, ya que si el mismo era estimado, el Tribunal *ad quem* procedía a la devolución de los autos al Juzgado *a quo*, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo.

⁶² Entre los muchos autores que lo calificaron de este modo, M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, pág. 142.

adquirido firmeza. Como se verá más adelante, el legislador español ha optado por ambas soluciones considerándola primero, en la LEC de 1881 como recurso y, en la LEC de 2000 como acción de revisión.

Los que opinan que esta vía no puede ser considerada un verdadero recurso sino una modalidad impugnativa autónoma se basan que la revisión no tiene una continuidad con el proceso y en que su objeto es únicamente la rescisión de una sentencia firme, no una nueva resolución del conflicto⁶³. La negativa de estos autores a denominar recurso a la revisión responde también a que ésta se dirige contra sentencias firmes, es decir, contra sentencias no susceptibles de ser impugnadas. Para otros, sin embargo, desde el momento en que la revisión tiene por objeto atacar una determinada resolución judicial debe ser considerada como un verdadero recurso, a pesar de que la ley considere a aquélla como inimpugnable⁶⁴. Otros, como J. Chiovenda⁶⁵, preferían calificar a la revisión como recurso, pero no porque con ella se pretendiera atacar una determinada resolución judicial, sino porque uno de los efectos de la sentencia de revisión es, por lo menos, “volver a abrir la cuestión de hecho, cerrada de momento en una relación aun pendiente”⁶⁶. En todo caso, los que son partidarios de denominar a esta vía como recurso lo califican de especial y excepcional, de tal manera que su acceso se presenta como algo extraordinario.

Estas posiciones no se pueden quedar en meras disquisiciones sin ninguna trascendencia, al menos para los constitucionalistas, a partir de la diferente doctrina constitucional que se ha acabado por imponer en relación con la diferencia de cánones de control aplicables a dos de las vertientes del genérico derecho a la tutela

⁶³ Así lo entiende, entre otros, L. Prieto Castro (*Derecho Procesal Civil*, vol. I. ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1968, pág. 733) que afirma “que no entra propiamente en la categoría de los recursos, puesto que la posibilidad de acudir a éstos implica que el proceso está aun pendiente por no haber adquirido la sentencia el carácter de firme. Hay, pues, que considerarlo como un remedio extraordinario y especial [...]”. En el mismo sentido, N. Alcalá-Zamora Castillo (en sus adiciones sobre la doctrina y legislación española al *Derecho Procesal Civil* de J. Goldschmidt, traducido por Leonardo Pietro Castro, Barcelona, 1936, pág. 435) que además señaló que la LPC se refería, a pesar de denominar a este medio de impugnación como recurso, a las “demandas de revisión”. En la actualidad es de esta opinión, V. Moreno Catena (“La revisión y la audiencia al rebelde”, *Derecho Procesal*, T. I, Vol. II, obra colectiva con V. Cortés Domínguez, V. Gimeno Sendra y J. Almagro Nosete, cit., pág. 81), puesto que la revisión se promueve “cuando el proceso ya ha finalizado y no durante la pendencia del mismo”.

⁶⁴ De esta opinión, J. Guasp, *Derecho procesal civil, Parte especial*, T. II, Madrid, 1968, 3ª ed. corregida, especialmente las págs. 926 y 927.

⁶⁵ El Derecho italiano califica a este medio de impugnación *revocazione*.

⁶⁶ Según J. Chiovenda (*Principios de Derecho procesal civil*, t. II, cit., pág. 544), lo que hacía del recurso de revisión un verdadero recurso y no un medio de impugnación autónomo es que, una vez rescindida la sentencia, el proceso se reabría a partir de lo actuado en la instancia, esto es, no podían realizarse nuevas alegaciones ni plantearse nuevas pretensiones.

judicial efectiva: el derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos legalmente establecidos. Pese a que este asunto será objeto de un análisis detallado más adelante, en este momento quisiera ya adelantar que el Tribunal Constitucional debería, al menos, tener en cuenta la distinta configuración que el legislador le ha dado en la LEC de 2000, que ha pasado de considerarse recurso a acción autónoma.

5.2. La revisión de sentencias firmes: la respuesta a la tensión entre dos bienes jurídicos.

La razón de ser del recurso o de la acción de revisión, como se prefiera, responde a la tensión entre dos bienes jurídicos que, en ocasiones, están enfrentados: la justicia y la seguridad jurídica. El legislador, introduciendo la posibilidad de revisión en el ordenamiento procesal, permite que la justicia se imponga al principio de seguridad jurídica en determinados casos.

A partir de estas premisas y según el Tribunal Constitucional español, la existencia del recurso de revisión se presenta esencialmente “como un *imperativo* de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye”⁶⁷.

Mediante la revisión, una sentencia que ya se consideraba válidamente emitida y firme puede ser rescindida, es decir, dejada sin efecto, en determinados casos previstos por la ley, de tal suerte que una *litis* que se consideraba ya cerrada (cosa juzgada), puede volverse a abrir. Como señalara J. Chiovenda, “nada tiene de irracional en sí mismo el hecho de que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada”⁶⁸. La autoridad de la cosa juzgada no es un bien en sí mismo: se justifica por razones de utilidad y oportunidad, pero no puede alzarse en valor absoluto frente a otros bienes jurídicos que han de informar la actuación procesal.

En Derecho español, el alcance del juicio de revisión no ha sido siempre el mismo. Según señala V. Moreno Catena “la revisión fue admitida tradicionalmente en el Derecho histórico español, regulándose en las Partidas como el medio «para desatar el juicio que es dado por falsas cartas o por falsas pruebas o contra la ley» (título

⁶⁷ STC 124/1984. La cursiva es mía.

⁶⁸ J. Chiovenda, *Principios de Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 544.

XXVI, Partida 3ª). Sin embargo, en el Derecho codificado desaparece, hasta que la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial la reconoce para el proceso penal (...) sin admitir la civil”⁶⁹. A partir de la LEC de 1881, sin embargo, se extiende también al proceso civil y más tarde al proceso laboral y al contencioso-administrativo.

Seguramente por la importancia de esta acción o recurso, consistente en la rescisión de una sentencia ya firme, la competencia para conocerlo se le ha atribuido con carácter general al Tribunal Supremo.

5.3. Las causas que pueden dar lugar a su interposición: las “trascendentes” al proceso.

Una de las características más importantes del derecho procesal español⁷⁰, que no del resto de los países de nuestro entorno, es que la acción de revisión sólo se ha admitido –al menos en la ley— en aquellos casos en los que la injusticia de la sentencia se ha debido a razones ajenas a cómo se ha desarrollado el proceso. Con este recurso o acción de rescisión no se trata de atacar la validez de la sentencia ni de corregir los errores de hecho o derecho en los que pudo incurrir el juzgador o juzgadores de la causa a la vista del material fáctico aportado al proceso, ya que la sentencia que se pretende revisar se considera intrínsecamente válida. Son hechos ajenos al proceso los que precisamente harán surgir el derecho de acceso a la revisión, no la forma en que el órgano judicial aplicó el derecho en el caso concreto. En definitiva, la revisión únicamente puede fundarse en la concurrencia de elementos extraprocesales, ajenos a la actuación del juez, que ponen de relieve que la sentencia que adquirió firmeza es injusta. Esta es la razón por la que no sea exigible con carácter general que la parte perjudicada por la sentencia hubiera intentado a través de los medios de impugnación previstos en la ley cambiar el sentido de la resolución judicial que le era desfavorable. Es decir, la procedencia de la revisión no queda condicionada por la actuación de la parte perjudicada que decidía acatar la sentencia a pesar de resultar discutible o errónea desde el punto de vista del derecho aplicado, ni tampoco por el órgano judicial del que

⁶⁹ “La revisión y la audiencia al rebelde”, *Derecho Procesal*, T. I, Vol. II, obra colectiva con V. Cortés Domínguez, V. Gimeno Sendra y J. Almagro Nosete, Valencia, 1991, 5ª ed., pág. 82.

⁷⁰ En otros países, como en Italia, algunos tipos de revisión permiten rescindir la sentencia cuya injusticia viene provocada por el error evidente del juez. En Alemania, la legislación existente a principios del siglo pasado preveía la revisión como una verdadera *querella nulitatis insanabilis*, a través de la que se hacían valer los vicios que acarrearaban la nulidad de la sentencia.

procediera, ya fuera un Juez de Paz o el propio Tribunal Supremo, ni de la cuantía o de la materia del pleito⁷¹.

6. La audiencia al rebelde

6.1. La audiencia al rebelde: ¿recurso o acción autónoma?

La naturaleza jurídica de la audiencia al rebelde, al igual que la del recurso de revisión, ha sido discutida por la doctrina en términos muy similares. Para algunos autores, la audiencia al rebelde, al igual que la revisión, no es un verdadero medio de impugnación, sino un proceso o acción impugnativa autónoma, en la medida en que con la misma se pretende la rescisión de una sentencia firme, es decir, inimpugnable⁷². Para otros, como J. Chiovenda, la audiencia al rebelde no es “una simple defensa del rebelde”, sino un “medio de impugnación verdadero y propio”⁷³. Es posible, en consecuencia, reproducir aquí lo que ya se ha dicho anteriormente a propósito de la revisión, con el fin de no incurrir en reiteración.

También como en la revisión, el legislador ha modificado recientemente la denominación de este instrumento procesal y ha pasado de ser considerado un recurso a una acción autónoma de impugnación.

6.2. Instrumento procesal al servicio del principio y del derecho de audiencia bilateral.

El objetivo perseguido por la ley con esta acción o recurso —otra cosa es lo que ha pasado en la práctica— es que el demandado que haya permanecido en rebeldía durante todo el proceso tenga la posibilidad de interesar la rescisión de la resolución judicial que ha sido dictada sin que se le hubiera oído. Ha sido una constante el hecho de que la audiencia al rebelde únicamente ha procedido, tanto con la antigua como con la nueva LEC, contra sentencias firmes que gozan de la autoridad de la cosa juzgada, es decir, contra las que ya no puede interponerse ulterior recurso (generalmente de apelación, suplicación o casación).

⁷¹ Existe una excepción a esta regla general: no se admite generalmente la revisión de las sentencias dictadas en procesos sumarios, ya que el juicio puede reproducirse en un proceso plenario posterior.

⁷² Mantienen esta teoría, entre otros, V. Moreno Catena, “La revisión y la audiencia al rebelde”, *Derecho Procesal*, T.I, Vol. II, cit., pág. 88.

⁷³ J. Chiovenda, *Principios de Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 515.

La finalidad a la que ha respondido la audiencia al rebelde es la preservación de determinados principios básicos del Derecho procesal, como el de audiencia de las partes (*nemo debet inaudito damnari*) en la etapa preconstitucional y, tras la entrada en vigor de la Constitución, a hacer efectivo el derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 CE. Se trataba y se trata de evitar a toda costa la condena de aquellos que no han podido ser oídos en el proceso y que, en consecuencia, se han visto privados del derecho a formular alegaciones y a proponer prueba.

Esta acción o recurso, como se prefiera, al igual que la revisión, ha permanecido regulada más o menos en los mismos términos tanto en la etapa preconstitucional como en la postconstitucional.

6.3. Presupuesto de la acción o recurso: la legalidad de la notificación.

Otra de las constantes en la regulación de esta vía procesal es que procede sólo –al menos en la teoría— cuando la notificación judicial, aunque realizada correctamente, no ha llegado a conocimiento de la parte procesal a la que iba dirigida. Por tanto, este instrumento, del mismo modo que la revisión, no pretendía ni pretende ser un cauce para reparar los errores de los órganos jurisdiccionales al practicar los actos de comunicación con las partes. Sólo ha lugar a la audiencia al rebelde cuando concurren determinadas circunstancias extraprocesales o trascendentes al proceso –a la actuación del juez y de la oficina judicial— que impiden a la parte conocer la notificación realizada correctamente por el órgano judicial.

Obviamente, no todos los rebeldes tienen en su mano el acceso a este recurso. Tanto la LEC de 1881 como la vigente en la actualidad exigen varios requisitos para su admisibilidad. Entre estos, el requisito por excelencia es, esencialmente, que sea patente que la incomparecencia del rebelde es consecuencia del desconocimiento de la existencia del proceso o que, conociéndolo, no haya podido comparecer o personarse en el mismo por causa justificada⁷⁴. A través de audiencia al rebelde no se trata de

⁷⁴ La LEC de 1881 regulaba con bastante detalle los supuestos en los que procedía tal recurso. Así, si el demandado había sido emplazado personalmente no se admitía el recurso, salvo que el recurrente “acreditare cumplidamente que, en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida” (art. 774 LEC). En los casos en los que el demandado rebelde hubiera sido emplazado por cédula entregada a otros que la ley facultaba (parientes, familiares, etc.) éste debía acreditar que “una causa no imputable al mismo [había] impedido que la cédula de emplazamiento le [hubiera] sido entregada” (art. 776.2ª LEC). Por último, el demandado rebelde al que se le hubiera procedido a notificar la existencia del proceso mediante edictos por carecer de domicilio conocido debía

favorecer a los litigantes deliberadamente contumaces, sino a los que no han podido comparecer en el proceso por causa justificada, de ahí que las normas reguladoras del recurso fueran aplicadas de forma rigurosa y restrictiva por los Tribunales.

Algunos autores han llamado la atención acerca de la desproporción entre las graves consecuencias que para el rebelde puede suponer la adopción de medidas cautelares contra su patrimonio y las dificultades con las que éste se encuentra para que se le conceda audiencia⁷⁵.

Al igual que la revisión, el recurso de audiencia al rebelde se ha sustanciado siempre en dos fases. En la primera, tiene lugar el *iudicium rescindens*; el órgano judicial⁷⁶ verifica si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley para que proceder a la audiencia al rebelde. Naturalmente, la estimación del recurso en esta primera fase conlleva la rescisión de la sentencia dictada en el procedimiento en rebeldía. La segunda fase, la rescisoria, consiste en una repetición del proceso en el que el demandado rebelde puede ya hacer alegaciones y proponer las pruebas que considere oportunas.

7. El incidente de nulidad de actuaciones.

7.1. Del gran ausente al gran presente.

Al igual que se ha dicho en relación con la casación, la historia del incidente de nulidad de actuaciones no ha sido ni mucho menos lineal desde la aprobación de la Constitución, de ahí que no sea posible hablar de una única naturaleza jurídica, sino de varias dependiendo de las distintas funciones que ha tenido atribuidas en el ordenamiento procesal español.

acreditar, por un lado, “haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia” y, por otro, “que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse los edictos para emplazarlo”. La interposición del recurso estaba sometida a un plazo que no era el mismo para todos los casos.

⁷⁵ Vid. J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 721.

⁷⁶ La competencia para conocer del recurso de audiencia al rebelde variaba en atención al grado judicial del que procedía la sentencia impugnada. Salvo en el caso de que la sentencia contra la que se dirigía el recurso de audiencia al rebelde hubiera sido dictada por el Tribunal Supremo o por una Audiencia, en cuyo caso el conocimiento del recurso se atribuía al mismo órgano judicial, la Ley preveía que conociera del citado recurso el órgano judicial superior en grado. En este sentido, artículos 786 y 789 LEC.

Se trata de uno de los instrumentos procesales que más modificaciones ha sufrido desde que la Constitución entrara en vigor: se suprimió, se volvió a incluir en la LOPJ con carácter absolutamente restringido –lo que le supuso ser objeto de varias autocuestiones de inconstitucionalidad— y desde entonces, ha sido modificado hasta en 4 ocasiones. De ser expulsado mediante el instituto de la derogación por considerarse un instrumento que ralentizaba y entorpecía la administración de Justicia, ha pasado a ser, según el legislador, uno de los instrumentos procesales a los que se refiere el art. 53.2 CE, esto es, una vía preferente y sumaria para la protección de derechos fundamentales. Esto ha hecho que pase a considerarse por algunos como un instrumento esencial en el conjunto de los que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales.

Sin duda, estas indicaciones nos hacen ver que nos encontramos ante un instrumento cuanto menos problemático a todos los efectos y, también, en la determinación de su naturaleza jurídica. Además, no sólo hay una única regulación del incidente de nulidad de actuaciones para todos los órdenes jurisdiccionales, sino que determinadas leyes procesales reguladoras de algunos órdenes jurisdiccionales han incluido un régimen propio y sensiblemente distinto al previsto con carácter general en la LOPJ. A los problemas que esto genera, me remito a lo que se dirá más adelante.

7.2. Una aproximación a su naturaleza jurídica.

Con carácter previo, hay que distinguir entre el incidente de nulidad de actuaciones vigente en el momento en el que se aprobó la Constitución y, el que posteriormente se ha rehabilitado e incorporado al ordenamiento procesal español.

El incidente que estaba regulado en el LEC de 1881 al momento de aprobarse la Constitución tenía una naturaleza incidental evidente y podía interponerse en cualquier momento del proceso para interesar la nulidad de lo actuado por haber incurrido el juez en la vulneración de la legalidad objetiva procesal. Lo cierto es que la mala praxis a la que dio lugar hizo que valiera como un instrumento al servicio de fines muy diversos: la nulidad podía ser instada en cada una de las instancias para declarar la nulidad de todo lo actuado, o bien como un instrumento tendente a declarar la nulidad de una sentencia inimpugnable. Tampoco estaban bien claros los motivos que podían dar lugar a tal solicitud, de modo que cualquier violación de la legalidad procesal –aunque no tuviera trascendencia alguna para el proceso— era corregida a través de esta vía que

llevaba a aparejada la declaración de nulidad de todo lo actuado desde el momento en que el vicio se había producido. En definitiva, la mala praxis hizo de él un instrumento ideal para dilatar en exceso los procesos.

Al igual que en relación con otros mecanismos de impugnación de sentencias de los que se ha dado cuenta anteriormente, la nulidad de actuaciones y su calificación como “incidente” ha dado lugar a debates doctrinales acerca de su naturaleza jurídica. Para algunos autores, el mal llamado incidente de nulidad de actuaciones participa de la naturaleza de proceso o acción autónoma tendente a obtener la rescisión de una sentencia firme⁷⁷. Otros, sin rebatir su carácter de acción autónoma, insisten en su naturaleza incidental⁷⁸. Probablemente, ambas posturas no sean *per se* incompatibles. Hay también otras interpretaciones, quizás no ajustadas exactamente a los conceptos y clasificaciones típicas del Derecho Procesal, que califican a este instituto como “incidente especial de contenido constitucional”. La variedad de opiniones procedentes de la doctrina procesalista pone de manifiesto que nos encontramos ante un asunto complejo. A mi modo de ver, este incidente especial supone la resurrección, de alguna manera, de la antigua *querella nullitatis*, salvando naturalmente muchas diferencias⁷⁹. Pero el objeto de ambas instituciones obedece a la misma finalidad: la declaración de nulidad de aquellas resoluciones judiciales vulneradoras de determinados requisitos de cuya validez dependía la sentencia; o en otras palabras, ambas funcionan como vehículos procesalmente idóneos para anular una resolución incurrida en determinados vicios que le hacen perder la consideración de tal calificativo. Los vicios que servían para fundar la *querella nullitatis* no son coincidentes con los que hoy abren la acción del incidente de nulidad de actuaciones, pero ambos sí tienen en común que se accionan como consecuencia de vicios *in procedendo*.

Al margen de cuál de las opiniones anteriores sea la más acertada, creo no es posible comprender la esencia de este instrumento si lo consideramos sólo un incidente. A pesar de denominarse de tal modo, este instrumento procesal puede considerarse

⁷⁷ Entre otros, mantiene esta tesis J. Damián Moreno, “Aspectos procesales de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ”, *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, V. Moreno Catena y otros, Navarra, 2006, pág. 50.

⁷⁸ Según I. Díez-Picazo Giménez (“Medios de rescisión y nulidad de sentencias firmes”, *Derecho Procesal Civil. El proceso de Declaración*, con A. de la Oliva Santos, cit., pág. 537-538), aunque es posible sostener su naturaleza de proceso autónomo, es evidente que el Legislador, de forma consciente, ha optado por otorgarle un carácter incidental.

⁷⁹ Efectivamente hay muchas diferencias entre una y otra institución: mientras que la interposición de la *querella nullitatis* no estaba sometida a un plazo determinado, el incidente de nulidad de actuaciones ha interponerse dentro de unos plazos determinados legalmente.

mucho más que eso. No se trata de un incidente más de los regulados en las distintas leyes de enjuiciamiento que tienen por objeto abrir una pieza separada dentro de la causa principal para solventar cuestiones que, aun estando desconectadas de la cuestión principal que se está debatiendo, tienen una influencia clara sobre el proceso. Algunos datos útiles para llegar a esta conclusión son los siguientes.

En primer lugar hay que destacar la ubicación y el tipo de norma en que está inserta la regulación del incidente: la Ley Orgánica del Poder Judicial y más concretamente en el Libro III del Título III del Capítulo III, que se abren con las siguientes rubricas respectivamente: “Del régimen de los Juzgados y Tribunales”, “De las actuaciones judiciales” y “De la nulidad de los actos procesales”. Esto implica que la regulación del incidente se considera una materia reservada a la Ley orgánica en la medida en la que afecta al “funcionamiento de los Juzgados y Tribunales” (art. 122.1 CE)⁸⁰. No es un incidente más, sino que es el incidente que determina en qué casos se puede obtener una declaración de nulidad de una resolución que contraviene de forma grave el modo de *funcionamiento de los Juzgados y Tribunales*.

En segundo lugar, las causas que han podido dar lugar a su interposición tras la entrada en vigor de la Constitución, han estado vinculadas a la protección de derechos fundamentales y, durante una buena etapa, a algunos -no todos— de los incluidos en el artículo 24.1 CE.

Por último, el objeto del incidente, también tras la entrada en vigor de la Constitución, es la declaración de nulidad de una resolución judicial que ha adquirido firmeza y que, en consecuencia, no puede ser dejada sin efecto a través de otros medios de impugnación existentes en el ordenamiento jurídico procesal. Esta tercera característica se conecta con la nota de excepcionalidad que la mayoría de la doctrina ha atribuido al citado incidente. Este no puede ser utilizado como el primer instrumento en manos del litigante para interesar la nulidad de la sentencia, ni siquiera en aquellos casos en los que el único vicio en que ha incurrido sea uno de los idóneos para abrir esta vía procesal. El incidente sólo podrá utilizarse cuando a través de ningún otro recurso o acción de rescisión pueda interesarse la nulidad de la sentencia o resolución judicial viciada. En definitiva, se trata de un instrumento de cognición limitada a la concurrencia de determinados errores en la resolución cuya nulidad se interesa, pero

⁸⁰ Sostiene esta misma posición M^a. E. Casas Bahamonde, “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 1, 2004, pág. 62.

que no puede ser utilizado salvo que no pueda conseguirse tal pronunciamiento a través de otros recursos o acciones autónomas.

CAPÍTULO II. DE LA LEGALIDAD PROCESAL PRECONSTITUCIONAL Y DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN COMO INSTRUMENTOS DE TUTELA

1. Introducción.

Si hoy es habitual la expresión *derechos fundamentales procesales*, no lo fue así en la etapa anterior a la entrada en vigor de la Constitución. Durante el régimen totalitario que vivió nuestro país tras la Guerra Civil española la expresión *derecho*, en el sentido de *derecho público subjetivo*, no tenía ninguna virtualidad, ni siquiera en relación con el ámbito del proceso. En las páginas que siguen a continuación se expondrá someramente cual era el status del individuo en el proceso judicial. No hay que perder de vista que las normas ordenadoras del proceso eran indisponibles para las partes, pero también para el juez. Éste venía obligado a su cumplimiento de tal manera que su infracción podía ser invocada por los litigantes con la finalidad instar la reparación del orden procesal vulnerado. No obstante, el que esto fuera así, no puede llevar a equívocos y a presentar la posición de los ciudadanos frente al juez en clave de “derechos”.

Las infracciones de la legalidad procesal, entendidas sobre todo como obligaciones del poder público más que como derechos de las partes, podían ser corregidas a través del sistema de recursos y acciones de nulidad. Debido a las grandes diferencias entre los órdenes jurisdiccionales se hace obligado estudiar por separado cada uno de ellos. La legislación que he manejado ha sido la que se encontraba en vigor inmediatamente antes de la aprobación de la Constitución. A los efectos de este trabajo de investigación, carece de interés estudiar la evolución o las reformas introducidas durante el período franquista.

Lo que se pretende en las siguientes páginas es dar cuenta precisamente de ello: de la posición del justiciable ante los tribunales de Justicia, esto es, la legalidad procesal y los medios previstos en el ordenamiento para su reparación con el objeto de verificar después, el impacto que la Constitución ha tenido en relación con los derechos procesales de las partes y con los mecanismos instaurados por el ordenamiento jurídico constitucional para procurar su reparación en los casos en los que resultan infringidos por los propios órganos judiciales.

2. La legalidad procesal objetiva: ¿Derechos de los ciudadanos o normas de orden público procesal?

2.1. La exclusión del orden jurisdiccional penal: ni derechos ni salvaguarda de “un orden público procesal”.

Como ya se ha dicho, en el espacio que sigue a continuación trataré de poner de relieve cuál era la posición del justiciable ante los tribunales de justicia desde una perspectiva que requiere una aclaración previa. Queda excluido el orden criminal del objeto de este estudio; únicamente me voy a referir a los órdenes jurisdiccionales civil, laboral y contencioso-administrativo. El modo en que la ley regulaba los derechos de los imputados y la forma en la que el juez criminal aplicaba la ley procesal no serán tratados porque es evidente que la falta de garantías era un hecho que no admitía discusión. Con independencia de que el juez se sujetara o no a lo dispuesto en la ley, es incontestable que ésta carecía de garantías. No debe olvidarse que fue en esta etapa cuando se rompió a través de la reforma operada en 1967 con los principios de publicidad, inmediación y contradicción que inspiraron la Ley de Procedimiento Criminal impulsada por Alonso Martínez. Efectivamente, la reforma de 1967 supuso un paso atrás y una vuelta al régimen inquisitorial tanto en el marco de los delitos comunes como en el conocimiento de los delitos políticos, donde la ausencia de garantías fue aún mayor. En definitiva, cuando en este trabajo se haga referencia a los derechos procesales y a la aplicación de la ley procesal no deben entenderse incluidas las garantías del imputado en el proceso penal.

La existencia de Tribunales especiales, el mantenimiento de la jurisdicción castrense en tiempo de paz para el conocimiento de determinados delitos y la falta de independencia de los órganos judiciales fueron una constante durante toda la etapa franquista.

Desde la Jefatura del Estado se tuvo la voluntad de no implicar a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de los delitos que obedecieran a “un móvil político”⁸¹. Así, en los primeros años de dictadura la jurisdicción castrense y el Tribunal Especial contra la Masonería y el Comunismo acaparaban el conocimiento de aquellos delitos. Más tarde, a partir de diciembre de 1963, serían el Juzgado y el Tribunal de Orden

⁸¹ Esta es la expresión que se recogía en el artículo 3.a) de la Ley de 2 de diciembre de 1963 para determinar cuando el conocimiento de determinados delitos se le atribuía al Tribunal de Orden Público.

Público⁸² junto con la jurisdicción militar y otros Tribunales especiales, los encargados de realizar tal labor. Respecto al primero, era evidente su carácter especial a pesar de que la Ley creadora del mismo no lo calificara como tal⁸³. Sin embargo, una vez constituido el Tribunal de Orden Público sus sentencias podían ser recurridas ante la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, que en la gran mayoría de los casos no hacía otra cosa que confirmar las dictadas por aquel. Sólo en este caso se possibilitó la intervención de la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de causas de significado político, pero que en cualquier caso hay que entender muy limitada, ya que la competencia del Supremo se reducía a la revisión de lo ya instruido y decidido por otros.

Principalmente dos puntos o notas caracterizaban a este tipo de Tribunales. Por un lado, la falta de independencia de los magistrados que los integraban. Tanto los Magistrados del Tribunal de Orden Público como el Juez de Orden Público eran nombrados (y removidos o trasladados) directamente por el Gobierno mediante Decreto. Para describir la situación de la jurisdicción militar desde el punto de vista orgánico basta con citar las preocupaciones puestas de manifiesto por V. Fairén, entre otros, en el año 1971: “en los Tribunales militares hallamos el fenómeno que se puede expresar –siempre con el debido respeto naturalmente—, con la frase «unidad de personas, dualidad de cargos, uno de ellos administrativo, con sujeción a los superiores, y otro independiente de las órdenes de aquellos». Lo cual nos lleva al fundamental problema de la independencia de las órdenes de aquellos”⁸⁴.

Por otro, las diferencias que existían en relación con la regulación del procedimiento respecto de los procesos penales conocidos por la jurisdicción ordinaria eran también sustanciales. En efecto, si el procedimiento penal ordinario había sufrido ya un retroceso importante en materia de garantías para el acusado a través de la implantación del procedimiento de urgencia, el que se regulaba en la Ley del Tribunal de Orden Público tenía una acusada naturaleza inquisitorial y, en consecuencia, una

⁸² El Tribunal y el Juzgado de Orden Público fueron creados por la Ley de 2 de diciembre de 1963 con base en la disposición transitoria 2ª de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.

⁸³ Este carácter especial, sin embargo, puede deducirse de la Exposición de Motivos de la Ley, que le otorgaba la competencia para “conocer de los delitos cometidos en todo el territorio nacional, singularizados por la tendencia en mayor o menor gravedad a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional.” Es evidente, por tanto, que fue constituido para conocer de determinados asuntos. Sobre su naturaleza especial puede verse el trabajo de V. Fairén Guillén “Notas sobre Jurisdicciones especiales. (Tribunal de Orden Público y Jurisdicción Castrense)”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, enero-marzo 1971, págs. 7-17.

⁸⁴ “Notas sobre jurisdicciones especiales (...)”, cit., pág. 20.

carencia evidente de garantías para el encausado⁸⁵. Lo mismo, e incluso de forma más acusada, cabe decir de los procedimientos previstos en el Código de Justicia Militar.

La conclusión es clara: desde el poder se procedió al sistemático apartamiento de los órganos judiciales ordinarios de todo proceso que tuviera una mínima “carga política”, trasladando su conocimiento a otros, denominados especiales y adeptos al régimen y, por ello, fácilmente manejables para sancionar a los enemigos del Movimiento⁸⁶. O, en sentido contrario y como algunos han señalado, en que eran especialmente benevolentes con aquellos que, a pesar de haber cometido delitos de los que conoció el Tribunal de Orden Público, eran afines al sistema.

2.2. Un problema previo: la dependencia gubernamental de la judicatura.

Por lo que se refiere a los órganos judiciales ordinarios, también es destacable su dependencia del Gobierno⁸⁷. La supresión del principio de división de poderes vigente durante la II República y la instauración, en su lugar, de los principios de unidad de poder y coordinación de funciones hicieron que la Jefatura del Estado se convirtiera en centro de decisión —obviamente no neutral— y coordinación de los distintos órganos del Estado⁸⁸. Y, naturalmente, la jurisdicción se vio tremendamente mediatizada como consecuencia de la mencionada concentración de poder en manos del Jefe del Estado. Efectivamente, los Magistrados que ocupaban los cargos más relevantes eran nombrados bien por el Jefe del Estado, a propuesta del Consejo del Reino —como en el caso del Presidente del Tribunal Supremo—, bien por el Consejo Judicial cuyos miembros en su mayoría eran también elegidos de la misma forma que el Presidente del Tribunal Supremo, es decir, por el Gobierno. Pero no sólo los que ocupaban la más alta instancia jurisdiccional, sino que también los Presidentes de Audiencias Provinciales y Territoriales eran designados directamente por el Gobierno. Por otra parte, para el nombramiento de ciertos cargos en el escalafón judicial, además

⁸⁵ Algunas diferencias procedimentales significativas previstas en la Ley del Tribunal de Orden Público respecto al procedimiento ordinario regulado en la LECr. pueden verse en V. Fairén Guillén, “Notas sobre jurisdicciones especiales...”, cit., págs. 8-17. Entra ellas, cabe citar la distinta regulación de la adopción de la prisión provisional y la condena en situación de rebeldía.

⁸⁶ Vid. L. M^a. Díez-Picazo, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994, pág. 7.

⁸⁷ Vid. entre otros el Decreto 3330/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial y Magistrados del Tribunal Supremo, en el que se evidencia la tremenda dependencia de las más altas instancias judiciales y de los Tribunales especiales respecto del Gobierno.

⁸⁸ Así lo establecía el art. 2. II de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

de los ya citados, era necesaria la “previa declaración de idoneidad” en cuya concesión no eran determinantes criterios objetivos como la antigüedad, sino que quedaba al arbitrio del Ministerio de Justicia (o del de Trabajo para los miembros del TCT) su determinación. A esto había que añadir amplísimas facultades de la Inspección Central de Tribunales -cuyos miembros directivos eran también nombrados por el Gobierno— que obligaban a dar cuenta incluso de las “irregularidades morales del juez”⁸⁹. Determinados vicios formales cometidos por los Jueces y Tribunales en la tramitación de los procedimientos judiciales podían ser tomados como excusa por parte de la Inspección para sancionar a un juez no simpatizante del régimen.

Y todo lo anterior a pesar de que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que ha estado vigente aunque con numerosas modificaciones hasta la entrada en vigor de la actual LOPJ de 1985, establecía la universalidad de la jurisdicción ordinaria y la garantía de imparcialidad de los Jueces y Tribunales⁹⁰.

Estos datos, que denotan la lamentable situación en la que se encontraban los órganos judiciales, los colocaban en una difícil tesitura ante la opinión pública puesto que ni los Jueces más comprometidos con los derechos de los ciudadanos tenían instrumentos para asegurar que la ley se aplicara por igual a todos, ya que si un asunto interesaba políticamente, estaba asegurado el hecho de que la mano del Gobierno influiría en su resolución⁹¹. Es decir, los órganos judiciales fueron utilizados en estos casos para revestir de legalidad medidas absolutamente arbitrarias. No sucedía así, en cambio, en el resto de los casos.

Sin duda, este panorama pone de relieve que todo el aparato judicial sólo era importante para el poder en la medida en que podía beneficiarle, de ahí que no existiera

⁸⁹ Vid. en este sentido, L. E. Delgado del Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, 2002, págs. 129-130.

⁹⁰ La Exposición de Motivos de la LOPJ de 1870 establecía al respecto: “conveniente es que los representantes del Poder Judicial se hallen alejados del terreno de la política activa, no tomando parte en sus ardientes luchas (...); como jueces deben evitar cuidadosamente cuanto pueda coadyuvar a que su ánimo aparezca turbado por las revueltas pasiones de los partidos que aspiran a influir de una manera directa en la gobernación del Estado, tanto más cuanto que no basta que los jueces y magistrados sean rectos e imparciales sino que además es preciso que la rectitud e imparcialidad se muestren en todos sus actos y que su conducta pública inspire completa confianza”.

⁹¹ A pesar de que la mayoría de los Jueces y Magistrados de la época eran, precisamente por lo que se ha dicho, adeptos al régimen de Franco, hubo también quienes desde la clandestinidad denunciaron la manipulación que desde el Gobierno se hacía de la Justicia. *Justicia Democrática* fue en los años 70 el movimiento que congregó a los jueces disidentes. Sus escritos, elaborados desde la clandestinidad, fueron publicados en 1978 bajo el título *Los Jueces contra la dictadura. (Justicia y Política en el franquismo)*, Madrid, 1978. Sin embargo, estos grupos, tal y como apunta L. M^a. Díez-Picazo, tuvieron “un eco minoritario en el seno de la judicatura; su incidencia en el curso de los acontecimientos políticos fue ciertamente limitada; y, sobre todo, su contenido teórico e ideológico no fue particularmente influyente”, *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, cit., pág. 8.

preocupación por dotarlo de medios –tanto personales como materiales- para lograr un funcionamiento eficaz del mismo.

2.3. La legalidad procesal: una cuestión de orden público procesal.

Lo que se ha señalado anteriormente no implica necesariamente que no existieran una serie de facultades o derechos que los ciudadanos ostentaban cuando eran partes en un proceso jurisdiccional. A diferencia de lo que ocurrió con otros derechos fundamentales, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos contenido en el artículo 24.1 CE no supuso una gran novedad en el momento en que se aprobó la Norma Fundamental. Antes de la entrada en vigor de la Constitución, algunas facetas de lo que hoy son derechos fundamentales procesales estaban integrados y reconocidos en el ordenamiento jurídico como derecho objetivo. Si el derecho a la libertad religiosa, a la participación en asuntos públicos o la huelga produjeron un cambio radical respecto al orden normativo anterior, no sucedió lo mismo con respecto a la tutela judicial efectiva. El acceso a los tribunales de justicia con el fin de ejercitar una pretensión (aunque limitado notablemente en el orden contencioso-administrativo), la igualdad de armas de las partes (también limitado en el contencioso-administrativo), la necesidad de contradicción en el proceso, entre otras, no eran cuestiones que se introdujeran por primera vez y como gran novedad a partir de la Constitución de 1978.

Por otra parte, la entrada en vigor de una Constitución normativa no implica necesariamente renovación y sustitución de todo el ordenamiento jurídico preexistente. Se puede afirmar en el caso español que parte de los derechos fundamentales continuó regulándose por Derecho preconstitucional⁹². Y este era el caso, en buena medida, de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Como derecho de configuración legal que es, necesitaba de la intervención del legislador que, en una buena parte, optó por no modificar de forma inmediata aquellas leyes en las que se contenía el desarrollo de los derechos fundamentales de carácter procesal. La mayoría de las normas procesales aplicadas por el juez franquista no fueron producto de esta etapa sino de la Restauración, con la salvedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, como es sabido, se aprobó en el año 1956. No hubo, en

⁹² Vid P. Cruz Villalón, “Constitución y tiempo: primera década”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, págs. 83-116, en especial págs. 102-103.

consecuencia, una política procesal referida al procedimiento muy diferenciada a la aplicada en los períodos anteriores salvo, como ya se ha dicho, en el orden penal.

Con lo anterior se quiere poner de manifiesto que la previsión de las garantías en el proceso ni se inventa ni surge en nuestro país con la Constitución de 1978. En este sentido, I. Díez-Picazo Giménez ha señalado que “las múltiples vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a no padecer indefensión constituyen también infracciones de la legalidad procesal. Eran ya en la inmensa mayoría de los casos infracciones objetivas de la legislación procesal antes de que la Constitución fuese promulgada”⁹³. No sólo la doctrina se ha percatado de esta realidad. El Tribunal Constitucional también puso de relieve esta idea en sus primeras sentencias. En la STC 4/1984 el TC apuntó que el derecho de defensa y de bilateralidad estaba “ya reconocido legalmente antes de la entrada en vigor de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audatur*”⁹⁴. Asimismo, en la STC 13/1981 desestimó una demanda de amparo debido a que “el derecho de defensa, que también antes de la Constitución era un principio generalmente aceptado”, no se había conculcado.

Es relevante señalar que la Constitución ha elevado tales principios, potestades, facultades o derechos legales al rango de derechos fundamentales⁹⁵. Esta fue, sin duda, la gran novedad que, en relación con los derechos del proceso, trajo la Constitución.

La forma en que eran reconocidos era diversa y no tenía la misma efectividad en los distintos órdenes jurisdiccionales. A continuación me refiero a algunos de ellos.

Las distintas teorías que sobre el concepto de acción han surgido desde antiguo y hasta nuestros días han intentado fijar o clarificar la posición del ciudadano frente a la Administración de Justicia⁹⁶. Y cuanto menos, acción ha significado la atribución a los

⁹³ “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, con A. de la Oliva Santos, Madrid, 1996, pág. 155.

⁹⁴ *Vid.* F.J. 5°.

⁹⁵ En este sentido, I. Díez-Picazo Giménez señala al efecto: “Lo que la Constitución ha alterado en su naturaleza es que de simples infracciones objetivas de la legalidad procesal las ha elevado a rango constitucional y las ha vetado como contenido de derechos públicos subjetivos”. En “El artículo 53.2 de la Constitución...”, *cit.*, pág. 155.

⁹⁶ Acción y derechos de los justiciables son, por tanto, la misma cosa. Especial énfasis pone en esta idea A. de la Oliva Santos en su libro *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, 1980. En el libro expone su “postura (provisional) en el tema de la «acción», esto es, el tema de los derechos justiciables”, pág. 2. Esta identificación vuelve a ser puesta de manifiesto en varias ocasiones, *vid.* entre otras la pág. 10, en la que se vuelve a señalar: “Las diferentes posiciones doctrinales respecto de la acción o, si se prefiere

particulares del libre acceso a la jurisdicción⁹⁷. Esta concepción de la acción, que podría considerarse de mínimos, fue la acogida por nuestra judicatura durante la etapa de la que se viene dando cuenta. En reiteradas ocasiones las distintas Salas del Tribunal Supremo vinieron a declarar que “el derecho a la acción en modo alguno supone el reconocimiento de un derecho material a favor del actor, sino la aceptación de su derecho al juicio o proceso”⁹⁸. En este sentido, puede afirmarse que el poder jurídico de acceder a los Tribunales no nace con el Estado de Derecho, pues fue reconocido no sólo en las distintas leyes procesales, sino también en las Leyes Fundamentales. Así, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado aprobada en 1967 estableció que “todos los españoles tendrán libre acceso a los Tribunales”. Sin embargo, el texto aprobado evitó calificar tal posibilidad como un derecho de los ciudadanos. Y es que, en realidad, dicha previsión legal, más que como facultad, potestad o derecho del ciudadano estaba configurada como una obligación del poder público, de ahí que se recogiera en la Ley Orgánica del Estado y no en el Fuero de los Españoles. Si bien en el artículo 26 del Proyecto de Fuero de los Españoles se incluyó el libre acceso de los españoles a los Tribunales de Justicia no fue acogida finalmente tanto por las características como por el objeto de regulación de dicha norma⁹⁹. Si éste trataba de regular, dicho sea eufemísticamente, los derechos y deberes de los españoles, la regla del libre acceso a la jurisdicción no encajaba precisamente en esta norma, sino en aquella que definiera las instituciones básicas del Estado. Sin embargo, no es este el único dato que se puede aportar para realizar esta aseveración. El artículo 6 del Código Civil establecía, de forma prácticamente idéntica al actual artículo 1.7 del mismo texto legal, que “el

expresarlo con más modernidad, respecto de los derechos de los justiciables o del (de los) «derecho(s) a la justicia» (...).”

⁹⁷ Tal y como señala De la Oliva en *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional...*, cit., pág. 10, las diferentes posiciones doctrinales sobre la acción “podrían clasificarse según un orden de menor a mayor contenido (...). Así, atribuir a los sujetos jurídicos solo el «libre acceso a los tribunales», sería, obviamente, concederles un poder jurídico de ámbito más pequeño que el que les atribuirían quienes, aun sin negar dicho «libre acceso», les reconociesen el derecho a impulsar la actividad jurisdiccional. Y esto último, a su vez, sería y es bastante menos que estimar que pueden ser titulares de un derecho a lo que se llama la *sentencia de fondo*. Al final de esta graduación clasificatoria, aparecería la tesis que atribuye a los sujetos jurídicos el derecho –un verdadero derecho subjetivo– a una *sentencia de fondo con un contenido concreto* (...).”

⁹⁸ Vid. entre otras la STS Sala 4ª (Contencioso-Administrativo) de 20 de noviembre de 1965, Rep. 4796, STS de 6 de noviembre de 1941. Ésta última define el concepto de acción como la “facultad o derecho a pedir a un órgano jurisdiccional la actuación de una voluntad de la ley para obtener un bien determinado”.

⁹⁹ Tomo el dato del trabajo de J. Guasp “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Vol. IX, Madrid, 1944, nota núm. 24, pág. 91.

Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.”¹⁰⁰

Debido a la falta de definición de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la jurisdicción en el derecho positivo, por la doctrina fue calificado de muy diversos modos. Guasp consideró el libre acceso a los Tribunales de Justicia como un derecho de la personalidad impuesto por el Derecho natural a todo sistema positivo y como un principio no normativo inherente a la idea misma de proceso¹⁰¹. Para Fairén Guillén, el libre acceso al proceso era considerado como un derecho cívico inherente al individuo y que se encontraba positivizado en el ordenamiento en el derecho de petición, aunque con facetas especiales que lo diferenciaban de otras manifestaciones de aquel derecho¹⁰². Para Almagro Nosete, el libre acceso a los Tribunales reconocido en la Ley Orgánica del Estado debía ser considerado un derecho subjetivo público¹⁰³. E. García de Enterría mantuvo que el derecho de los ciudadanos a residenciar sus discrepancias con la Administración ante un Tribunal independiente era un derecho “fundamental y básico” en la construcción del Estado de Derecho, “enraizado en las exigencias más elementales de la dignidad y libertad humanas”¹⁰⁴.

Esta posibilidad o potestad de los particulares de promover la actividad jurisdiccional no operó de igual modo en los distintos órdenes jurisdiccionales. Si en el

¹⁰⁰ Dicha responsabilidad podía tener incluso carácter penal, ya que el artículo 357 del CP establecía: “El juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de suspensión.”

¹⁰¹ Vid. por todos J. Guasp “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, cit., págs. 88-91.

¹⁰² Lo que caracteriza a este derecho a pedir de otro tipo de peticiones es que aquella “se propone ante órganos del Poder Jurisdiccional, lo cuales han de actuar conforme a las normas características de dicha actividad. En efecto, los Tribunales (...) tienen como misión la de «aplicar (como potestad) las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado(...)»; no pueden mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes, lo cual indica que no se les deben pedir tales resoluciones; su modo de actuar es especial; «en los juicios civiles y criminales», lo cual remite a las leyes de procedimiento; están rodeados de garantías específicas que salvaguardan su libertad de actuación (...), así como también tienen responsabilidad específica por los actos que lleven a cabo en el ejercicio de su cargo. Todas estas notas especiales cualifican a la acción como especie singular del derecho constitucional de petición, y trazando la proyección del mismo sobre el proceso se nos muestra la importancia de la relación de esta disciplina con el Derecho Político”. Según Fairén el derecho a pedir a un Tribunal de Justicia, precisamente por las obligaciones impuestas desde el Derecho a este Poder, se vería exento del riesgo del silencio o de la falta de respuesta. Lo anterior en “Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966”, Madrid, 1967, págs. 32-35.

¹⁰³ J. Almagro Nosete “El libre acceso como derecho a la jurisdicción”, *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona 1987, pág. 105. Dicho trabajo fue publicado originariamente en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. XIV, núm. 37, 1970.

¹⁰⁴ E. García de Enterría, “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública* núm. 42, 1963, pág. 271-272.

proceso civil el acceso a la jurisdicción solía estar garantizado por el tipo de asuntos e intereses que se ventilan, no ocurrió lo mismo en otros órdenes jurisdiccionales en los que una de las partes implicadas era el propio Estado. Efectivamente, en la jurisdicción contencioso-administrativa las denegaciones técnicas de justicia no fueron la excepción sino más bien la regla general. Y a ello contribuyeron dos factores fundamentalmente.

El primero y más importante fue el establecimiento por el propio poder de zonas inmunes al control judicial de la actuación administrativa¹⁰⁵. A pesar de que la aprobación de la nueva Ley Jurisdiccional en el año 1956 supuso un avance en la reducción de las exenciones judiciales respecto a lo previsto en el Texto Refundido de 1952, éste no fue ni mucho menos completo. Para comprobar tal extremo sólo hay que acudir al artículo 40 de la citada norma en el que, además de las materias expresamente excluidas del conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, se procedió a la inclusión de una cláusula general –apartado f— según la cual serían también inadmisibles aquellos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra “actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa”¹⁰⁶. Resulta evidente que a través de esta cláusula el poder tenía asegurada la condición inmune de determinados actos administrativos.

¹⁰⁵ Vid. en este sentido el conocido trabajo de E. García de Enterría “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto 1962, págs. 159-205.

¹⁰⁶ El artículo 40 de la Ley Jurisdiccional de 1956 establecía: “No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de:

- a) Los actos que sean reproducción de otros anteriores que sean definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.
- b) Los actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio cinematografía y teatro.
- c) Las Órdenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas.
- d) Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo al artículo 10011 y siguientes del Código de Justicia Militar; las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.
- e) Las resoluciones que pongan término a la vía gubernativa como previa a la judicial.
- f) Los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa.

El segundo tiene que ver con los presupuestos procesales necesarios para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, que eran mucho más complejos que los existentes en otros órdenes jurisdiccionales¹⁰⁷.

Era por tanto la propia Ley la que establecía estas especiales dificultades para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y lo cierto es que los órganos judiciales, aunque hubieran querido, poco hubieran podido hacer para facilitar las cosas. La única posibilidad con la que contaban era la flexibilización a través de la aplicación de determinados principios –como el *pro actione*— de los citados presupuestos. Pero a este asunto me referiré más adelante.

Además del acceso a la justicia, que es el derecho procesal primario o básico, determinadas garantías o principios consustanciales a la idea de proceso permanecían vigentes durante esta etapa preconstitucional. La necesidad de la existencia de contradicción entre las partes, la igualdad de armas entre éstas, la congruencia de las resoluciones judiciales, aunque con ciertas restricciones, eran considerados como principios generales del derecho, que solían tener su traducción en la legislación vigente a través de las normas reguladoras del litisconsorcio, la realización de notificaciones, etc¹⁰⁸. Como se verá más adelante, si una resolución judicial se había dictado sin respetar alguna de estas obligaciones tenía asegurada, en la mayoría de los casos, el acceso al recurso de casación.

¹⁰⁷ Tal y como señaló García de Enterría eran muchos los factores que obedecían a esta especial dificultad en el acceso a los Tribunales contencioso-administrativos en contraste con lo que sucedía en otros órdenes jurisdiccionales. Algunos de estos factores, según el referido autor son los siguientes: “la necesidad de provocar un acto administrativo previo, la de agotar contra él la vía administrativa previa, el sometimiento de los recursos administrativos previos y de la misma acción judicial a plazos fugacísimos de caducidad –medidos por días—, que contrastan con los largos plazos de prescripción –medidos ordinariamente por años—, vigentes en las vías ordinarias (prescripción que admite llanamente, además, la posibilidad de interrupciones judiciales o extrajudiciales), las limitaciones de legitimación para recurrir a quienes, sin embargo, se sienten subjetivamente afectados por las actuaciones administrativas, los restos históricos convencionales sobre una supuesta limitación de los poderes jurisdiccionales respecto a los actos de la Administración, (...), la exigencia de requisitos especiales como el previo pago o el de dirigir la demanda necesariamente contra un acto sin poder pedir una condena por vía principal, sino exclusivamente accesoria, etcétera, etc.”, “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública* núm. 42, 1963, pág. 274.

¹⁰⁸ La jurisprudencia dotó de eficacia a estos principios. Así la máxima “nadie puede ser condenado sin ser oído” (*nemo debet inaudito damnari*) fue calificada como principio “fundamental en la ordenación del proceso” del que se deriva que “no se pueden declarar derechos ni imponer deberes en la resolución de un litigio que afecten a personas no intervinientes en él” (STS. 31 de diciembre de 1949, Sala Civil, Rep. 1950,7). En el mismo sentido las SSTs, Civil, de 11 de noviembre de 1955 (rep. 3567), 27 de octubre de 1959 (Rep. 3966) y 13 de mayo de 1963 (Rep. 2698), STS Sala Social 15 de abril de 1968 (Rep. 2109), STS 2 de mayo de 1966, C-A- (Sala 5ª) Rep. 2431, STS Sala Civil de 19 de abril de 1966 (Rep. 1779), entre otras.

Es importante destacar que en esta etapa las normas relativas a la ordenación del proceso estaban previstas únicamente con este fin: ordenar el *iter* de los procesos. Me explico: no existía una conexión o una confusión entre los planos procesal y sustantivo, de tal manera que una sentencia absolutamente arbitraria, si había sido dictada siguiendo las prescripciones legales que ordenan el proceso, se consideraba válida y, en consecuencia, no atentatoria de ningún principio del ordenamiento ni por supuesto de ningún derecho de las partes. Lo mismo cabe decir en relación con las equivocaciones patentes o evidentes del juez a la hora de consignar los hechos probados: una sentencia que parte de un presupuesto erróneo en la *quaestio facti* no quebranta ninguna norma de orden público procesal. La forma de corregir estos casos se reconducía a través de los diferentes medios de impugnación, pero no alegando el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, sino el quebrantamiento de la ley. De las normas de orden público procesal no se derivaba en ningún caso un derecho al acierto del juez, ni siquiera en relación con los errores notorios o evidentes. Las normas procesales presuponían la justicia y la corrección de la sentencia pero en ningún caso garantizaban un mínimo de racionalidad o de acierto. Sólo la incongruencia, en sus diversas modalidades, de la sentencia podía dejar la puerta abierta a las cuestiones de fondo.

2.4. El incumplimiento de las normas de orden público procesal por los órganos judiciales: la exigencia de responsabilidad procesal.

Como ya se ha expuesto anteriormente, lo que hoy llamamos derechos (fundamentales) procesales antes de la Constitución de 1978 no eran tanto derechos como normas de orden público de obligado cumplimiento para todas las partes que intervenían en el proceso incluido, claro está, el órgano judicial. La obligación de motivar las sentencias, de responder a las pretensiones planteadas por las partes, de dar trámite de audiencia etc., más que derechos de los ciudadanos eran consideradas obligaciones del poder público. Debido a que participan de ese carácter, no sólo debían de ser respetadas por las partes sino de forma especial por los órganos jurisdiccionales. Son muchas las resoluciones judiciales que señalan esta fuerza vinculante del juez a la ley procesal:

“Las normas procesales son de orden público, máxima garantía de todos los litigantes y del órgano jurisdiccional, siendo por ello de inexcusable cumplimiento,

razón por la que debe decretarse, aun de oficio, la nulidad de actuaciones cuando se observen defectos esenciales de tramitación, según reiterada y doctrina de este Alto Tribunal con la consiguiente reposición de los autos al estado en que la falta hubiera sido cometida”¹⁰⁹.

“Que la actividad de los Tribunales, en su específica función de juzgar para declarar la voluntad del legislador con vistas al caso concreto que ante ellos se plantea, se traduce en la realización de una serie de actos que necesariamente han de ajustarse a las normas y reglas establecidas por las leyes ordenadoras del procedimiento ante el rango jurisdiccional, pues tales normas legales constituyen derecho necesario y público cuyo exacto cumplimiento es antecedente de la seguridad jurídica y de la certeza de las decisiones judiciales, aparte de que son obligada garantía de los derechos ostentados por los litigantes en el proceso”¹¹⁰.

Este era el modo de entender los principios a los que me vengo refiriendo. Es importante señalar que en los dos casos citados la falta de sometimiento a la Ley procesal provenía, no de los particulares, sino del propio poder judicial en la medida en que había desconocido la obligación impuesta por la ley o la había interpretado incorrectamente. Lógicamente los mismos argumentos cabía esgrimir en aquellos casos en los que quien incumplía lo dispuesto en la ley era el particular. Pero en éstos últimos uno de los argumentos perdía fuerza: el de ser garantía de los derechos de los litigantes. Este, sin duda, era un argumento más para exigir al propio Poder Judicial el cumplimiento exquisito y riguroso de las normas de procedimiento.

Desde esta perspectiva, la falta de citación por parte de un Secretario Judicial para el acto de una vista daba origen a la declaración de nulidad de actuaciones, pero no sólo para salvaguardar el derecho de la parte a defender sus postulados, sino porque la citación de las partes era una obligación impuesta por la ley al órgano público. Es más, la declaración de nulidad en estos casos solía llevar aparejada la corrección disciplinaria del funcionario público que no cumplió con la obligación prevista en la

¹⁰⁹ STS Sala Social de 29 de septiembre de 1966, núm. 4100 Rep. Arz.

¹¹⁰ STS Sala Social de 29 de octubre de 1968, Rep. Arz. núm. 5138). En este caso el TS apreció de oficio el grave defecto en el que incurrió la resolución del Juez *a quo* y ordenó la devolución de los autos para que el Juez volviera a conocer del asunto. El defecto no era formal ya que el mismo consistía en que el Juez no había hecho constar en los hechos probados si la causa de la muerte del trabajador se debió o no al desempeño de un determinado trabajo alegando que su formación le impedía realizar tal juicio. El TS acabó afirmando que tal actitud implicaba una “denegación de justicia” y una “injustificada abstención en la función que le es propia”, esto es resolver las pretensiones que le formulen las partes.

ley¹¹¹. Y es que la mayoría de las leyes procesales contenían en su articulado la denominada responsabilidad disciplinaria procesal, mediante la que los órganos jurisdiccionales superiores responsabilizaban a los inferiores a través de los recursos y medios de impugnación interpuestos por las partes en aquellos casos en los que los órganos inferiores no habían observado las normas procesales que ordenaban el proceso. Los medios de impugnación servían no sólo para depurar las sentencias de las posibles incorrecciones en las que hubieren incurrido los jueces que las dictaron, sino también para exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos que se separaron de lo dispuesto en las normas procesales¹¹². No hay que olvidar, no obstante, que en esta etapa el ejercicio de esa responsabilidad se utilizaba frecuentemente para separar a los jueces que resultaban incómodos para el Ejecutivo.

3. La aplicación judicial de la legalidad procesal: criterios hermenéuticos.

La especial vinculación a la ley procesal se acentuaba como consecuencia de que un sector importante de la judicatura franquista, tras una aparente neutralidad ideológica hacia el sistema, estaba tremendamente apegado al régimen y a sus postulados. La estricta aplicación de la ley como obligación del Juez era tomada como excusa para que éste se colocara en una situación de neutralidad frente al sistema. El Juez aparecía como un ser apolítico que tan sólo cumplía con su obligación: la estricta aplicación de la ley¹¹³. Lo anterior no implica que pudiera hablarse de garantismo, ya que la mera sujeción del juez a la ley es absolutamente compatible con políticas autoritarias¹¹⁴. En relación con la ley procesal, era aplicada por los órganos

¹¹¹ *Vid.*, en este sentido, la STS Sala 5ª (Contencioso-Administrativo) de 2 de mayo de 1966 (Rep. 2431).

¹¹² Las normas contenidas tanto en la LEC como en la LECr que regulaban esta responsabilidad disciplinaria procesal, estuvieron vigentes hasta su derogación expresa por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, reformadora de la LOPJ de 1985. En relación con la exigencia de esta responsabilidad disciplinaria procesal o jurisdiccional puede verse L. E. Delgado del Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, 2002, págs. 215 y ss.

¹¹³ Algunos autores como F. J. Bastida Freijedo en su libro *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Barcelona, 1986, opinan que los criterios interpretativos utilizados por el Tribunal Supremo, aunque aparentemente neutrales, tratan de ensalzar la ideología del régimen de Franco.

¹¹⁴ Sin embargo, en estos casos en los que los órganos judiciales están tremendamente apegados a la ley el tránsito hacía la democracia se hace mucho menos costoso que en aquellos otros en los que los jueces actúan de forma arbitraria, es decir sin acatar las propias normas. Es más, puede decirse incluso que el acatamiento de las normas en estos períodos supone un freno al propio poder del régimen, que resulta de gran importancia. En este sentido C. S. Nino compara las experiencias dictatoriales chilena y argentina para llegar a la conclusión de que en la primera, durante la década de los 80 en la que tuvo lugar un intento de autolegitimación del sistema a través de la ratificación de una constitución –con previsiones

jurisdiccionales de forma absolutamente rigurosa. Y aquí procede enlazar ya con la cuestión apuntada, esto es, la aplicación de la ley procesal por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Como ya se ha adelantado, la concepción del derecho procesal regulador del procedimiento como de orden público y, por en consecuencia de obligado cumplimiento, por un lado, y, por otro, la especial vinculación del juez franquista a la ley, aseguraban el sometimiento del juzgador a lo dispuesto en la Ley procesal. De esta manera, si un Tribunal inadmitía a trámite un determinado acto por carecer de firma de letrado era sin duda porque la Ley así lo preveía, pero no porque el juez quisiera ser especialmente formalista o evitar con tal actitud eximirse de la responsabilidad del juicio o decisión del caso concreto. Es más, puede afirmarse que, en la medida en que la ley declarara como principio el antiformalismo y, en consecuencia, permitiera la subsanación de defectos, era obligación del juez sujetarse a este mandato. El mayor o menor formalismo o interpretación rigurosa de la ley no dependía tanto de la voluntad del juez como del margen de maniobra que permitiera la norma. Naturalmente, la anterior afirmación no implica la aseveración de lo contrario, es decir, que los jueces en este periodo estuvieran informados en la aplicación de la ley procesal por el principio *pro actione*.

En este sentido, puede afirmarse que existían diferencias sustanciales en los distintos órdenes jurisdiccionales ya que el criterio antiformalista y la técnica de la subsanación no operaban en todos ellos con la misma intensidad.

Sin duda, el proceso civil era el más formalista, acentuándose además este carácter en la tramitación de los recursos extraordinarios, especialmente en el de casación. En el acceso a estos medios de impugnación la exigencia del órgano judicial de dar cumplimiento a las formalidades exigidas en la Ley era absoluta, por lo que las posibilidades de acudir a la técnica de la subsanación eran inexistentes. Taboada Roca, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo durante buena parte de este

tremendamente antidemocráticas- sometida a plebiscito, “muchos avances democráticos pudieron hacerse gracias a la invocación de disposiciones constitucionales en los tribunales, debido a que éstos se vieron inclinados a obedecerlas (...)”. Las cosas, sin embargo, no acaecieron así en Argentina, donde la Junta Militar, a pesar de haber sancionado el Estatuto de Reorganización Nacional que incorporaba determinados límites al poder, no fue acatado por la Junta “que demostró una extrema resistencia a obedecer incluso su propio sistema normativo”. *Vid. La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, 1997, págs. 17 y 18.

periodo, apuntó que eran hasta veintiuno los defectos formales que daban lugar a la inadmisión del recurso de casación civil¹¹⁵.

Por lo que respecta al orden laboral, los argumentos del Tribunal Supremo de aquella época se parecen bastante a los utilizados hoy por el Tribunal Constitucional para flexibilizar en este ámbito la rigidez rituarial de la ley procesal. La jurisprudencia se refería al carácter “tuitivo”¹¹⁶ y “social”¹¹⁷ de la legislación laboral que “rebasa los límites del puro derecho privado en cuanto consagra determinadas medidas protectoras de derechos inalienables¹¹⁸” para permitir una cierta flexibilización de la ley procesal, sin que ello llegara a suponer un desconocimiento o un apartamiento injustificado de lo establecido y exigido por las leyes procesales laborales¹¹⁹. La declaración de inadmisión por parte del órgano judicial basada en la existencia de defectos formales susceptibles de subsanación podía dar lugar a la declaración de nulidad de actuaciones con el fin de que se obtuviera una sentencia que entrara al fondo del asunto¹²⁰.

En el orden contencioso-administrativo es preciso distinguir tres períodos: de 1938 a 1944, de 1944 a 1956 y de 1956 en adelante.

En el primer período, es decir durante seis años, se suspendió casi totalmente la justicia contencioso-administrativa con motivo de la guerra civil¹²¹. Durante la guerra y

¹¹⁵ Tomo al dato de M. Serra Domínguez en “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pág. 92, que lo utiliza para dar cuenta del carácter extraordinariamente formalista de la casación civil. El mismo autor vuelve a referirse al trabajo de Taboada seis años más tarde, concretamente en 1985, para llegar a la conclusión de que dicha tendencia formalista no se había corregido sino que por el contrario había ido a más. Lo anterior en “Comentario al Título XXI. Del recurso de casación”, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Coord. Cortés Domínguez, Madrid, 1985, pág. 788. Téngase en cuenta que estas apreciaciones se hacen una vez vigente la Constitución.

¹¹⁶ Vid. STS, Sala Social de 26 de septiembre de 1966 (Rep. 4094)

¹¹⁷ Vid. STS, Sala Social de 26 de septiembre de 1966 (Rep. 4094)

¹¹⁸ Vid. STS Sala de lo Social de 13 de mayo de 1968 (Rep. 2205)

¹¹⁹ En este sentido, la STS, Sala Social de 13 de mayo de 1968 (rep. 2205) establece: “Que aunque la jurisprudencia de esta Sala viene atenuando, en lo procesalmente posible, la rigidez rituarial en el planteamiento y formalización de los recursos de casación, por entender que la legislación rebasa los límites del puro derecho privado en cuanto consagra determinadas medidas protectoras de derechos inalienables, tal atenuación no autoriza a prescindir totalmente de las formalidades del proceso en este trámite extraordinario de la casación donde han de presentarse las cuestiones con claridad y precisión”.

¹²⁰ En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 1966 (Rep. 4094) casa y anula la sentencia recurrida por la que se desestimó la demanda por incurrir en defectos formales sin haberse procedido por el órgano jurisdiccional a subsanar aquellos vicios: “(...) es patente que se incumplió por el órgano jurisdiccional el deber imperativo que le venía impuesto por el citado artículo (...), y desde ese momento quedó viciado el proceso por una causa de radical nulidad, dado el carácter necesario y afectante al orden público del precepto incumplido, que tiende a garantizar los derechos de los litigantes en esta jurisdicción eminentemente tuitiva y social.”

¹²¹ Se dice casi totalmente porque sólo subsistió el contencioso-administrativo contra determinados actos de la Administración local. Tomo el dato de E. García de Enterría, “La Constitución, la Administración

en los primeros años de Dictadura franquista ni tan siquiera existía la posibilidad de revisar actuaciones administrativas que afectaban no ya a intereses legítimos sino a derechos subjetivos perfectos.

A partir de 1944 se restableció la jurisdicción contencioso-administrativa, que fue la misma, aunque con más restricciones si cabe, que la que se instauró en la Restauración, es decir la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1988 (Ley de Santamaría de Paredes). Se procedió a implementar por tanto una justicia administrativa absolutamente raquíta, puesto que no permitía la revisión de actos administrativos que tuvieran un mínimo contenido discrecional y en la que sólo se reconocía legitimación a los titulares de intereses directos, entre otras restricciones. Se trataba además de una Ley extremadamente formalista desde el punto de vista procesal, en la medida en que la técnica de la subsanación era inexistente. Sin embargo, este restablecimiento con remisión a la Ley de Santamaría de Paredes se entendió provisional. Así las cosas, en 1952 se procedió a la aprobación por Decreto de 8 de febrero del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, pero la disposición básica de las refundidas en dicho Decreto seguía siendo la Ley de Santamaría de Paredes, hecho éste que provocó críticas por parte de la doctrina administrativa, que venía reclamando un cambio en la justicia contencioso-administrativa.

En el año 1956 se aprobó una nueva ley reguladora de este orden jurisdiccional. Me refiero a la Ley de 27 de diciembre de 1956, que vino a dejar sin efecto el Decreto de 1952. Sin duda, la aprobación de la citada Ley supuso un impulso del proceso contencioso-administrativo, que fue –y sigue siendo– valorado positivamente tanto por la judicatura como por la doctrina. Puede resultar curioso el hecho de que este impulso se produjera precisamente en esta etapa de la historia de España. Sin embargo, no obedece a una casualidad y mucho menos a la voluntad política de instaurar mecanismos de protección del ciudadano frente a la Administración, sino a una tendencia de los Estados europeos con un régimen político autoritario durante el periodo de entreguerras¹²². No obstante, también es destacable el papel que jugaron en

y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003, págs. 165 y 166.

¹²² Dos explicaciones distintas de este fenómeno pueden verse en los trabajos de J. Guasp “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, cit., especialmente las págs. 103 a 110 y de S. Royo-Villanova, “Lo Contencioso-Administrativo en los Estados totalitarios” en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 107, 1941, págs. 306 a 339. En este último se pone de manifiesto que aunque la forma de organizar la jurisdicción contencioso-administrativa no fue la misma en la Alemania

la aprobación de la Ley un grupo de profesores de Derecho Administrativo, especialmente M. Ballbé y J. González Pérez, que fueron los encargados de la redacción del Proyecto de Ley que terminó siendo la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

Una de las novedades introducidas en la Ley, que la alejaba de forma considerable de la normativa anterior, fue la normativización del principio antiformalista y la técnica de la subsanación. Son numerosas las ocasiones en las que en la Exposición de Motivos se pone de manifiesto este principio que, como se verá, fue utilizado como criterio interpretativo por parte de los órganos jurisdiccionales y en especial por las Salas Cuarta y Quinta (entonces de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

En el apartado I de la Exposición de Motivos se hizo constar: “Al redactarse el nuevo texto no se han olvidado las experiencias obtenidas en la aplicación de la Ley hasta ahora en vigor. Así, se han recogido aquellas orientaciones de la jurisprudencia realmente aprovechables y redactado los preceptos de la Ley de modo tendente a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos contencioso-administrativos comportaban la subsistencia de infracciones

nazi que en la Italia de Mussolini, su existencia permaneció a pesar de haber sido concebida como una institución típicamente liberal. En estos regímenes (y en cierto modo también en España durante la dictadura franquista) la jurisdicción contencioso-administrativa está sólo al servicio del individuo de forma accidental. El objeto o la última razón de ser de esta institución es la defensa del derecho objetivo, de la colectividad y sólo de forma coyuntural para la protección de los intereses particulares. Para dar cuenta resumida de la significación del proceso contencioso-administrativo en esta época, S. Royo-Villanova acaba su trabajo transcribiendo las palabras pronunciadas por Mussolini en el año 1928 en el Consejo de Estado: “Cuando vosotros, honorables señores del Consejo de Estado, anuláis actos administrativos viciados de incompetencia, de violación de ley, de abuso o desviación de poder, no creáis obstáculos a la buena marcha de la Administración fascista, sino que la llamáis y reintegráis a sus fines esenciales”. Esta idea o esta concepción del proceso contencioso-administrativo se plasmó en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 1956: “la necesidad de Jurisdicción Contencioso-Administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública”. Asimismo, a pesar de que el artículo 42 establecía como una clase de pretensión a deducir ante los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos “el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el reconocimiento de la misma (...)”, el artículo 84 establecía que en caso de estimarse la sentencia “se reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma”. Tal y como ha señalado E. García de Enterría en su trabajo “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión histórica y comparatística”, *Revista de Administración Pública* núm. 152 (mayo-agosto 2000), págs. 100 y 101, el legislador utilizó el término *situación jurídica subjetiva* “para evitar toda polémica sobre si las situaciones invocadas en el proceso alcanzan o no el rango de verdaderos derechos subjetivos”.

administrativas, en pugna con la Justicia, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política”. En el mismo sentido, en el apartado IV se explicitan los motivos por los que se procede a instituir un solo tipo de recurso en lugar de dos (de anulación y de plena jurisdicción). Sin duda, además de otras motivaciones, una de ellas es la de flexibilizar los requisitos formales. A este propósito se dice en el texto: “Nada justifica, por otra parte, enunciar una clasificación de las infracciones y que en las demandas tengan que subsumirse la ilicitud denunciada en uno de esos tipos abstractos: lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expeditiva la Justicia que dificultarla con la imposición de un requisito puramente formal, como el de calificar la infracción precisamente con un nombre determinado, máxime si el error en la calificación puede determinar que prevalezca el acto, a pesar de no ser conforme a Derecho”. Igualmente, en el apartado V, referido al procedimiento contencioso-administrativo, se establece que “a fin de superar ciertas interpretaciones formalistas, el artículo 55 deja bien sentado que el recurso contencioso-administrativo podrá deducirse indistintamente contra el acto objeto del de reposición, contra el desestimatorio de ésta o contra ambos a la vez, salvo aquellos casos en que (...)”. A continuación y por lo que se refiere a la regulación del procedimiento en sentido estricto, se alude a la conveniencia de mantener la normativa anterior sobre el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo pero con los siguientes cambios en cuanto a la declaración de inadmisibilidad se refiere: “Sin embargo, se ha creído prudente crear un trámite de admisión con carácter radicalmente distinto a la facultad reconocida al Tribunal en la legislación anterior de no admitir el escrito de interposición cuando al mismo no se acompañaban los documentos en ella exigidos. El Tribunal, con arreglo a las nuevas normas, podrá declarar la inadmisión del escrito de interposición si observare la falta de alguno de los requisitos procesales enumerados en el artículo 62, es decir, aquellos cuya subsanación no es posible.” Y en este mismo apartado V acaba por afirmarse: “Se parte para ello de un principio: que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la Justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional; jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción.” Las últimas palabras que figuran en la Exposición de Motivos vienen a poner de manifiesto otra vez el carácter antiformalista de la Ley: “Finalmente, merece destacarse el artículo 119 que, siguiendo la orientación del nuevo texto, permite la

subsanación de todos aquellos defectos que pudieran concurrir en los actos de las partes. La ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma.”

Dichas manifestaciones no eran mera retórica, sino que en el articulado de la Ley, concretamente en el artículo 119, se estableció el procedimiento a seguir para subsanar aquellos errores en los que las partes hubieren incurrido¹²³.

Ahora bien, ¿cómo acogieron los órganos jurisdiccionales tal principio? Como era de esperar, se sujetaron a lo dispuesto en la Ley Jurisdiccional, pasando a ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el más antiformalista de todos, cuando antes de 1956 era, si no el más formalista, uno de ellos. La labor desempeñada por el Tribunal Supremo en este sentido fue de gran importancia, ya que bien a través de los recursos contencioso-administrativos cuyo conocimiento tenía atribuido en única instancia, bien a través del recurso de apelación vino a desarrollar este principio y a corregir las interpretaciones formalistas que seguían manteniendo los órganos judiciales por la aplicación inerte de la antigua Ley procesal. Es decir, el Tribunal Supremo no ignoró tal mandato legal y vino a considerarlo un verdadero principio. La doctrina administrativista, precisamente por la situación anterior a 1956, prestó especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la forma en que éste aplicaba (o no) el principio antiformalista contenido en la Ley Jurisdiccional. En este sentido, algunos autores, como E. García de Enterría, trataban de animar las tendencias antiformalistas del Tribunal Supremo y le indicaban la importancia de seguir por esa vía, a pesar de poner en evidencia determinadas interpretaciones de la Ley procesal que

¹²³ Dicho precepto establecía:

1. Cuando se alegare que algunos de los actos de las partes no reúnen los requisitos dispuestos por la presente Ley, la parte que se hallare en tal supuesto podrá subsanar el defecto dentro de los diez días siguientes al en que se le notificare el escrito que contenga la alegación.
2. Cuando el Tribunal apreciare de oficio la existencia de los defectos a los que se refiere el párrafo anterior, dictará providencia en la que los reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.
3. Si el defecto consistiere en no haber interpuesto recurso de alzada, siendo éste preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días, y si se acreditara dentro de los cinco siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de alzada en forma expresa o transcurra el plazo a que se refiere el artículo 54.”

no respondían a dicho principio¹²⁴. Entre éstas cabe destacar precisamente aquellas normas impeditivas del acceso a la jurisdicción como el recurso directo frente a reglamentos, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo y el recurso previo de reposición, la calificación acto definitivo y la limitación del acto consentido o de la excepción de acto político.

La conclusión que se puede sacar es que se apreció un cambio importante en la jurisprudencia, a pesar que en determinados aspectos centrales el principio antiformalista no desplegó todos los efectos que cabía o se podía esperar. Sin embargo, la existencia de déficit en la aplicación de dicho principio no puede hacer negar el gran cambio jurisprudencial que se produjo con la entrada en vigor de la nueva Ley Jurisdiccional.

La jurisprudencia existente acerca del alcance de este principio es abundante debido a que de forma casi constante una de las partes del proceso contencioso-administrativo —generalmente la Administración— seguían aduciendo defectos formales en orden a la declaración, bien del recurso contencioso-administrativo, bien del de apelación. Es decir, que el marcado carácter antiformalista no sólo fue tenido en cuenta para la interpretación de las normas reguladoras de la primera instancia, sino de todo el procedimiento contencioso-administrativo, incluidos los recursos que procedía interponer contra las resoluciones judiciales.

Así, en relación con las primeras, esto es, las que establecían requisitos para la interposición del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo hizo especial hincapié en que eran subsanables los defectos consistentes en no haber interpuesto el recurso preceptivo de alzada previo a acudir a la vía jurisdiccional¹²⁵, el

¹²⁴ *Vid.* “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública* núm. 42, págs. 267-293. En el mencionado trabajo el autor considera que las formulaciones antiformalistas contenidas en el Exposición de Motivos de la LJCA no deben considerarse, tal y como lo hacía el Tribunal Supremo de la época, como criterios “espiritualistas” sino como verdaderos “principios generales del Derecho”. Así, el autor da una de cal y otra de arena al Tribunal Supremo, ya que por un lado, trae a colación la jurisprudencia más antiformalista, pero por otro, señala la necesidad de que tal criterio interpretativo sea aplicado de forma más extensa.

¹²⁵ Según reiterada jurisprudencia, la doctrina que entiende que no es posible la subsanación de tal falta “está más bien encajada en el habitual rigor procesal, pero ajena a la especial naturaleza del proceso contencioso-administrativo, a tenor del preámbulo de su ley puesto que las formalidades procesales han de entenderse garantizando el ejercicio del derecho y el acierto de la Jurisdicción y no como obstáculo para el pronunciamiento de fondo, lo que ha conducido a la amplia y ya extensa gama de sentencias de este Alto Tribunal que en aplicación del art. 129 LJ establecen como, no habiéndose interpuesto el recurso de reposición al tiempo de promover el recurso contencioso-administrativo, y aun cuando hubiese pasado el plazo de un mes que el art. 52 señala, ha de concederse el plazo de diez días para dar la posibilidad de subsanar a efectos de dicho art. 129 y del 57 de la ley (...) de tal manera que la interposición positiva del recurso de reposición fuera del plazo, conduce a la apreciación de

no haber procedido a la consignación de las cantidades exigidas en la Ley Jurisdiccional en el momento de la interposición del recurso (incumplimiento del requisito *solve et repete*)¹²⁶, la falta de aportación de determinados documentos exigidos por la Ley Jurisdiccional junto al escrito de demanda¹²⁷, entre otros defectos.

Asimismo, se consolidó una jurisprudencia según la cual no podía surtir efectos negativos en la esfera del administrado el hecho de haber incurrido en desviación procesal consistente en la interposición de recursos improcedentes en vía administrativa o en la no interposición de los preceptivos cuando fue la propia Administración la que indujo al error al no informar o informar erróneamente¹²⁸.

Por lo que se refiere a los defectos e inexactitudes en el escrito de demanda (y de contestación) el Tribunal Supremo también optó por la técnica de la subsanación o de la flexibilidad en la interpretación de las exigencias formales atendiendo al mayor o menor grado de la infracción, a si la parte estaba asistida o no de letrado, etc¹²⁹.

inadmisibilidad conforme al art. 82, por exigencia de la norma aplicable, y en cambio, la ausencia de interposición, la amnesia procesal de este recurso, no conduce a ella, pues la redacción del nº 3 del art. 129 exige textualmente «no haberse interpuesto recurso de reposición siendo éste preceptivo» y por tanto ha de estimarse procedente la aplicación de este último artículo, lo que en modo alguno supone tratamiento preferente para el que no interpone reposición, respecto al que la ha interpuesto fuera de plazo, sino simplemente tratamiento distinto según la Ley”. Sentencia de 16 de marzo de 1964 C-A., Sala 4ª, Rep. 1727. En este mismo sentido las SSTs 19 de enero de 1960 (Rep. 79), 22 de mayo de 1962 (Rep. 2332), 4 de abril de 1959 (Rep. 2742), 8 de mayo de 1962 (Rep. 2209) y 30 de enero y 28 de junio de 1963 (rep. 546 y 3362).

¹²⁶ “Que de estimar la primera de las alegaciones del abogado del Estado en la contestación a la demanda, con el alcance que le confiere su naturaleza procesal, hubiera sido pertinente declarar la inadmisibilidad del recurso, por incumplimiento del requisito de previo pago o de depósito del importe de la sanción impugnada, conforme a lo prevenido en el art. 57, ap. E), en relación con los 40 y 82, ap. C), de la Ley Jurisdiccional; pero acreditada en autos la efectividad del abono de la multa procede hacer, una vez más aplicación del criterio antiformalista que la propia Ley exterioriza en su preámbulo y consagra en su art. 129, en orden a la posible subsanación de omisiones materiales; y en consecuencia debe desestimarse la alegación que se viene enjuiciando, y pasar a conocer de los problemas de fondo del recurso”. STS 1 de febrero de 1966, C-A, Sala 4ª, Rep. 544. Y en el mismo sentido las SSTs de 18 de junio de 1968, 29 de mayo de 1972 y 23 de junio de 1976.

¹²⁷ Entre otras, en la STS de 5 de marzo de 1969, C-A (Sala 4ª), Rep. 1509 se resuelve precisamente esta cuestión en el que el TS hizo el siguiente pronunciamiento: “Que en todo caso conviene recordar cómo la Ley reguladora de esta jurisdicción proclama el espíritu antiformalista que la inspira, y fija como meta a alcanzar por la misma mediante su aplicación por los Tribunales, y a cuyo logro deben cooperar quienes en cualquier orden son colaboradores de la Administración de Justicia, sin que tal fin llegue a frustrarse a causa de formalidades y requisitos que de ningún modo puede ser obstáculo para ello.”

¹²⁸ *Vid.*, entre otras, SSTs 11 de diciembre de 1958 (Rep. 3924), 4 y 16 de mayo de 1959 (Rep. 1886, 1914) y 10 y 16 de junio de 1959 (Rep. 2397 y 2417), STS de 22 de febrero de 1961, C-A (sala 5ª) (Rep. 983) y STS de 8 de abril de 1960, C-A (Sala 4ª). En esta última se estableció al respecto: “Si el interesado siguió una línea equivocada, inducido a ello por la actuación de la misma Administración, no cabe aceptar la alegación de inadmisibilidad del recurso”.

¹²⁹ Se citan, a modo de ejemplo las siguientes: STS C-A (Sala 5ª) 9 de noviembre de 1968 (Núm. repertorio 4956): “No procede estimar la existencia del defecto legal, reñido con el espíritu repudiador de un exagerado formalismo restrictivo del «ius actionis» que inspira la Ley Jurisdiccional y, que se formula claramente en su Preámbulo (...)” y en el mismo sentido las STS de 22 de febrero de 1968 (Repertorio 1772), de 24 de abril de 1968 (R. 2460), STS de 26 de octubre de 1964 (Rep. 4818). En el

Como se ha dicho en relación con las normas reguladoras del acceso al recurso de apelación, también el Tribunal Supremo aplicó el criterio antiformalista. En este sentido declaró que era subsanable la falta de firma de letrado en el escrito de personación ante el Tribunal Supremo¹³⁰, la no extensión de determinados documentos en papel timbrado¹³¹, etc. Por otra parte, a diferencia de lo que hoy ocurre con la interpretación de las de las normas reguladoras de la cuantía para el acceso a la apelación, el Tribunal Supremo consideró que no procedía la reducción de aquélla con

mismo sentido la STS de 10 de mayo de 1961 C-A, Sala 5ª, Rep. 2258, con la diferencia de que el propio TS tras advertir el defecto, inicia de oficio un incidente de subsanación de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 LJ. En la STS de 17 de diciembre de 1964, C-A. (Sala 5ª) (Rep. 5542) el Tribunal Supremo apela a los criterios antiformalistas, pero incluso con más razón en este caso en el que, según el Tribunal, hay que tener en cuenta un dato adicional y es que el recurrente no está dirigido técnicamente, por lo que se maximiza la interpretación antiformalista. Asimismo, en la STS C-A (Sala 5ª, Rep. 5413) de 20 de noviembre de 1964 se estableció: “Que aunque el escrito de formalización de la demanda está intrínsecamente redactado en forma confusa y con indudable ausencia de técnica procesal, contiene en cambio los requisitos formales exigidos por el art. 69 por lo que se impone rechazar también ese motivo de inadmisión fundado en la infracción de aquel precepto, máxime si se recuerda que el Preámbulo de la Ley Jurisdiccional nos dice que las formalidades han de entenderse siempre para servir a la Justicia, garantizando el acierto en la decisión jurisdiccional; jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción”. En el mismo sentido las SSTS 10 de mayo de 1961 (rep. 2258), 10 de octubre de 1955, Rep. 2801 y STS de 28 de noviembre de 1968, C-A (Sala 4ª), Rep. 5462, en la que se estableció: “(...) es lo cierto que pese a la esquemática exposición contenida en el octavo fundamento de la demanda, no precedido de la correspondiente rúbrica resulta innegable que se contiene en él, una verdadera «alegación en derecho» (...), por lo que habida cuenta del sentido espiritualista de la Ley Jurisdiccional, sentido espiritualista que su exposición de motivos proclama al afirmar que los requisitos procesales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y de conformidad con la Justicia y no como obstáculos que hayan de ser superados para la realización de la misma, procede, siguiendo un reiterado criterio, desestimar el motivo de inadmisión aludido (...)”.

También apelando a este criterio antiformalista la Sala 4ª del TS (C-A) en su sentencia de 30 de diciembre de 1963 (Rep. 36) estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia al haberse procedido a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo debido a la existencia de errores en relación con los actos contra los que se formula el recurso (en el encabezamiento y en el suplico se hacen constar unos y en los fundamentos jurídicos otros). El TS estima el recurso de apelación por este motivo y establece al respecto: “todo lo cual impide compartir el riguroso criterio formalista de la sentencia, cuya parte dispositiva aparece concebida en términos rechazables desde el punto de vista de su consecuencia; y además, porque tal criterio resulta contrario al espíritu y a la letra de la Ley Jurisdiccional, inspirada y expresiva del propósito substancialista, de que los defectos puramente formales, puedan ser subsanados e incluso que puedan ser corregidos por el órgano jurisdiccional que los encuentra cuando se reducen, como en el caso de autos, a una desacertada impropiedad de algunos de los conceptos consignados (...)”.

La STS de 5 de diciembre de 1963 consideró que era un vicio subsanable la falta de firma de letrado en el escrito de demanda.

¹³⁰ *Vid.*, entre otras, STS de 18 de diciembre de 1950 (Rep. Arz. 1823).

¹³¹ “(...) procede establecer que la pretendida falta de requisitos de forma, que el Abogado del Estado califica respecto a la demanda de este recurso, en base a que algunos documentos no están extendidos en el papel sellado correspondiente con arreglo a la Ley del Timbre (...), carece de virtualidad suficiente a los efectos que se pretende invocarlo, pues se trata de defecto accidental y fácilmente subsanable con arreglo al espíritu del ordenamiento, expresivo del mayor alejamiento posible respecto del manierismo formalista de que la ley huye y que en el proemio de la misma se declara” STS de 11 de marzo de 1966, C-A (sala 4ª), Rep. 1802.

la finalidad de no permitir el acceso a la misma en los casos en los que el recurso contencioso-administrativo había sido estimado parcialmente en primera instancia¹³². Una regla esencial que mantenía el Tribunal Supremo en relación con la procedencia o no del recurso era la seguridad jurídica, de tal manera que lo resuelto por el Tribunal a través del correspondiente recurso de queja le vinculaba, por lo que no procedía la declaración de inadmisibilidad —obviamente por el mismo motivo— que el rechazado a través de la queja¹³³.

Dicha corriente antiformalista fue incluso un hecho en cuanto al recurso de revisión se refiere. En efecto, a pesar de tratarse de un recurso de carácter extraordinario, en el que se exige el cumplimiento riguroso de los requisitos procesales establecidos por la Ley, el Tribunal Supremo procedía a admitir a trámite a aquellos escritos de interposición en los que, a pesar de no consignarse expresamente el motivo en el que se pretendía fundar el recurso, así se deducía con claridad de tal escrito¹³⁴. Hay que tener en cuenta además, que la revisión contencioso-administrativa podía fundarse en motivos de muy diversa naturaleza, tal y como se ha expuesto en el capítulo precedente.

De lo expuesto con anterioridad, me parece que puede llegarse a la conclusión de que las Salas Cuarta y Quinta del Tribunal Supremo, entonces de lo Contencioso-

¹³² “Que la alegación *in voce* del Abogado del Estado en el acto de la vista de este recurso de apelación relativa a la posibilidad de no admisión de la alzada, habida cuenta de que al estimar parcialmente el recurso, la sentencia de instancia puede reducir en cantidad menor a 150.000 pesetas el importe de la liquidación que se practique con arreglo a tal fallo no puede ser acogida; en primer término, porque de su parte dispositiva no se obtiene directamente una cantidad concreta que permita determinar si asciende o no a aquella cifra tope que establece la Ley de la Jurisdicción para hacer las resoluciones susceptibles del recurso de apelación; en segundo lugar porque acceder a tal pedimento equivaldría a esperar la ejecución de la sentencia por el Ayuntamiento (...); y, sobre todo, porque la naturaleza jurídico procesal del recurso de apelación transmite al Tribunal Supremo la plena jurisdicción para conocer del asunto litigioso en su totalidad y siendo así que la reclamación inicial versó sobre la nulidad de una liquidación superior a las 130.000 pesetas no puede dividirse la contienda del debate a una parte del mismo y ha de enjuiciarse toda ella sin posibilidad discriminación alguna”.

¹³³ La estimación del recurso de queja imposibilita declarar la inadmisión posteriormente por la misma causa: “Que si bien es cierto, que la cuestión relativa a si la admisión del recurso de apelación se halla o no ajustada a la normativa de la reguladora de este medio ordinario de impugnación de las sentencias, por afectar a las garantías básicas del proceso, de observancia obligatoria tanto para el órgano jurisdiccional, como para las partes, y por ser de orden público, puede ser denunciada su infracción por aquéllas en cualquier momento procesal, y apreciadas de oficio por los Tribunales, si la apelación fue indebidamente admitida, es asimismo indudable que, cuando la cuestión, como en el presente caso ocurre fue planteada a través del cauce procesal del recurso de queja, (...) decretando la admisión de la apelación, no puede ser nuevamente suscitada, pues siendo aquella resolución firme, adquirió, conforme al privilegio que consagra el art. 480 LEC, autoridad de cosa juzgada, y el respeto a ésta que proclama el apotegma jurídico «*res iudicata pre veritate habetur*», impide pueda ser de nuevo planteada la cuestión resuelta.” STS 6 de junio de 1969, C-A (Sala 3ª), Rep. 3345.

¹³⁴ Vid. en este sentido la Sentencia de 3 de febrero de 1958. Tomo el dato de F. Pera Verdaguer, en *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956*, Barcelona, 1969, pág. 661.

Administrativo, sí se sometieron al criterio antiformalista previsto en nueva Ley Jurisdiccional, aunque, como ya se ha afirmado, con un determinado déficit en cuestiones de primer orden, como la impugnación directa de reglamentos, el cómputo de plazos para recurrir, la excepción de acto político etc. Sin embargo, un determinado sector de la doctrina no apreció este cambio, para mí evidente, en la interpretación de la Ley Jurisdiccional¹³⁵.

4. El sistema de recursos: instrumentos para reparar la legalidad procesal.

La legalidad procesal objetiva se reparaba a través de los medios de impugnación, considerados en un sentido amplio, previstos en las leyes procesales de los distintos órdenes jurisdiccionales. Estos, en consecuencia, hacían posible que los órganos jurisdiccionales situados en la cúspide del sistema controlaran la forma en que los jueces inferiores o situados en la base de la estructura judicial, habían aplicado la legalidad objetiva, alegando, incluso, el orden público procesal para poder actuar de oficio en el caso de que los litigantes no hubieran puesto de manifiesto esos vicios y los hubieran denunciado en el recurso. El recurso, como ya se ha visto, en caso de ser estimado, no sólo implicaba la anulación de la resolución recurrida, sino que además podía llevar aparejada una sanción como consecuencia de la exigencia de responsabilidad disciplinaria procesal prevista en las distintas leyes de enjuiciamiento. Por otra parte, los recursos aseguraban a los litigantes que se habían visto afectados por la sentencia incurrida en vicios *in procedendo* la reposición a sus derechos, bien derivados de la ley, bien de los principios generales del derecho.

Antes de dar cuenta de éstos, es preciso hacer tres consideraciones relativas tanto a los medios de impugnación como a la sistemática utilizada para su exposición.

En primer lugar, no voy a referirme a los medios de impugnación cuyo objetivo sea sólo el de reparar las normas de orden público procesal tal y como se entendían en la etapa preconstitucional. Como ya se ha apuntado antes, los derechos procesales en este momento no se confundían o se relacionaban con los problemas de fondo que se ventilaban en un litigio: una sentencia arbitraria, si había sido dictada cumpliendo los trámites procesales legalmente previstos, no constituía un caso de denegación de

¹³⁵ Mantienen esta postura, entre otros, L. Frigonal Fernández-Villaverde en “Las causas de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 104, págs. 283-332.

justicia o de falta de motivación por no haberse resuelto en Derecho. Sin embargo y como es sabido, por distintos factores, las cosas a día de hoy han cambiado de forma notable y, a través del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se controla la adecuación de la sentencia y del proceso que dio lugar a ésta a determinadas garantías procesales constitucionalizadas, sino que también se extiende el control al resultado o producto del proceso. Lo mismo que se ha dicho respecto a la sentencia arbitraria, cabe decir de una sentencia que se dicta tomando como premisa un dato fáctico erróneo: en esta etapa, este error no está para nada vinculado con la existencia de unas garantías de carácter procesal y sin embargo, en la actualidad una sentencia que parte de premisas fácticas absolutamente erróneas se considera vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que se va a exponer a continuación no es, en consecuencia, un elenco de los recursos que sólo resultaban aptos o adecuados para reparar las lesiones de las garantías procesales tal y como eran entendidas en ese momento, sino en un sentido más amplio y acorde con los derechos que hoy están incluidos en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva. De lo que se trata, en definitiva, es de estudiar en esta primera parte qué errores judiciales o qué situaciones de indefensión contaban en todo caso con un recurso o con un remedio jurisdiccional al margen de que en esta etapa se consideraran infracciones puramente procesales o no.

La segunda aclaración que quiero hacer se refiere a la sistemática que voy a utilizar para exponer los medios de impugnación existentes antes de la entrada en vigor de la Constitución. Para ello, tomaré como referencia un criterio adoptado por J. Guasp y que, a pesar de no acogerse por la doctrina procesalista como un criterio importante y determinante en la clasificación de los medios de impugnación, resulta especialmente sugerente para la finalidad de este trabajo.

Al estudiar algunos medios de impugnación de sentencias de carácter extraordinario en el proceso civil, J. Guasp distinguió entre aquellos que tenían por objeto atacar la injusticia de la sentencia por motivos imputables al órgano jurisdiccional y aquellos otros en los que la injusticia de la resolución judicial derivaba de causas absolutamente ajenas a cómo se había desarrollado el proceso y, en consecuencia, a la actuación del órgano judicial. Aunque en ambos casos el medio de impugnación tenía por objetivo fundamental atacar una sentencia errónea o injusta, en el primer caso, el medio de impugnación se convertía en un instrumento importante para controlar la actuación del juez que había dictado la resolución recurrida. Sin embargo, en el segundo se trataba de rescindir una sentencia cuya injusticia no se derivaba a priori de la actuación errónea

del juez, de su equivocación a partir del material aportado por las partes al proceso, sino de causas ajenas o “trascendentes” –en palabras de Guasp— al proceso. En este segundo supuesto, es un hecho extraprocesal, generalmente que afecta al sentido del fallo de la sentencia, el que abre la puerta del recurso. Como ya se ha dicho, esta distinción la propuso Guasp sólo respecto de determinados recursos de carácter extraordinario: los de casación y de revisión previstos en la LEC de 1881. Según el referido autor, revisión y casación son recursos que se ventilan ante el mismo grado supremo de la jerarquía judicial y con los que se pretende la rescisión de una sentencia. Se trata, en ambos casos, de revisiones supremas. Ahora bien, mientras que la casación se funda en vicios causados en el proceso por el órgano judicial, la revisión lo hace por causas ajenas por completo tanto a la actividad *in iudicando* como *in procedendo* del órgano judicial¹³⁶.

Aunque J. Guasp utiliza este argumento para enfatizar y sostener que el recurso de casación debería ser considerado un recurso en interés del *ius litigatoris*, creo que puede extenderse este criterio diferenciador a otros medios de impugnación. Es cierto que esta distinción realizada por J. Guasp, con todos los matices a los que se ha hecho referencia, sólo tiene sentido respecto de los recursos extraordinarios, no para la apelación o medio de gravamen. Efectivamente, como ya se puso de manifiesto en el capítulo anterior, a través del medio de gravamen es posible (tanto en el modelo de la apelación plena como limitada) alegar tanto el error del juez, como la injusticia de la sentencia derivaba de cuestiones ajenas por completo a la actuación del juzgado, de ahí que hasta en los sistemas que tienen una apelación limitada se posibilite aportar nuevas pruebas que no se presentaron cuando se inició la acción y, que en consecuencia, no fueron tenidas en cuenta por el juez que dictó la primera resolución. De lo anterior se deriva claramente que el medio de gravamen es idóneo tanto para pretender la corrección de una sentencia errónea, ya sea imputable éste al juez, ya lo sea por causas ajenas a la actuación de éste. No obstante, no creo que este sea un motivo suficiente para descartar tal clasificación. El medio de gravamen, o la apelación, se incluirá como instrumento adecuado en ambos casos.

¹³⁶ Vid. J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T.II, cit., págs. 804-806. Lo que Guasp pretende enfatizando estas semejanzas es resaltar el carácter sustancialmente procesal del recurso de casación como medio de impugnación al servicio del *ius litigatoris* –y no del *ius constitutionis*—. Más adelante, en su libro, cuando se ocupa en exclusiva del recurso de revisión (págs. 924 y ss.), no desconoce que existen profundas diferencias entre ambas figuras.

Por último y en tercer lugar, debido a que las diferencias existentes en la ordenación de los recursos y medios de impugnación entre los distintos órdenes jurisdiccionales son muy acusadas, es necesario que su exposición se realice a continuación de forma autónoma.

4.1. Los mecanismos de reparación de la sentencia injusta o errónea en el orden civil.

La Ley de Bases para la Reforma del Enjuiciamiento Civil de 21 de junio de 1880¹³⁷ dio lugar a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) promulgada por el Real Decreto de 3 de febrero de 1881¹³⁸. Con carácter general, y no sólo en cuanto a la ordenación de los recursos, la Ley fue criticada por la doctrina¹³⁹. De ella se dijo que carecía de principios generales, de una parte general común a todos los institutos del proceso y que establecía una regulación de corte e ideología medieval que la hacían arcaica. A esto debía añadirse el hecho de carecer de un esquema sistemático, lo que implicaba que la regulación de determinados institutos estuviera dispersa por todo el texto. Además, el derecho procesal civil se regulaba en un sinnúmero de normas, lo que dificultaba en exceso una exposición sencilla del tema. Asimismo, al tratarse de una norma que ha estado en vigor más de un siglo, ha sido modificada en múltiples ocasiones.

Para exponer el funcionamiento de los medios de impugnación, se hace necesario explicar someramente cual era la composición orgánica en esta jurisdicción. La jurisdicción estaba organizada en cuatro niveles o peldaños. En el primero se encontraban los Juzgados de la Justicia Municipal¹⁴⁰, en el segundo, los Juzgados de Primera Instancia, en el tercero las Audiencias –tanto Territoriales como Provinciales— y en la cúspide el Tribunal Supremo.

¹³⁷ Gaceta núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

¹³⁸ Gacetas núms. 36 a 53, de 5 a 22 de febrero de 1881.

¹³⁹ Las críticas existieron desde un principio, si bien se fueron intensificando con el paso del tiempo. Vid., por ejemplo, J. Guasp, *Derecho Procesal Civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, págs. 48-49 y J. Montero Aroca en *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1982.

¹⁴⁰ Con anterioridad a la aprobación de la Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal, de 19 de julio de 1944, únicamente integraban este grupo los Juzgados municipales. Esta norma estableció una nueva organización creando tres tipos de Juzgados: los de Paz, los Municipales y los Comarcales.

El esquema de recursos previsto en la Ley no era el mismo para los “negocios comunes” que para los especiales y de escasa cuantía. En relación con los primeros, la antigua LEC preveía con carácter general dos instancias (primera instancia y recurso de apelación –o alzada–) además de un ulterior examen de tipo casacional, aunque este último no en todos los casos. Para los negocios de menor cuantía y los especiales, sin embargo, se preveía la doble instancia con carácter general pero no el recurso de casación que, como se verá más adelante, estaba reservado sólo para impugnar determinadas resoluciones judiciales que hubieran incurrido en alguno de los vicios o errores predeterminados legalmente. El conocimiento de los pleitos de menor cuantía venía atribuido a los Juzgados Municipales cuyas sentencias podían ser recurridas generalmente en apelación, recurso éste del que conocían los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales.

4.1.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.

4.1.1.1. La generalización del recurso de apelación.

La LEC de 1881 reconocía con carácter general el principio de doble instancia en toda clase de pleitos civiles. La regla general, prevista en el art. 382 de la LEC, era que las “sentencias definitivas de todo negocio y los autos resolutorios de excepciones dilatorias serán apelables (...)”. La misma regla general se reiteraba en el artículo 384 de la LEC, de la que se deriva, además, que no sólo todas las sentencias definitivas podían ser objeto de tal recurso, sino también aquellas otras resoluciones que hicieran imposible la continuación del proceso¹⁴¹.

Así, antes de la entrada en vigor de la Constitución, la segunda instancia estaba asegurada en toda clase de asuntos civiles, lo que posibilitaba un control por el Juez o

¹⁴¹ El conocimiento de todos los asuntos en primera instancia no estaba atribuido a una sola clase de jueces, por lo que el Juez o Tribunal competente para conocer de los recursos de apelación era el superior inmediato. Esto es, cuando la sentencia recurrida había sido dictada por un Juez municipal la competencia para conocer del recurso de apelación la ostentaba el Juez de Primera Instancia y cuando la sentencia que pretendía ser recurrida había sido dictada por éstos la competencia para el conocimiento de la apelación la ostentaban las Audiencias Territoriales o Provinciales. Debe señalarse, no obstante, que el recurso de apelación se interponía ante el órgano jurisdiccional que había dictado la resolución que se pretendía recurrir. Este órgano realizaba un primer control de la admisibilidad del recurso de apelación, atendiendo sobre todo, a los requisitos de forma y tiempo establecidos en la ley. Una vez el recurso era declarado admisible, se emplazaba a las partes para que comparecieran ante el órgano judicial competente para conocer del recurso, que no quedaba vinculado por la declaración de admisibilidad realizada por el órgano judicial *a quo*.

Tribunal *ad quem* del acierto o desacierto de la resolución recurrida respecto del derecho aplicado y de los hechos consignados en la misma¹⁴². La opción del legislador por la doble instancia en el proceso civil se basaba en el principio según el cual su establecimiento garantizaba mejor la justicia del fallo, es decir, servía a la finalidad típica del medio de gravamen a cuya naturaleza jurídica ya me he referido en el capítulo anterior. En la práctica, además, se convirtió en un medio idóneo para interesar la “impugnación” de la resolución judicial. La apelación constituía, pues, uno de los instrumentos para interesar la nulidad de la resolución judicial cuando en el procedimiento ante el Juez *a quo* se hubiera producido cualquier vicio no sólo en la tramitación del proceso sino también al dictar la sentencia. Es decir, existía un instrumento que aseguraba en todos los casos (con independencia de la cuantía y de la materia del pleito) la posibilidad de interponer una *querella* o *actio nulitatis*, o cualesquiera otras acciones de impugnación que conllevaran una declaración de nulidad de la sentencia apelada. Lo dicho respecto a la apelación como cauce idóneo para interesar la nulidad de la sentencia es tan sólo un ejemplo de cómo el medio de gravamen puede hacer las veces de “medio de impugnación”. Así, lo mismo podría decirse respecto de los errores de hecho o de derecho que se contuvieran en la sentencia: la apelación podía convertirse en el medio adecuado para la corrección de estos errores.

Hay que destacar, asimismo, que la apelación tuvo en esta etapa un papel importante en la medida en que vino a cubrir una laguna importante y es que la LEC no regulaba la llamada “oposición de tercero”. Dicho cauce, que es en realidad un medio para interesar la rescisión de sentencias definitivas, permitía en otros ordenamientos jurídicos como el italiano o el francés, que los terceros afectados en sus intereses por una resolución judicial pudieran impugnarla por considerarla contraria a Derecho¹⁴³. Sin embargo, la falta de previsión de la llamada oposición de tercero en nuestro país no trajo consigo la imposibilidad de que los terceros pudieran impugnar las sentencias que además de afectar a sus intereses fueran contrarias a Derecho, ya que la apelación se convirtió en el cauce apropiado para ello. Fue la interpretación judicial flexible de las normas reguladoras de la legitimación para la interposición del recurso de apelación, la

¹⁴² Con independencia de los motivos procesales o materiales en que se fundamentara el recurso de apelación, la sentencia del Tribunal *ad quem* no tenía sólo efectos rescisorios, por lo que una vez estimada la infracción procesal, debía decidir sobre el fondo del asunto.

¹⁴³ *Vid.*, en este sentido, J. Guasp, *Derecho Procesal Civil*, T. II, cit. pág. 727-728.

que permitió que este recurso hiciera las veces de la “oposición de tercero”¹⁴⁴. Este dato permite verificar de nuevo que la apelación se constituyó como un verdadero medio de impugnación de resoluciones judiciales de carácter universal, y de ahí que en este caso concreto viniera a suplir incluso las lagunas existentes en nuestro ordenamiento procesal.

4.1.1.2. El recurso de casación: Institución que asegura la vinculación del juez a las normas de orden público procesal.

Antes de entrar de lleno a analizar la regulación del recurso de casación civil tal y como estaba diseñado inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Constitución, me parece conveniente hacer una aclaración: sólo me voy a referir al régimen general del citado recurso ya que la compleja LEC de 1881 preveía casaciones especiales por razones tanto objetivas como subjetivas de las que no me ocupó en este trabajo.

a) La casación civil: un sistema de doble lista.

Como ya se expuso anteriormente, el sufrimiento de un gravamen o un perjuicio no era motivo suficiente para fundar el recurso de casación. Las causas que podían dar a su interposición estaban tasadas en la LEC que establecía dos modalidades casacionales distintas: de fondo –casación por infracción de ley o doctrina legal— y de forma –casación por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio—.

El primero de los que se ha hecho referencia, regulado en el art. 1692 LEC, podía interponerse por los siguientes motivos:

“1º Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrina legales aplicables al caso del pleito.

2º Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

¹⁴⁴ Debido a que la LEC no excluía expresamente la posibilidad de que los terceros afectados por la sentencia pudieran interponer recurso de apelación, la jurisprudencia, consciente de la falta de previsión legal de la “oposición de tercero” en nuestro sistema de impugnaciones, vino a admitir la legitimación de los terceros para interponer recurso de apelación contra aquellas sentencias que además de afectar a sus intereses fueran contrarias a Derecho.

3° Cuando el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

4° Cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias.

5° Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

6° Cuando por razón de la materia, haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo.

7° Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador”.

La casación por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio estaba regulada en el artículo 1693 que, al igual que en el caso anterior, contenía la enumeración de los supuestos en los que procedía su interposición, a saber:

“1° Por falta de emplazamiento en primera o segunda instancia, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio.

2° Por falta de personalidad en alguna de las partes o en el Procurador que la haya representado.

3° Por falta del recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando procediera con arreglo a derecho.

4° Por falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias.

5° Por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta haya podido producir indefensión.

6° Por incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el número 6 del artículo anterior.

7° Por haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces, cuya recusación, fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma, hubiese sido estimada o se hubiere denegado, siendo procedente.

8° Por haber sido dictada la sentencia por menos número de Jueces que el señalado por la Ley”.

Como puede observarse, existía una cierta confusión a la hora de realizar el reparto de motivos entre los artículos 1692 y 1693¹⁴⁵. Según ha observado un sector de la doctrina, el reparto de motivos realizado por el legislador no se hizo realmente atendiendo a una diferenciación entre infracción de ley material o procesal, sino al momento del proceso en el que se producía el vicio, esto es, en la propia sentencia (artículo 1692 LEC) o a lo largo del procedimiento, pero en cualquier caso antes de dictarse la sentencia o resolución definitiva (artículo 1693 LEC). Otros autores, entre ellos J. Guasp, no apreciaban dicha confusión. Según el referido autor, la clasificación de motivos entre los artículos 1692 y 1693 LEC tenía plena lógica. Los primeros, los contenidos en el artículo 1692 LEC y que podían dar lugar a la casación por infracción de ley, eran aquellos mediante los que se podían poner de manifiesto los vicios en los que el órgano judicial *a quo* hubiera podido incurrir al juzgar el fondo del asunto, ya supusieran éstos el incumplimiento de la ley procesal o material; por el contrario, los contenidos en el artículo 1693 LEC, esto es, los que podían dar lugar a la casación de forma, se referían al incumplimiento por parte del órgano judicial de determinados requisitos procesales previos al examen de fondo del asunto y que, en consecuencia, llevaban acarreada la invalidez de la resolución judicial¹⁴⁶. Según Guasp, por tanto, para comprender el reparto legal de motivos no debía atenderse a una distinción entre infracción de ley procesal y material, ni tampoco al momento en que se producía el vicio —antes o después de emitirse la sentencia—, sino a si el error se había producido al juzgar el fondo del asunto, en cuyo caso lo que se atacaba era la injusticia de la sentencia, o si el juez había incumplido determinados requisitos procesales previos al examen del fondo del asunto. De esta manera, mientras que para un sector de la doctrina el reparto de motivos era perfectamente coherente, para otros era una fuente de confusión.

Las consecuencias que la Ley preveía para el caso de que se estimara el recurso de casación no eran las mismas en ambos supuestos. Así, si se estimaba el recurso por infracción de doctrina legal, el Tribunal Supremo procedía, tras casar la sentencia de la

¹⁴⁵ Se establecían como infracción de ley o de la doctrina legal el que la sentencia fuera incongruente (artículo 1692.2 y 3 LEC), que en el fallo se contuvieran disposiciones contradictorias (artículo 1692.4 LEC) o que hubiera existido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción (artículo 1692.5 LEC). Estos motivos tienen un marcado carácter procesal y deberían haberse incluido en el artículo 1693 LEC en el que se regulaba la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

¹⁴⁶ J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 811-812.

Audiencia, a dictar otra sobre el fondo del asunto¹⁴⁷. Por el contrario, en los casos en los que el recurso de casación lo era por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, el Tribunal ordenaba reponer las actuaciones al estado que tenían cuando se cometió la falta, disponiendo las correcciones y prevenciones oportunas (*renvoi*).

b) La casación civil por quebrantamiento de “algunas” formas esenciales del juicio: acceso legal abierto.

El acceso a la casación no estaba asegurado siempre y cuando una resolución estuviera incurso en alguna de las causas o motivos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Los criterios legales que determinaban qué resoluciones eran impugnables a través de esta vía, respondían a diversos criterios:

El primero de ellos tenía que ver con el tipo de resoluciones a las que se permitía el acceso a la casación. La LEC establecía –art. 1689- que podían ser recurridas a través de esta vía las “sentencias” definitivas. No obstante, una interpretación sistemática de la LEC ampliaba la procedencia de este recurso contra todas aquellas resoluciones judiciales que, a pesar de ser interlocutorias y no definitivas, impedían la entrada al fondo del asunto, con el subsiguiente bloqueo de las actuaciones judiciales¹⁴⁸.

El segundo es el relativo a los órganos judiciales cuyas resoluciones podían ser controladas por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Efectivamente, no todas las “sentencias definitivas” podían ser recurridas en casación, sino sólo aquellas dictadas por las Audiencias, tanto Provinciales como Territoriales, y por los

¹⁴⁷ La obligación que la Ley procesal española imponía al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre el fondo del asunto una vez casada la sentencia impugnada, fue uno de los argumentos utilizados por la doctrina para considerar a la casación española tremendamente alejada de la surgida originariamente en Francia.

¹⁴⁸ Lo que debía entenderse por “sentencias definitivas” lo pretende aclarar el legislador en el art. 1690 LEC al que hago referencia a continuación en su redacción dada por Ley 46/1966, de 23 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además de las sentencias “que terminan en juicio” tendrán el concepto de definitivas: “1º. Las que recaendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación, y las que resuelvan los incidentes sobre la aprobación de cuentas de los administradores *ab intestato*, testamentarias y de los Síndicos de los concursos, en el caso del artículo 1245; 2º. Las que declaren haber o no lugar a oír a un litigante que haya sido condenado en rebeldía; 3º. Las que pongan término a los juicios de desahucio y a los de alimentos provisionales; 4º. Las pronunciadas en actos de jurisdicción voluntaria, en los casos establecidos por la Ley”. Las reglas previstas en esta norma también estaban sujetas a determinadas excepciones. Una de ellas era la prevista en el artículo 1695 que establecía que no procedía el recurso de casación “contra los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias, a no ser que se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provea en contradicción con lo ejecutoriado”.

amigables componedores (art. 1689 LEC 1881). Las dictadas en segunda instancia por los Jueces de Primera Instancia quedaron excluidas de este control casacional¹⁴⁹.

Las limitaciones expuestas con anterioridad lo eran para acceder a las dos modalidades casacionales: la prevista por infracción de ley o doctrina legal y la denominada por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Y aquí se acaban las semejanzas entre los dos tipos casacionales ya que el resto de las restricciones establecidas en la LEC lo eran sólo para el acceso a la casación por infracción de ley doctrina legal. El art. 1694 LEC disponía que no se daría el recurso a través de esta modalidad casacional en los siguientes supuestos:

“1º. En los juicios de menor cuantía, salvo que ésta exceda de 300.000 pesetas.

2º. En los incidentes de pobreza, cuando sean coincidentes las sentencias de primera y segunda instancia.

3º. En los juicios ejecutivos, en los posesorios ni en los demás en que después de terminados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto (...)”.

Se atendió, por tanto a dos criterios para excluir del recurso de casación por infracción de ley a determinadas resoluciones: uno cuantitativo o *summa gravaminis* y otro material. De lo expuesto se infiere claramente que el Legislador no protegía de la misma manera al litigante frente al error en el fondo del asunto que frente al incumplimiento por parte del juez de determinadas normas reguladoras del procedimiento.

La doctrina procesalista no se preocupó de explicar los motivos por los que el Legislador hizo más impugnables los vicios de forma que los de fondo. Dos factores, me parece, pudieron ser claves para ello, a saber:

El primero se refiere al binomio nulidad/validez formal del procedimiento y de la sentencia, que surge en el derecho romano y que se consolida en toda Europa a través del derecho común y de la llamada ciencia procesal moderna. Como ya se ha afirmado en otro lugar de este trabajo, en el derecho romano la justicia de la decisión judicial era ajena por completo al concepto de validez de la sentencia. Con carácter general, la nulidad se predicaba exclusivamente de las sentencias que habían sido dictadas en procedimientos aquejados de determinados vicios formales o por el incumplimiento de

¹⁴⁹ Debe señalarse, no obstante, que antes de la reforma operada por la Ley 46/1966, de 23 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley preveía que podían ser recurridas en casación las sentencias definitivas dictadas por los Jueces de Primera Instancia en los juicios de desahucio de que conozcan por apelación. A partir de la reforma de 1966, de este asunto conocían en apelación las Audiencias Provinciales.

determinados presupuestos procesales¹⁵⁰. La sentencia que se hubiera dictado en un proceso en que el juez hubiera incurrido en determinadas irregularidades formales era considerada nula, es decir, inexistente, sin que fuera preciso que la autoridad judicial, a través de un medio de impugnación específico, lo hiciera constar de ese modo¹⁵¹. La parte perjudicada por una sentencia que hubiera incurrido en nulidad como consecuencia de estos vicios podía dejar precluir los plazos para interponer la *apellatio* y promover en cualquier momento una acción con la finalidad de obtener una resolución judicial que declarara la inexistencia de la sentencia. Pero la idea de sentencia inexistente cambió por completo en el derecho estatutario. La adopción del principio, de origen germánico, de convalidación de todos los vicios de las sentencias si no se reclamaba contra ellas obligaba a la parte perjudicada a impugnar la sentencia dictada en el procedimiento aquejado de vicios de nulidad, so pena de que ésta se convirtiera en válida y desplegara todos sus efectos. Lo que hasta entonces era “nulo” se convirtió más tarde en “anulable”, ya que sólo si se reclamaba contra tales vicios se impedía que la resolución judicial adquiriera la categoría de cosa juzgada. Este era el precio que había que pagar para afirmar el principio de seguridad jurídica. En otras palabras, o se impugnaba la sentencia o ésta desplegaba todos sus efectos. Como contrapartida a esta obligación de recurrir, esto es, de impugnar la sentencia, se posibilitaron tanto vías ordinarias como extraordinarias para hacer valer los vicios de forma que daban lugar a la nulidad de la sentencia¹⁵². Surgió así, como remedio extremo y último para interesar la nulidad de las resoluciones judiciales inatacables por otras vías, la llamada *querella nulitatis*. Esta acción podía ser utilizada contra toda resolución judicial que hubiera incurrido en determinados vicios formales, con independencia de cuál hubiera sido el derecho aplicado o el juez que la hubiera dictado.

¹⁵⁰ Esta norma general tenía dos excepciones: también eran nulas e inexistentes las sentencias que contravinieran el *ius constitutionis* y las que hicieran imposible la consecución de la finalidad para la que estaba instituida la justicia: poner fin a las divergencias entre los ciudadanos. Empezando por estas últimas, se consideraban nulas, y por ello inexistentes, aquellas sentencias que, a pesar de ser válidas desde el punto de vista formal, condenasen a hacer un imposible o cuya parte dispositiva no permitiese comprender cuál era la decisión del juez. Vid. P. Calamandrei, *La casación civil*, T. I, Vol. I, cit., pág. 54. También existía la posibilidad, aunque muy limitada, de anular determinadas sentencias por contravenir el llamado *ius constitutionis*. *Ibíd.*, págs. 75 y ss.

¹⁵¹ La ley preveía, en todo caso, un mecanismo para declarar la nulidad de la sentencia, pero tal acción era considerada declarativa de su inexistencia, no constitutiva de su nulidad.

¹⁵² Como señalara P. Calamandrei (*La casación civil*, T. I, vol. II, pág. 168), la sentencia cuya nulidad viniera motivada por vicios de procedimiento era “más impugnabile” que aquella que erraba en el fondo del asunto.

En Europa ha existido pues, desde el derecho romano, una gran preocupación por el cumplimiento de las formas reguladoras del juicio y de la sentencia y de sus presupuestos procesales. De ahí que su incumplimiento acarrearra en todo caso, es decir, al margen del derecho aplicado, la nulidad del juicio en el que se habían producido. Eran considerados tan importantes que su alegación era posible tanto a través de los medios de gravamen como de los medios de impugnación, de forma que casi todos los recursos podían hacer las veces de *querella nulitatis*. Y así sucedió incluso con la casación por vicios *in procedendo*, que se convirtió en el cauce apropiado para alegar estos vicios. Es decir, vino a sustituir a la *querella nulitatis*. Siguiendo en este momento a P. Calamandrei, la superposición de institutos que se originó al admitir la casación por error *in iudicando* podía llevar perfectamente a que el acceso al recurso de casación por este último motivo tuviera un régimen de acceso más abierto que el previsto para la casación por infracción de ley. O, expresado en otros términos, que el acceso al recurso de casación por vicios *in procedendo* se hiciera en los mismo términos en los que procedía la interposición de la *querella nullitatis*. Sin duda, ésta puede ser una explicación que justifique el distinto tratamiento que el legislador español de finales del s. XIX estableció para el acceso al recurso de casación por vicios *in iudicando* y vicios *in prodendo*. Esta opinión también puede tener encaje si se tienen en cuenta las tesis de Chiovenda, que son en parte opuestas a las de P Calamandrei. Chiovenda sitúa en la *querella nulitatis* el antecedente más remoto del recurso de casación, en la medida en que, mediante aquella, según el autor, lo que realmente se pretendía era garantizar la exacta observancia de la ley y, como consecuencia, tenía un marcado carácter político¹⁵³. Téngase en cuenta que, según esta observación de Chiovenda, las normas procesales estaban consideradas más como obligaciones del poder público, del juez, que como garantías o derechos de los litigantes. Y de ahí que se exigiera un cumplimiento riguroso de las mismas en todo caso, con independencia del valor económico del pleito y del derecho aplicado en el mismo.

El segundo factor que pudo influir en que en nuestro país fueran más impugnables los vicios de forma que los de fondo es el papel que siempre ha tenido atribuido nuestro Tribunal Supremo. Tal y como se expuso anteriormente, al Supremo

¹⁵³ Vid. J. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, T. II, cit., págs. 567-568. Según este autor, el último fundamento de la *querella nulitatis* era “garantizar «la exacta observancia de la ley» por parte del juez y para impedirle hacer obra de legislador; así, la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del particular (*jus litigatoris*) a la del interés general (*jus constitutionis*) (...)”.

Tribunal de Justicia creado por la Constitución de 1812 se le asignó constitucionalmente el conocimiento de los recursos de nulidad que tenían por objeto asegurar el sometimiento del juez a las normas que “arreglan el proceso”.

Lo cierto es que el resultado de esta ordenación tan diferenciada del acceso a la casación, ya fuera por motivos de fondo o de forma, era inversamente proporcional en ambos casos: toda sentencia definitiva, que superara la *summa gravaminis* establecida en 600.000 pesetas, que incurriera en infracción de *cualquier* ley sustantiva, tenía asegurado el acceso a la casación; sin embargo, toda sentencia definitiva, al margen de la cuantía del pleito, sólo podía tener acceso a la casación si el vicio que se pretendía impugnar se encontraba entre los expresamente consignados en la ley. Lo importante de la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio es que no tenía por objeto asegurar el sometimiento del juez a todo lo que dispusiera la ley procesal¹⁵⁴, sino posibilitar que determinadas resoluciones judiciales aquejadas de los vicios de forma considerados más graves por el Legislador tuvieran una última oportunidad de ser anuladas por el Tribunal Supremo. Es decir, se atendió a la especial gravedad del incumplimiento por parte del juez de determinadas formalidades que se consideraban esenciales para la válida constitución de la relación procesal y de la marcha del proceso. Curiosamente, algunas de éstas eran las mismas que en el Derecho romano determinaban la inexistencia de la sentencia. En efecto, tal y como señalara Chiovenda a principios del siglo pasado, algunos de los motivos que acarrearán la nulidad de la sentencia y que podían ser hechos valer a través de la *querella nullitatis* en el derecho común, “nos los encontramos hoy en nuestro recurso de casación”¹⁵⁵. Entre tales vicios pueden citarse aquellos que tenían que ver con la nulidad por defectos en la construcción de la relación jurídico-procesal (ya sea de las partes o del órgano judicial), por defectos de forma en el proceso o en la sentencia.

La idea que perseguía este modelo, inspirándose en la *querella nullitatis*, tenía mucho sentido: el Tribunal sito en la cúspide del sistema siempre podría anular una sentencia que hubiera incurrido en los defectos de forma que el Legislador consideraba más dignos de protección. El problema era que el catálogo de motivos que podían dar lugar a la casación de forma en la LEC de 1881 no se consideraban, o al menos algunos

¹⁵⁴ De haber sido esta la finalidad esencial de la casación por quebrantamiento de forma se hubiera posibilitado, al igual que en la casación por infracción de ley, que se hubiera podido alegar cualquier infracción de la ley procesal a través de esta vía.

¹⁵⁵ J. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 567.

de ellos, los más graves. Según la mayoría de los autores que han escrito sobre el tema, podían producirse ciertas violaciones del derecho procesal que, siendo igual o más “esenciales” que las contenidas en el artículo 1693 LEC, no se recogían en éste. Para estos autores, estas violaciones debían haber podido ser controladas del mismo modo que las incluidas en el artículo 1693 LEC, esto es, poder ser alegadas ante la más alta instancia jurisdiccional del Estado. Lo que en realidad se venía a poner en cuestión por parte de la doctrina era el calificativo de esencialidad referido a las formas del juicio recogidas en el artículo 1693 LEC¹⁵⁶. Si determinadas garantías debían estar necesariamente, según algunos, incluidas en el 1693 LEC, otras, como la prevista en el apartado 4 del citado precepto, la falta de citación para sentencia definitiva, nunca debieron haberse incluido por no ser tan esenciales¹⁵⁷.

c) Una modalidad casacional: el recurso de casación en interés de la ley.

La casación en interés de ley, también estaba prevista en la LEC de 1881. Según disponía el artículo 1782 LEC, tan sólo el Ministerio Fiscal, en interés de la Ley, podía interponer “recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal” contra las resoluciones dictadas en los pleitos en los que no había sido parte¹⁵⁸. La redacción de este precepto legal suscitó grandes interrogantes entre la doctrina que merece la pena exponer en este momento porque ponen de relieve la verdadera naturaleza del recurso de casación español.

De la lectura literal del precepto se deducía claramente la imposibilidad de que el Ministerio Fiscal interpusiera recurso en interés de la ley por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio. El motivo de esta exclusión puede explicarse en que a

¹⁵⁶ Según J. Guasp (*Derecho Procesal Civil*, T. II, cit., págs. 848-849), “no existe ningún concepto o criterio positivo que diga, en cada caso, cuándo una exigencia no de fondo es esencial y cuándo no es esencial para un proceso: e incluso el empleo de la palabra podría llevar al resultado inexacto de que cualquier quebrantamiento de una forma que se entendiera esencial, aunque no estuviese taxativamente enumerada por la LEC, permitiría fundamentar un recurso de casación del que ahora se estudia; siendo así que no todas las formas esenciales, sino solamente las formas que se mencionan en el artículo 1693, de las cuales unas son esenciales y otras no, determinan la posibilidad de justificar objetivamente un recurso de casación no de fondo; [...]. Asimismo, L. Prieto Castro, *Manual de Derecho Procesal Civil*, T. II, Primera Parte, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1961, pág. 203, señala la inadecuación de la expresión “formas esenciales del juicio”. Según este autor, la LEC no definía cuales de estas formas debían considerarse esenciales, ni mucho menos concluir que tan sólo gozaban de este calificativo las enumeradas en el artículo 1693”.

¹⁵⁷ Vid, entre otros, J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 865.

¹⁵⁸ El artículo 1782 LEC establecía: “Podrá igualmente el Ministerio Fiscal en interés de la Ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal en los pleitos en los que no haya sido parte (...)”

través del mismo lo que se pretendía era satisfacer tan sólo un interés del litigante: anular aquellas sentencias dictadas en procedimientos en los que se hubiesen vulnerado determinadas normas de carácter procesal. Es decir, puede afirmarse que el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio era un instrumento que más que servir a las finalidades típicas de la casación en su sentido originario, venía a ser tan sólo un recurso en interés del litigante, y de ahí que se excluyera como motivo para fundar el recurso en interés de la ley. Este modo de entender la casación por errores *in iudicando* viene a confirmar las tesis de P. Calamandrei antes expuestas. Esta es la primera conclusión que cabe extraer de una lectura literal del artículo 1782 LEC. Sin embargo, no es la única. La segunda, como se verá, es más discutible. Debido a que el citado artículo establecía sin más limitaciones la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interpusiera el recurso de casación en interés de la ley, por infracción de ley o doctrina legal podía llegarse a la conclusión de que todos los ordinales contenidos en el artículo 1692 eran idóneos para fundar esta modalidad casacional. Esta interpretación podía dar lugar a que el Ministerio Fiscal interpusiera recurso de casación en interés de la ley contra una sentencia por no ser congruente con las peticiones de las partes, o porque otorgara menos de lo pedido por alguna de las partes o porque hubiera vulnerado la excepción de la cosa juzgada material. Es decir, según esta interpretación, el Ministerio Fiscal podía hacer uso del recurso de casación en interés de la ley no para proteger ésta, sino para tutelar intereses de los particulares¹⁵⁹. Algunos autores, basándose en el sentido para el que estaba instituido el recurso de casación en interés de la ley, que no era para otra cosa que para la defensa de ésta y en consecuencia del *ius constitutivum*, entendieron que el Ministerio Fiscal sólo podía fundar el mismo en el ordinal número 1 del artículo 1692, esto es, tan sólo cuando la sentencia contuviera violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley procesal¹⁶⁰. Según esta corriente doctrinal, sólo procedería el recurso si la finalidad

¹⁵⁹ Esa tutela sería además absolutamente ineficaz puesto que las sentencias dictadas en interés de la ley no afectaban a la situación particular creada por la sentencia impugnada.

¹⁶⁰ Pueden verse, entre otros, M. de la Plaza, “La casación civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, págs. 384-385. Según de la Plaza partiendo de que el objetivo del recurso de casación en interés de la ley es la defensa de ésta y no el interés particular de los litigantes “parece, no obstante, de buen sentido, que sólo es dado recurrir en el evento del núm. 1º del art. 1692, y sólo por ese motivo y no por los demás que, en mayor o menos medida, afectan a un interés de las partes; porque aun siendo innegable que al Estado pueda interesar que no se violen las normas jurídicas de valoración de la prueba, y las que condicionan la actividad decisoria del organismo jurisdiccional, lo mismo podría decirse del resto de los vicios in procedendo a que alude el art. 1693, y a esos sí que no es dudoso que no se refieren las normas de la Sección 9.ª del Título XXI del Libro II. Es razonable, pues, que el recurso, en este caso, se concrete,

perseguida con su interposición fuera la defensa del *ius constitutionis*. Lo anterior viene a corroborar lo que ya se ha dicho anteriormente respecto al recurso de casación civil implantado en España. En general y con la salvedad de lo dispuesto en el número 1 del artículo 1692, los motivos que podían dar lugar a su planteamiento estaban pensados más para la defensa de los intereses de los particulares que para servir a la defensa de la ley y, en consecuencia, a la unificación de la doctrina.

Debido a que a través del recurso en interés de ley se podían recurrir cualesquiera sentencias con independencia de cuál fuera el derecho aplicado y la cuantía del pleito, se posibilitaba que tuvieran acceso al Supremo Tribunal determinadas materias que, debido a las limitaciones establecidas por la *summa gravaminis*, no podían por lo general ser objeto de un recurso de casación ordinario y, en consecuencia, sobre las que no existía jurisprudencia.

Para facilitar esta labor de control sobre las resoluciones judiciales se atribuyeron al Ministerio Fiscal funciones inspectoras. Así, el Decreto de 2 de mayo de 1931¹⁶¹ ordenaba la publicación de las sentencias firmes dictadas por las Audiencias en los Boletines Oficiales correspondientes y confería al Ministerio Fiscal el seguimiento atento de las mismas con el fin de hacer uso del recurso en los casos en los que alguna de las sentencias fuera injusta por incurrir en infracción de ley o doctrina legal.

La interposición del recurso no estaba sujeta a plazo alguno y se entendían admitidas de derecho, es decir, en todo caso, posibilitándose la comparecencia a las partes que hubieran intervenido en el litigio. El artículo 1782 LEC establecía que las sentencias dictadas en este tipo de recursos no afectaban a las situaciones particulares de las partes, creadas por la resolución recurrida¹⁶², sino que servían únicamente “para crear jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito”. Esto suponía generalmente que ninguna de las partes compareciera en el litigio. Los

exclusivamente, a determinar, *sin más*, si el fallo contiene violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito”. En el mismo sentido, J. M^a Manresa Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. VII, Madrid, 1958, págs. 718-720.

¹⁶¹ El artículo 3º del Decreto, ratificado con fuerza de Ley por la de 30 de diciembre del mismo año, establecía: “Las sentencias firmes de las Audiencias en los juicios de menor cuantía deberán publicarse en los Boletines Oficiales de las provincias respectivas. El ministerio Fiscal seguirá atentamente la doctrina que en tales fallos se inicie, a fin de utilizar, si la creyere errónea o dañosa la facultad de recurrir en casación, que le reconoce el artículo 1.782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al declarar haber lugar al recurso, decidirá también si hay motivo para exigir responsabilidad a la Audiencia que hubiere dictado la sentencia injusta. Cuando, en definitiva, a consecuencia del proceso anterior o en virtud de acción penal directamente ejercitada por las partes o por el Ministerio público, se declarase que la ejecutoria de la Audiencia había sido determinada por un hecho constitutivo de delito, quedará abierto el camino legal para el recurso de revisión”.

¹⁶² Con la salvedad de lo dispuesto en la nota anterior.

Jueces y Tribunales jerárquicamente inferiores venían obligados por la LEC a seguir la doctrina legal fijada en las sentencias dictadas en los recursos de casación en interés de ley. Y puede afirmarse, con carácter general, que así lo hacían.

La previsión de esta modalidad casacional en la LEC no fue valorada de la misma manera por toda la doctrina. Mientras que los partidarios de un modelo casacional “puro” abogaban por el mantenimiento de esta modalidad impugnativa, los defensores de la idea subjetiva del proceso propugnaban su derogación. Entre estos últimos autores se encontraba J. Guasp. Según este autor, el recurso de casación en interés de la ley era “artificial” ya que con el mismo “no se trata de hacer justicia ni de desempeñar un cometido procesal, sino de que, con una función más de política jurídica que de realización del derecho, se obtengan declaraciones del Tribunal Supremo respecto a cuestiones discutidas y resueltas en un pleito para que sirvan con carácter general, independientemente de su aplicación al caso concreto que fue debatido”¹⁶³. Esta definición del recurso de casación se insertaba de forma plenamente coherente en la concepción del proceso y del recurso de casación que Guasp defendiera en todos sus trabajos, a la que ya antes he hecho referencia y que fue compartida por un importante sector de la doctrina de nuestro país.

Por último, ha de decirse que no fue mucha la frecuencia con la que se recurrió a esta modalidad impugnativa, como, por otra parte, sucedió en otros países en los que fue acogida¹⁶⁴.

d) Conclusión: modelo casacional imperfecto.

Las competencias asignadas al Tribunal Supremo a través de esta vía reflejan las dificultades de acomodo de la institución llamada *casación* en España a su homónima francesa. Efectivamente, el panorama que se ha descrito anteriormente está muy alejado de lo que se entendía como una casación pura. El modelo implantado en España se alejaba bastante del modelo de casación más puro y presentaba ciertas semejanzas con una tercera instancia limitada a la corrección de ciertas resoluciones judiciales. Como se ha visto, a través del recurso de casación vigente en esta etapa

¹⁶³ J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 906. En contra de esta tesis y a favor del mantenimiento del recurso de casación en interés de la Ley, vid. M. de la Plaza, *La casación civil*, cit., págs. 448 y siguientes.

¹⁶⁴ Vid., en este sentido, J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 905.

podían alegarse prácticamente todos los errores en los que podía haber incurrido el juzgador en la sentencia: desde los hechos, hasta determinados errores de procedimiento y de aplicación del derecho sustantivo o material. La limitación, por tanto, operaba más sobre las resoluciones que podían tener acceso a esta vía que sobre los motivos que podían invocarse a su través.

Dos son los datos fundamentales que llevan a realizar tales afirmaciones, a saber.

El primero de ellos es el control de los hechos en la casación. Si bien en la casación no podían aportarse nuevos hechos ni nuevas pruebas, la Ley sí permitía que esta vía fuera utilizada –aunque de forma muy restringida– para aquellos casos en los que el error fáctico era imputable al juzgador¹⁶⁵. El Tribunal Supremo, aunque en casos contados, no sólo podía, sino que debía examinar de nuevo el material fáctico aportado al proceso. Este dato pone de manifiesto que, en estos casos, el único interés perseguido mediante la interposición del recurso fuera la defensa del *ius litigatoris*, ya que la corrección de un error fáctico evidente nada tiene que ver con la defensa de la ley ni con la unificación de doctrina.

El segundo tiene que ver con la utilización de la casación para hacer las veces, dicho sea analógicamente, de la *querella nullitatis* en los términos anteriormente expuestos. La finalidad de la casación en estos casos también se apartaba considerablemente de los fines para los que ésta se instituyó en la medida en que el objeto protegido mediante el recurso no era tanto la defensa del *ius constitutionis* como del interés privado del litigante.

Este modelo cuasicasacional no fue objeto de fuertes resistencias por parte de la mayoría de la doctrina procesalista. Algunos de nuestros más ilustres procesalistas, como J. Guasp, pusieron en duda su finalidad nomofiláctica y uniformadora¹⁶⁶. Guasp negaba que éstas fueran las finalidades de la casación no sólo por el modo en que ésta había sido regulada legalmente, sino también y fundamentalmente por la idea de proceso que inspiró toda su obra. Según este autor, la función del proceso no es, o

¹⁶⁵ Las facultades que tenía el Tribunal Supremo para corregir este tipo de errores eran muy limitadas. Así se condicionaba a que el error de hecho susceptible de ser corregido resultara de documentos o actos auténticos que demostraran la equivocación evidente del juzgador. Además de que la ley dejaba muy poco margen al Tribunal, éste operó con criterios muy restrictivos.

¹⁶⁶ J. Guasp (*Derecho Procesal Civil*, T.II (Parte especial), 3ª ed. corregida, Madrid, 1968, pág. 807-808) definió la casación como aquel recurso supremo del que conoce el máximo órgano de la jerarquía judicial a través del cual se ataca directamente un cierto fallo judicial en virtud de vicios inmanentes al proceso en que fue dictado.

mejor, no debe ser, la protección del ordenamiento jurídico ni del derecho objetivo, ni tampoco el mantenimiento de su unidad, sino únicamente la satisfacción de pretensiones jurídicas subjetivas que las partes presentan ante el Juez¹⁶⁷. Por eso, para Guasp, juez ha de ser el que soluciona casos concretos, no el que dedica sus esfuerzos a la defensa del derecho objetivamente considerado, ya que ambas funciones son en muchos casos incompatibles. Y según Guasp, esto era lo que sucedía en la práctica en nuestro país, ya que el propio Tribunal Supremo, “salvo un breve y por otra parte meritísimo paréntesis en su evolución, no ha hecho verdaderas construcciones generalizadoras de los casos planteados, sino que ha tratado de resolverlos en atención a sus fundamentos particulares y concretos”¹⁶⁸.

Las opiniones de J. Guasp a propósito de la naturaleza de la casación sirven para constatar que en nuestro país también se produjo un debate sobre la necesidad y

¹⁶⁷ Respecto a las funciones nomofiláctica y uniformadora que un sector doctrinal atribuía al recurso de casación, J. Guasp (*Derecho Procesal Civil*, T.II, Parte especial, cit., pág. 810) señaló: “(...) en lo que toca a la llamada función uniformadora (...) en un proceso no se trata de conseguir la igualdad en la determinación o en la aplicación de la ley, la unidad del ordenamiento jurídico, la resolución de lagunas o de contradicciones, ya que todo esto es el instrumental del proceso. (...) Una cosa es, en efecto, que al aplicar la ley los Tribunales se guíen por un criterio lógico de uniformidad, y otra cosa es que se monte un Tribunal con la finalidad exclusiva de lograrla. De este modo sólo se consigue desnaturalizar la verdadera esencia de la función jurisdiccional. (...). La defensa de la ley y la uniformidad de su aplicación no son, en modo alguno, tareas procesales; si hacen falta organismos especialmente dedicados a concederlas, tendrán que crearse *ad hoc* y hacerlos encarnar en instituciones distintas a las del proceso. (...). La idea de la casación, como una institución defensiva de la ley o uniformizadora de su realización, tiene, sin duda, un origen histórico bien conocido y explicado. Mas este origen histórico demuestra precisamente la contingencia y la relatividad con que tiene que mirarse la explicación dominante de la figura”.

¹⁶⁸ Esta frase de J. Guasp pertenece a un párrafo más amplio en el que el autor ponía de manifiesto la falta de adhesión en España al recurso de casación en su sentido originario. Por la importancia del mismo, que da buena cuenta de lo que fue en realidad la casación, procedo a transcribirlo en toda su extensión: “(...) en España, la falta de adhesión a la idea de casación, tal cómo esta se manifiesta en toda su pureza, demuestra abrumadoramente el escaso, por no decir nulo, arraigo de ella en la conciencia jurídica, no ya lega, sino especializada y técnica. La casación no la sienten ni los litigantes ni los defensores, tantas veces desesperados ante la imposibilidad de encajar en ningún motivo legal concreto flagrantes casos de injusticia de hecho. No lo sienten los Tribunales ni el propio Tribunal Supremo, que, salvo un breve y meritísimo paréntesis en su evolución, no ha hecho verdaderas construcciones generalizadas de los casos planteados, sino que ha tratado de resolverlos en atención a sus fundamentos particulares y concretos. No la siente el Ministerio Fiscal, que en rarísimas ocasiones ha hecho uso del recurso en interés de la Ley, verdadera piedra de conocimiento de la casación pura, como nuestra legislación la ofrece. No la siente, finalmente el propio legislador el cual ya, al regularla en la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo en ella dos notas francamente desvirtuadoras de su auténtica esencia: la casación por error de hecho y el fallo en cuanto al fondo por el Tribunal Supremo en las infracciones de ley, apartándose, por otra parte, cada vez más, en la legislación moderna, de la figura de la casación, para ir recogiendo, con mayor o menos fortuna otras instituciones distintas que pretenden sustituirla”. Estas frases fueron pronunciadas por J. Guasp en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en mayo de 1950 y han sido reproducidas por P. Aragonese Alonso en su artículo “Notas sobre la casación y la jurisprudencia, *Revista de Derecho Procesal*, núm. XXX, págs. 12-13.

conveniencia de un recurso de casación en sentido estricto o de un recurso extraordinario que se asemejara más a una tercera instancia¹⁶⁹.

4.1.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones: su utilización abusiva.

Junto a estos recursos, o medios de impugnación de resoluciones judiciales, previstos en la LEC, también existía un incidente de nulidad de actuaciones para denunciar los errores en los que hubiera incurrido el juzgador. La regulación del incidente era parca e imprecisa ya que se hacía de forma conjunta con el resto de los incidentes¹⁷⁰. Sólo dos preceptos se referían al mismo de forma específica. Por un lado, el artículo 742 LEC establecía que para que una cuestión pudiera ser conocida a través de esta vía, esto es, para que pudiera ser considerada como incidental, debería tener relación inmediata con el asunto del pleito “o con la validez del procedimiento.” Por otro, el artículo 745 LEC disponía que debían considerarse incidentes y, en consecuencia, tramitarse por la vía incidental, aquellas pretensiones que tuvieran por objeto “la nulidad de actuaciones o de alguna providencia”. Debido a esta parquedad en la regulación, la jurisprudencia tuvo que ir configurando su régimen jurídico.

Antes de dar cuenta más detallada del incidente de nulidad de actuaciones, considero oportuno recordar, con carácter previo, los medios de los que disponía el litigante perjudicado para solicitar la reparación de los vicios de nulidad en los que hubiera incurrido la sentencia. Como ya se ha visto, uno de los mecanismos esenciales para combatir las nulidades eran los recursos establecidos legalmente. La apelación y la casación eran medios adecuados para interesar la declaración de nulidad de una resolución judicial, pero no los únicos. La LEC contemplaba otros trámites específicos cuyo objeto era precisamente la denuncia y corrección de determinados vicios procesales¹⁷¹. El recurso de revisión y la audiencia al rebelde eran también mecanismos

¹⁶⁹ En el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Madrid en mayo de 1950 se abordó precisamente este tema. Los debates que tuvieron lugar en el mismo se encuentran publicados con el título *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Instituto Español de Derecho Procesal*, Gráficas Clemares, Madrid, 1950. Un resumen acerca de las posiciones mantenidas a favor del mantenimiento de casación (M. De la Plaza) y en contra (J. Guasp) pueden verse en P. Aragonese Alonso, “Notas sobre la casación y la jurisprudencia”, cit., en especial págs. 10-13.

¹⁷⁰ La regulación de los incidentes en general y del de nulidad de actuaciones en particular, se preveía en los arts. 741 a 761 LEC.

¹⁷¹ Entre otros, por ejemplo, las excepciones dilatorias, la comparecencia en el juicio de menor cuantía. A través de los recursos interlocutorios, como la reposición, era también posible denunciar determinados vicios procesales.

mediante los cuales podía solicitarse la rescisión de una sentencia nula. En ambos casos porque los motivos en los que podían fundarse producían también la nulidad de la sentencia. El incidente de nulidad de actuaciones era, por tanto, un instrumento más de los previstos en la Ley para la declaración de nulidad de determinadas actuaciones y resoluciones judiciales, pero no era el único ni el que procedía interponer con carácter preferente.

La parquedad en la regulación legal, y la mala y confusa configuración jurisprudencial del incidente de nulidad de actuaciones, hicieron que éste no fuera utilizado correctamente ni por los Tribunales de Justicia ni por los litigantes, que no en pocos casos procedían a su interposición de forma abusiva, con el sólo objeto de dilatar el proceso, ya que su interposición suspendía en todo caso el curso del proceso. El mal uso del incidente por parte de los litigantes no era, sin embargo, la causa principal, ni quizás la más importante, de los problemas que generaba la existencia del incidente de nulidad de actuaciones. Junto a la ya señalada mala regulación legal y configuración jurisprudencial, la disparidad de criterios jurisprudenciales era también responsable de esta situación. La confusión que reinaba en cuanto a su procedencia invitaba a cualquier litigante, no necesariamente temerario, a plantear el incidente porque, en realidad, la respuesta del órgano judicial ante tal actuación no era previsible. Como señaló M. Morón fue “la falta de uniformidad de criterios en orden a la admisibilidad del incidente y, en realidad, la falta de ideas y de conceptos exactos [hicieron] que [fuera] difícil decidir cuando el planteamiento [era] pertinente y adecuado o temerario y abusivo”¹⁷². La doctrina puso de relieve los perjuicios que esta confusión ocasionaba en el ámbito del proceso civil¹⁷³.

¿Cuándo procedía la interposición del incidente de nulidad de actuaciones? ¿A qué nulidades se refería la LEC? Esto último, que era el *quid* de la cuestión, no estaba, curiosamente, previsto en la LEC. Ni la jurisprudencia ni la doctrina se ponía de

¹⁷² M. Morón Palomino, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1947, pág. 24.

¹⁷³ Es habitual encontrar en la doctrina críticas a la mala utilización de este instrumento. F. Pera Verdaguer (*Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956*, Barcelona, 1969, pág. 742) afirmó que el incidente de nulidad de actuaciones “plantea uno de los problemas más graves en el proceso civil español.” Asimismo, más recientemente, M. Serra Domínguez, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V. Cortés Domínguez (coord.), Madrid, 1985, pág. 626) señalaba que “precisamente el incidente de nulidad de actuaciones constituye el más claro ejemplo del fracaso jurisprudencial en la aplicación de las mejoras introducidas por la LEC. La jurisprudencia, [...] tanto al regular el incidente como un recurso extraordinario que sólo procedía una vez agotados los recursos ordinarios, como al permitir recursos de nulidad de resoluciones judiciales notificadas y recurridas por las partes, ha desvirtuado totalmente el incidente de nulidad de actuaciones, y lo ha convertido en un arma idónea para la picaresca procesal”.

acuerdo sobre qué vicios producían necesariamente la nulidad del acto procesal por no ser susceptibles de subsanación. Esto se debía a que, como ya apuntara E. J. Couture, la nulidad va tremendamente unida a lo dispuesto por el derecho positivo, de tal manera que se hace imposible determinar, sin tener en cuenta la legislación vigente de cada Estado, qué actos dictados al margen o contra la ley llevan aparejados el calificativo de nulos¹⁷⁴.

Tampoco existía acuerdo sobre qué actos procesales potencialmente nulos eran susceptibles de ser impugnados a través del incidente de nulidad de actuaciones. Se debatía si el incidente de nulidad de actuaciones era un instrumento mediante el que se podían denunciar solamente las nulidades procedimentales, producidas durante la tramitación del procedimiento y referidas a la forma de los actos o si, por el contrario, también se podía interesar a través del incidente la nulidad de la constitución de la relación procesal, e incluso de la propia sentencia.

El Tribunal Supremo lo configuró como un recurso extraordinario, que sólo procedía interponer cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios, y que sólo podían plantear las partes, nunca terceros que no hubieran tomado parte en el juicio. En cuanto a qué nulidades podían ser conocidas a través del incidente, el Alto Tribunal entendió en la mayoría de sus sentencias que a través del incidente sólo podían ventilarse cuestiones de forma o infracciones de las reglas de procedimiento. Pero también lo admitió como cauce adecuado para corregir determinados errores de fondo, dando lugar a que en algunos supuestos funcionara como un verdadero recurso, que procedía incluso contra sentencias que habían adquirido firmeza.

No obstante, también fue utilizado por los Jueces y Tribunales como verdadero incidente, mediante el cual se declaraba la nulidad de determinadas actuaciones, tanto judiciales como de las partes, por defectos de forma acaecidos durante las vistas, las comparecencias, en los actos de notificación, etc. En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones era utilizado tanto para interesar la declaración de nulidad de una providencia que debía haber adoptado la forma de auto, como para solicitar la nulidad de una diligencia de ordenación que no había sido notificada a las partes, como para declarar la nulidad de la sentencia una vez que ésta había alcanzado firmeza. El incidente se convirtió en el medio idóneo para poder impugnar en algunos casos

¹⁷⁴ Según E. J. Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª ed. He manejado la 18ª reimp, 1997, págs. 386-387), “las fórmulas de nulidad pueden ser establecidas en cada derecho positivo, por el legislador, guiándose por exigencias sociales o políticas [por lo que] [N]o coinciden en esta materia los textos de los diversos códigos, aun los de orientación más similar”.

sentencias que adolecían de determinados vicios de nulidad contra las que, según la ley, ya no cabía recurso alguno.

En este sentido, J. Guasp, que, como el resto de la doctrina fue muy crítico con la regulación del incidente, apuntó al respecto: “[...] la alusión a la nulidad de actuaciones del artículo 745 ha llevado a la práctica a desvirtuar la verdadera esencia del incidente de nulidad, convirtiéndolo en un recurso extraordinario de nulidad que sirve para impugnar actuaciones judiciales aunque no se plantee en ellas ninguna cuestión anormal, sino que se trate de repetir los mismos extremos de un debate, resuelto ya en la actuación que se impugna”¹⁷⁵. Lo que se previó como incidente acabó pues convirtiéndose en verdadero recurso de nulidad, en el que se podía debatir de nuevo el fondo del asunto.

Se trataba, por tanto, de un instrumento que originaba una gran confusión puesto que no existía uniformidad de criterio en relación con su procedencia y viabilidad. Como se verá más adelante, su mala puesta en práctica fue decisiva para que en 1984 se procediera a su supresión.

El juez competente para conocer del incidente de nulidad de actuaciones era según la LEC el mismo que tenía atribuido el conocimiento del asunto principal y contra lo decidido en el mismo las partes podían interponer recurso de suplicación ante el mismo órgano judicial¹⁷⁶.

4.1.2. Las vías procesales de reparación del error o injusticia de la sentencia cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.

Junto con los medios de impugnación a los que se ha hecho referencia, la LEC establecía otros instrumentos a través de los que podía interesarse la rescisión o anulación de la sentencia que se consideraba injusta y contraria a derecho. Como ya he señalado antes, el motivo de la injusticia de la sentencia no se debía a la actuación errónea del juez a la hora de ordenar el proceso, de fijar los hechos del caso o de aplicar el derecho sustantivo. Causas ajenas a la actuación del juez *en o durante* el proceso son

¹⁷⁵ J. Guasp, *Derecho procesal civil*, T. II, cit., pág. 668.

¹⁷⁶ Los artículos 759 y 760 LEC disponían que si el incidente de nulidad de actuaciones se había promovido en la segunda instancia o durante la tramitación de un recurso de casación, podía interponerse recurso de súplica contra la resolución judicial resolutoria del incidente ante la misma Sala que hubiera dictado aquélla.

las que abrían este otro tipo de recursos o medios de impugnación. De ahí que se pueda afirmar que estos mecanismos no estaban instituidos para controlar a un poder público –el Poder Judicial- sino por razones de justicia material.

4.1.2.1. El recurso de revisión.

La LEC de 1881 atribuía al Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de revisión contra resoluciones dictadas por cualesquiera órganos jurisdiccionales del orden civil. El único requisito que se exigía para su procedencia era que la sentencia o resolución que se fuera a impugnar a través de esta vía fuera firmes, esto es, irrecurrible y que gozara de los efectos de cosa juzgada¹⁷⁷. No se exigía que la parte perjudicada no hubiera interpuesto contra la sentencia que se pretendía recurrir ningún medio de impugnación con la finalidad de cambiar el sentido de la resolución aunque esta pudiera resultar discutible o incluso errónea desde el punto de vista del derecho aplicado. No había, en consecuencia, ninguna otra restricción para acceder a este recurso: podían recurrir todas las sentencias firmes e irrecurribles, con independencia de su cuantía y de la materia.

Los motivos en los que podía fundarse el recurso estaban previstos en el artículo 1796 LEC:

“1º Si después de pronunciada [la sentencia] se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

2º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos, o cuya falsedad se reconociere o declarare después.

3º. Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4º. Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.”

¹⁷⁷ Así lo establecía el artículo 1797 LEC: “El recurso de revisión sólo podrá tener lugar cuando hubiera recaído sentencia firme”. No obstante, a pesar de esta previsión legal, la jurisprudencia vino admitiendo el recurso de revisión contra aquellas resoluciones judiciales que, aun no siendo sentencias, producían los mismo efectos. *Vid.* al respecto, V. Moreno Catena, “La revisión y la audiencia al rebelde”, *Derecho Procesal*, T. I, Vol. II, cit., pág. 85. Existía, no obstante, una excepción a la regla general: no se admitían la revisión contra las sentencias dictadas en procesos sumarios, ya que el juicio podía reproducirse en un proceso plenario posterior.

La lista de motivos era tasada, por lo que la revisión no procedía por motivos que aun siendo similares a los apuntados no se contuvieran expresamente en el citado artículo. Además, la jurisprudencia procedió a establecer una interpretación muy restrictiva de los mismos.

Conviene detenerse un momento en el carácter de los motivos que podían dar lugar al recurso de revisión. Como puede observarse, son dos las características comunes a los tres primeros motivos. Por un lado, se trata de motivos que tienen por objeto alterar tan sólo el relato fáctico que determinó el sentido del fallo contenido en la sentencia, es decir, de determinados acontecimientos externos al proceso, como un nuevo documento o la declaración de falsedad de una de las pruebas, que desvirtúan por completo el material utilizado por el juez para emitir su fallo. Por otro, se trata de motivos que nada tienen que ver con la actuación del juez durante el proceso. El medio de impugnación en este caso no tiene por objeto la corrección de errores en los que hubiere podido incurrir el juzgador voluntaria o involuntariamente. Lo relevante en esta lista de motivos no es la actuación judicial, que pudo ser más o menos acertada, sino un hecho extraprocesal ajeno al proceso. La revisión, a diferencia de otros medios de impugnación, no es, por tanto, un medio de control de la actuación de un poder público. De ahí que, a través de este recurso se pudiera hacer valer el principio de audiencia si se demostraba que el demandante, a pesar de conocer el domicilio del demandado, lo ocultó al juez, impidiendo en consecuencia su personación en los autos, para poder ganar fácilmente el litigio.

El último motivo contenido en el artículo 1796 LEC, aunque aparentemente no comparte las características anteriormente descritas, no difiere sustancialmente en su significado del resto de los motivos. El apartado 4º del artículo 1796 LEC se refiere a la actuación del órgano jurisdiccional durante el proceso y en el momento de emitir el fallo. La Ley se refiere a dos variantes. La primera es que el juez, bien por coacción, violencia o maquinación fraudulenta hacia su persona o hacia una de las partes, procediera a emitir un fallo injusto. La segunda es el cohecho. En este último caso no media violencia o intimidación hacia el juez, sino que se produce un concurso de voluntades entre el órgano judicial y un tercero para que el primero dicte una sentencia injusta a sabiendas de que lo es. En ambos casos es también un hecho externo, ajeno al proceso, el que determina el sentido del fallo, no el error o la equivocación manifiesta del juzgador. Se trata, en definitiva, de supuestos de fraude procesal.

Según un sector de la doctrina, existían algunas diferencias entre este último motivo y los anteriores. Estas diferencias tenían que ver, en esencia, con los requisitos exigidos en unos y en otro caso en el momento de determinar la procedencia del recurso de revisión. A la hora de considerar la procedencia del recurso de revisión por cualquiera de los tres primeros motivos no bastaba con verificar su concurrencia, se exigía además una relación de causalidad entre éstos y el resultado del proceso. El órgano judicial verificaba si la concurrencia del motivo podría hacer afectado al sentido del fallo. Esto no se exigía en el cuarto supuesto. Bastaba con probar la existencia de violencia, intimidación, cohecho o maquinación fraudulenta para admitir y estimar el recurso de revisión, puesto que su simple concurrencia significaba que el juicio había sido ganado injustamente. En otras palabras, la revisión se concedía en atención al *modo* en que se había ganado el pleito, con independencia de la justicia del resultado. El órgano judicial no entraba bajo ningún concepto a valorar la relación de causalidad entre la violencia y el sentido del fallo, esto es, no se tenía en cuenta la justicia material de la sentencia. Esto significaba que el dispositivo de la nueva sentencia dictada en el *iudicium rescissorium* podría contener un fallo idéntico al de la sentencia rescindida. Desde esta perspectiva, es evidente que con la revisión también se pretendía asegurar una determinada idea de proceso, en el que lo determinante no era tan sólo la corrección o la justicia del fallo, sino también la forma en que se desarrollaba. Ante la existencia de un fraude procesal que ponía a una de las partes en desventaja en cuanto a sus posibilidades de defensa, el legislador no se conformaba con una comprobación de la justicia del resultado del proceso, sino que ordenaba su rescisión con la finalidad de que el mismo volviera a tener lugar.

En general, se trata de motivos cuya concurrencia podría afectar al sentido del fallo. Estos motivos permitían la revisión de sentencias dictadas con absoluta corrección y acierto, a la vista de lo acaecido en el proceso. Pero también permitían la revisión, curiosamente, de aquellas otras, que aun siendo injustas por la equivocación evidente del juzgador en cuanto a la aplicación del derecho, no podían ser corregidas por un nuevo órgano judicial al no preverse en la Ley ningún medio de impugnación. Pero el derecho a la revisión en este último caso no surgía por la actuación del poder público, es decir, del juez, que se equivocó al juzgar, sino por un hecho ajeno por completo a la actividad jurisdiccional.

Por último, ha de volver a insistirse en el carácter negativo del juicio de revisión. El Tribunal Supremo se limitaba a realizar un *iudicium rescindens*,

devolviendo a continuación las actuaciones al órgano judicial que había dictado la sentencia revisada con el fin de que las partes hicieran uso de sus derechos, entre ellos, dar de nuevo impulso a las actuaciones. En esta segunda fase, el juzgador se hallaba vinculado por las declaraciones que el Tribunal Supremo había realizado en la sentencia que había dado lugar a la revisión. Nada impedía, en todo caso, que el órgano judicial dictara una nueva sentencia en el *iudicium rescissorium* con un fallo idéntico al contenido en la sentencia revisada.

4.1.2.2. El recurso de audiencia al rebelde.

El recurso de audiencia al rebelde también estaba contemplado de la LEC de 1881 con la finalidad de preservar el principio *nemo debet inaudito damnari* en aquellos casos en los que, a pesar de haberse realizado el emplazamiento de conformidad con lo previsto en la ley, la parte procesal no tuvo conocimiento del litigio y, en consecuencia, no compareció ni pudo ser oído.

La LEC regulaba con bastante detalle los supuestos en los que procedía tal recurso. Así, si el demandado había sido emplazado personalmente no se admitía el recurso, salvo que el recurrente “acreditare cumplidamente que, en todo el tiempo transcurrido desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida” (art. 774 LEC). En los casos en los que el demandado rebelde hubiera sido emplazado por cédula entregada a otros que la ley facultaba (parientes, familiares, etc.) éste debía acreditar que “una causa no imputable al mismo [había] impedido que la cédula de emplazamiento le [hubiera] sido entregada” (art. 776.2ª LEC). Por último, el demandado rebelde al que se le hubiera procedido a notificar la existencia del proceso mediante edictos por carecer de domicilio conocido debía acreditar, por un lado, “haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia” y, por otro, “que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse los edictos para emplazarlo”. La interposición del recurso estaba sometida a un plazo que no era el mismo para todos los casos.

Al igual que la revisión, el recurso de audiencia al rebelde se sustanciaba en dos fases. En la primera, que era en la que tenía lugar el *iudicium rescindens*, el órgano

judicial¹⁷⁸ verificaba si se cumplían los requisitos establecidos por la Ley para que procediera la audiencia al rebelde. Naturalmente, la estimación del recurso en esta primera fase conllevaba la rescisión de la sentencia dictada en el procedimiento en rebeldía. La segunda fase, que era la rescisoria, consistía en una repetición del proceso en el que el demandado rebelde podía hacer alegaciones y proponer las pruebas que considerara oportunas¹⁷⁹.

4.1.2.3. El medio de gravamen: la posibilidad de presentar nuevas pruebas.

Junto a estos recursos, o acciones autónomas como los considera un cierto sector doctrinal, hay que incluir el recurso de apelación en la medida en que a su través sí se posibilitaba modificar el sentido del fallo de la sentencia impugnada cuando su incorrección o desacierto no fuera consecuencia de la actuación del juzgador. La LEC de 1881, a pesar de prever una apelación limitada, sí posibilitaba presentar nuevas pruebas ante el Tribunal *ad quem*. Los apartados 3º y 41 del art. 862 de la antigua LEC permitían que se abriera de nuevo el proceso a prueba cuando hubiere ocurrido un hecho nuevo, de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en la primera instancia y cuando después de dicho término hubiese llegado al conocimiento de una parte procesal un hecho de influencia notoria para el pleito y que desconocía previamente. Es evidente que estas causas son tremendamente semejantes a aquellas que pueden abrir el recurso de revisión y, en todo caso, comparten con aquélla el carácter no revisor de la actuación del juez que dictó la sentencia recurrida.

Asimismo, el recurso de apelación podía ser interpuesto, en lugar del recurso de audiencia al rebelde, en aquellos casos en los que el que había permanecido en rebeldía en primera instancia –porque no tuvo conocimiento del proceso— tiene conocimiento de la acción dirigida contra él dentro del plazo establecido legalmente para recurrir en

¹⁷⁸ La competencia para conocer del recurso de audiencia al rebelde variaba en atención al grado judicial del que procedía la sentencia impugnada. Salvo en el caso de que la sentencia contra la que se dirigía el recurso de audiencia al rebelde hubiera sido dictada por el Tribunal Supremo o por una Audiencia, en cuyo caso el conocimiento del recurso se atribuía al mismo órgano judicial, la Ley preveía que conociera del citado recurso el órgano judicial superior en grado. En este sentido, artículos 786 y 789 LEC.

¹⁷⁹ La forma de proceder en esta segunda fase estaba regulada en el artículo 783 LEC. El órgano judicial competente para conocer de esta segunda fase era, en todos los casos, el mismo que había dictado la sentencia rescindida en revisión.

apelación. En estos casos, el juez o Tribunal *ad quem*, tal y como establecía el artículo 862.5, estaba obligado a abrir el proceso a prueba.

Estas dos posibilidades que permitía la apelación de la LEC de 1881 ponen de relieve como a su través es factible introducir novedades en el juicio e incorporarlas a un primer juicio que ya ha obtenido una primera decisión (aunque no firme). Su objeto, por tanto, no queda limitado a revisar cómo lo hizo el juez que resolvió el caso en primer lugar, sino que es mucho más amplio.

4.2. Los mecanismos de reparación en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

En el análisis de los medios de impugnación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo partiré de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁸⁰ (en adelante, LJCA de 1956), en su redacción dada por la Ley 10/1973, de 17 de marzo¹⁸¹, ya que es la norma que se encontraba en vigor antes de la entrada en vigor de la Constitución.

Para una mejor comprensión del sistema de recursos establecido por la LJCA de 1956, es preciso hacer referencia, en primer lugar, a la organización judicial prevista para este orden jurisdiccional ya que condicionó en gran medida la configuración del sistema de recursos¹⁸².

La LJCA de 1956 establecía en su artículo 7 que la jurisdicción contencioso-administrativa sería ejercida por los siguientes órganos jurisdiccionales: las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo¹⁸³ y la Sala de Revisión de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

¹⁸⁰ BOE núm. 363, de 28 de diciembre de 1956.

¹⁸¹ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1973.

¹⁸² Como ha señalado J. Montero Aroca (“La reforma de las Salas de lo Civil y Penal”, *Poder Judicial*, núm. 24, 1991, pág. 126) en relación con el proceso penal, “[e]l modelo procesal penal no se puede crear de modo aislado, sin correspondencia con el esquema de organización judicial. El proceso y lo orgánico están tan interrelacionados que una reforma del primero debe comportar, necesariamente, una modificación de lo segundo”. Desde mi punto de vista, esta interdependencia, obvia en relación con el proceso penal, puede trasladarse al resto de los órdenes jurisdiccionales. Como se verá, la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa condicionó seriamente la ordenación del sistema de recursos en este orden jurisdiccional.

¹⁸³ Se trataba de tres Salas: la Tercera, la Cuarta y la Quinta.

Como puede observarse, existían grandes diferencias con la estructura orgánica de otros órdenes jurisdiccionales como el civil, en el que existían también Juzgados unipersonales que tenían atribuida, por regla general, la competencia para conocer de los asuntos en primera instancia. Sin embargo, en este orden jurisdiccional eran órganos colegiados, las Audiencias Territoriales y las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, los que tenían atribuido el conocimiento de los asuntos en primera instancia. De la lista de competencias atribuidas por la LJCA de 1956 a ambos órganos jurisdiccionales se deriva que las Audiencias Territoriales tenían atribuido el conocimiento en primera instancia de todos los actos procedentes de la Administración local y de algunos procedentes de la central y las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la generalidad de los actos procedentes de la Administración central¹⁸⁴.

Además de conocer de determinados asuntos en primera instancia, las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tenían atribuida la competencia para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación que se interpusieran contra algunas resoluciones judiciales dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, de los recursos de queja contra la inadmisión del recurso de apelación dictados por aquéllas y de las cuestiones de competencia que surgieran entre dos o más Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales.

Por último, la Sala de Revisión de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tenía atribuido el conocimiento de los recursos de revisión que se interpusieran contra sentencias firmes dictadas por cualquiera de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (artículo 17 de la LJCA de 1956).

En el año 1977, esta estructura se vio modificada con la instauración, mediante Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, de creación de la Audiencia Nacional¹⁸⁵, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Con la creación de

¹⁸⁴ El artículo 10 de la LJCA de 1956 establecía que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales conocerían en única o primera instancia “de los recursos que se formulen en relación con los actos no susceptibles de recurso administrativo ordinario, de los órganos de la Administración pública, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, y de las cuestiones que susciten los gobernadores civiles y los Presidentes de las Corporaciones locales, al decretar la suspensión de acuerdos adoptados por éstas. Asimismo, el artículo 14 a) de la misma Ley, establecía que las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerían “en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se formulen en relación con los actos de la Administración Pública cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional”.

¹⁸⁵ BOE núm. 4, de 5 de enero de 1977.

esta Sala, que no estuvo exenta de polémica, se descongestionó, aunque sólo parcialmente, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. A la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se le atribuyó el conocimiento en primera instancia de algunos asuntos de los que hasta entonces venían conociendo aquéllas. Sólo algunas de las resoluciones dictadas por este Tribunal podían ser recurridas en apelación ante el Tribunal Supremo, ya que eran aplicables las mismas reglas de admisibilidad que las previstas para la apelación de las resoluciones judiciales procedentes de las Audiencias Territoriales.

La organización judicial de este orden jurisdiccional era un tanto peculiar y, a mi modo de ver, inadecuada para el funcionamiento de un sistema de recursos eficaz. A pesar de que la litigiosidad en lo contencioso-administrativo era sensiblemente inferior a la existente en otros órdenes jurisdiccionales, la organización judicial prevista era insuficiente para resolver el número de asuntos que accedían, tanto en la primera instancia (lo cual afectaba, sobre todo, a las Audiencias Territoriales) como en la segunda, que se ventilaba ante un único órgano judicial, el Tribunal Supremo.

La organización judicial estaba prevista de tal manera que o bien permitía la casación o la segunda instancia, pero no ambas. Debido a esto y a que la segunda instancia no estaba reconocida con carácter general, sino tan sólo para determinadas resoluciones dictadas por las Audiencias Territoriales y la Audiencia Nacional, algunos autores entendieron que hubiera sido preferible instaurar una única instancia tanto en los asuntos procedentes de la Administración local como de la central, con un posterior control casacional¹⁸⁶.

Los mecanismos de reparación de la legalidad procesal en este orden jurisdiccional, aunque algunos se denominen de forma idéntica a los ya vistos en el orden jurisdiccional civil, no tenían la misma significación procesal ni cumplían con la misma finalidad en todos los casos.

En este orden jurisdiccional, la diferenciación de medios de impugnación en atención a si la lesión del orden público procesal es imputable al juez o ajena a su actuación, no funciona en esta etapa. Aun así, y para no romper el esquema argumental, también se diferenciará entre aquellos medios de impugnación previstos para corregir la actuación judicial y aquellos otros en los que es ajena a éste.

¹⁸⁶ Vid. J. M^a. Villar Romero, *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1957.

4.2.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.

4.2.1.1. El recurso de apelación ordinario.

El recurso de apelación previsto en la LJCA de 1956 tenía carácter ordinario. Se trataba de un medio de gravamen, esto es, de un doble grado de jurisdicción, que no estaba previsto solamente para corregir determinados errores de juicio (*in iudicando* o *in procedendo*) en los que hubiera incurrido el Tribunal *a quo*, sino también para permitir la continuación del proceso, en la que el vencido en juicio tenía una segunda oportunidad para obtener una sentencia favorable.

De acuerdo con su naturaleza de recurso ordinario, en la ley no se establecían motivos tasados para su interposición. Bastaba la existencia de un gravamen o perjuicio para acceder a la apelación, con independencia de que la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* hubiera incurrido en algún vicio, esto es, con independencia de su validez o justicia. Es obvio, sin embargo, que con la apelación podían perseguirse también finalidades típicas de otros recursos: la corrección del error *in iudicando* o *in procedendo* del Juzgador y la nulidad del proceso, entre otras.

Según lo dispuesto en el artículo 14.1.B de la LJCA de 1956, el Tribunal competente para resolver de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias eran las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La función que el alto Tribunal desempeñaba al conocer de los recursos de apelación no respondía a la de un Tribunal de casación. Aunque la segunda instancia no estuviera reconocida con carácter general en este orden jurisdiccional, eran un gran número de asuntos los que tenían acceso al Tribunal Supremo, lo que hubiera impedido, incluso de haberse previsto la casación en lugar de la apelación, que el alto Tribunal cumpliera con las finalidades nomofiláctica y uniformadora propias de la casación. Pero es que además, como ya se ha visto, en la apelación podía alegarse todo tipo de infracciones y errores judiciales, por lo que, aunque sólo determinadas resoluciones judiciales tuvieran acceso a ésta, el recurso de apelación no podía equipararse al de casación.

El recurso de apelación ordinario procedía contra las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales y por la Audiencia Nacional en primera instancia, salvo en los siguientes casos:

- Las que se refieran a actos no susceptibles de recurso administrativo ordinario emanados de los órganos de la Administración pública cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y de la suspensión de Acuerdos de las Entidades Locales cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas¹⁸⁷.

- Las sentencias referidas a cuestiones de personal al servicio de la Administración pública o de particulares, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles.

- Las sentencias referidas a la aprobación o modificación de Ordenanzas fiscales de las entidades locales.

- Las referidas a la validez de las elecciones para miembros de las Corporaciones locales.

No obstante, siempre serían susceptibles de recurso de apelación, las sentencias que versaran sobre desviación de poder o sobre impugnación indirecta de disposiciones generales.

Los autos dictados por las Salas de Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales que conocieran del asunto en primera instancia también eran susceptibles de ser recurridos en apelación, salvo si se referían a las siguientes cuestiones: los desestimatorios de cuestiones previas (art. 93.2.a LJCA de 1956), los resolutorios de peticiones sobre recibimiento y práctica de prueba (art. 93.2.b LJCA), los que recayeran sobre peticiones de acumulación (art. 93.2.c LJCA), los que decidieran de los recursos de súplica interpuestos contra providencias (art. 93.2. d LJCA), y los autos sobre fijación de cuantía (art. 49.4 LJCA). En definitiva, aunque en el orden contencioso-administrativo también se previó el recurso de apelación, sin embargo, no se reconoció con carácter general, a diferencia de lo que sucedía en el civil. Ello se debía a varios factores: por un lado, no eran pocos los asuntos cuyo conocimiento en primera y única instancia lo tenía atribuido el propio Tribunal Supremo, que también conocía de un buen número de recursos de apelación. Tal era la sobrecarga de trabajo de este órgano, que resultaba obligado restringir el acceso a la apelación.

¹⁸⁷ La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 establecía en su redacción original que la cuantía mínima para acceder al recurso de apelación debía ser superior a 80.000 pesetas. No obstante, la Disposición Adicional quinta de la LJCA deslegalizaba las modificaciones de la cuantía para el acceso a la apelación, por lo que ésta fue modificándose a través de varios Decretos. La Ley 10/1973 elevó la cuantía a 500.000 pesetas, suma ésta que quedó vigente hasta la aprobación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, a la que me referiré más adelante.

Es evidente, a partir de lo que se ha dicho, que el recurso de apelación era un medio adecuado para interesar la nulidad de las resoluciones judiciales en aquellos casos en los que el Tribunal *a quo* hubiera quebrantado las normas de orden público procesal. Sin embargo, hay dos diferencias esenciales respecto del orden civil que merece la pena resaltar. La primera consiste en que las Salas del Tribunal Supremo que conocían del recurso de apelación contencioso-administrativo, a diferencia del civil, podían pronunciarse sobre cualesquiera infracciones de la legalidad objetiva procesal, ya que a través de la apelación podía alegarse todo tipo de infracción en la aplicación del Derecho ya fuera éste procesal o material. La segunda consiste en que si la apelación civil estaba generalizada, no ocurría lo mismo en la contencioso-administrativa. Ésta estaba sujeta a límites tanto material como cuantitativamente.

a) El recurso de apelación en interés de ley: un medio inadecuado para la reparación de la legalidad procesal.

Si el recurso de apelación ordinario regulado en la LJCA de 1956 no guardaba semejanza alguna con la casación ordinaria, no sucedía del mismo modo con la apelación en interés de ley. Este recurso revestía las características esenciales del recurso de casación en interés de la ley previsto en la LEC, aunque con algunos matices de los que se dará cuenta a continuación. La verdadera naturaleza del recurso no se correspondía en absoluto con la denominación que el Legislador le confirió a este mecanismo procesal¹⁸⁸.

La LJCA de 1956 calificaba a este medio de impugnación de extraordinario y sólo lo admitía frente a las sentencias de las Audiencias Territoriales que no fueran susceptibles de recurso ordinario de apelación (artículo 101 LJCA).

Su finalidad esencial era la defensa de ley frente a la interpretación errónea y perturbadora que de la misma hubiera realizado un órgano judicial. Éste no era, sin embargo, el único requisito de procedibilidad que contenía la LJCA. Esta norma exigía en su artículo 101.1 que la resolución recurrida fuera, además de contraria a la ley,

¹⁸⁸ Según A. Sánchez Blanco, (“La unidad de doctrina en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, enero-diciembre 1983, pág. 1557) la denominación que este medio de impugnación recibe en la LJCA “desnaturaliza la apelación, en calidad de clásico recurso ordinario, introduce el equívoco de conectar el valor objetivo del «interés de la ley» con la ratio operativa del perjuicio o gravamen al recurrente, y contribuye a relativizar la autoridad en la hermenéutica de la ley, como competencia y razón de ser de los Tribunales”.

“gravemente dañosa”. Se trataba, por tanto, de un instrumento que protegía la ley solamente en la medida en que su infracción llevara aparejado un daño grave.

La LJCA no establecía, sin embargo, para quién debía resultar dañosa la resolución judicial errónea y, por tanto, fue la jurisprudencia la que tuvo que rellenar este vacío. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo entendieron que el daño debía ser gravoso para la Administración y fueron especialmente escrupulosas a la hora de controlar la concurrencia de los requisitos que condicionaban la admisibilidad del recurso: una resolución judicial *errónea* y *gravemente dañosa* para la Administración¹⁸⁹. De este modo, mientras que en el proceso civil bastaba con que se hubiera infringido la ley para que el recurso fuera procedente, no era así en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La otra gran diferencia entre el recurso de casación en interés de ley regulado en la LEC de 1881 y el recurso extraordinario de apelación en interés de la ley previsto en la LJCA de 1956, era que el primero sólo podía ser interpuesto por el Ministerio Fiscal y el segundo, en cambio, sólo por la Abogacía del Estado, ya hubiera sido parte o no en el proceso judicial en el que se había dictado la resolución errónea y gravemente dañosa. En consecuencia, era sólo aquella la competente para realizar el primer juicio acerca del carácter erróneo y gravoso de la resolución judicial que se pretendiera recurrir, sin que en este sentido pudiera producirse una intervención de la Fiscalía.

Debido a estas diferencias, para gran parte de la doctrina el recurso de apelación en interés de la ley era más un recurso “en defensa de la Administración” que en “interés de ley”¹⁹⁰. Para la doctrina, si el objetivo era establecer un recurso en interés de la ley, el órgano legitimado para interponerlo debiera haber sido el Ministerio Fiscal, no la Abogacía del Estado que, con carácter general, era parte en el proceso contencioso-administrativo. En definitiva, aunque el objetivo de su creación fuera la defensa de la

¹⁸⁹ Tanta, o quizás más, importancia tenía el requisito de que la sentencia hubiera provocado un daño a la Administración que el que el órgano judicial hubiera incurrido en error. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1963 (Rep. Arz. núm. 1189) estableció: “La Ley Jurisdiccional configura este recurso extraordinario en su art. 101 con rasgos propios, ya que lo erige a la par que en un proceso de impugnación en beneficio de la ley, en otro en beneficio de la Administración, como lo releva (*sic*) el que dicha norma sólo autoriza la interposición por su representante y consecuente con la relevancia que da a este aspecto, exige para que pueda prosperar que se den simultánea y conjuntamente dos requisitos, cuales son: que la doctrina de la sentencia sea gravemente dañosa a los intereses de la Administración, y además que sea errónea, condición indispensable para que en esta jurisdicción pueda prosperar el recurso”. Nótese como en este fragmento el requisito del daño a la Administración antecede al del error, lo que da una idea de la importancia del primero.

¹⁹⁰ *Vid.*, entre otros, J. González Pérez, *Manual de Práctica Forense Administrativa*, Madrid, 1988.

ley, en la práctica, el recurso de apelación en interés de la ley acabó funcionando como un recurso en interés de la Administración.

Del mismo modo que en el recurso de casación en interés de la Ley, la estimación del recurso de apelación en interés de la ley no afectaba a la situación jurídica particular reconocida en la sentencia apelada (artículo 101.4 LJCA). Lo acordado en dicha resolución debía considerarse *res iudicata*. Por ello, el requisito de procedibilidad consistente en que la resolución judicial impugnada fuera especialmente gravosa para la Administración sólo se entendía cumplido cuando el mismo supuesto enjuiciado y resuelto erróneamente fuera susceptible de volver a repetirse y, en consecuencia, de volver a ser fallado de forma errónea y gravosa para la Administración¹⁹¹.

El artículo 101.4 LJCA establecía también que la sentencia recaída en el recurso de apelación en interés de la ley “fijará la doctrina legal”. Los órganos judiciales inferiores venían pues obligados a respetar la interpretación de la ley que el Tribunal Supremo hubiera establecido en la sentencia recaída en el recurso de apelación en interés de la ley.

Respecto al procedimiento, la jurisprudencia mantuvo que debía seguirse el mismo que el previsto para el recurso de apelación ordinario, aunque con algunas diferencias, en ocasiones, de gran calado¹⁹². Entre éstas, la fundamental era que este recurso se configuró en la práctica, ante el silencio de la LJCA al respecto, como un proceso sin contradicción¹⁹³.

Por las características expuestas, se hace evidente que este instrumento procesal no podía ser utilizado por los particulares para la tutela de sus derechos procesales o, simplemente, para la defensa del orden público procesal.

¹⁹¹ La STS de 23 de febrero de 1948 (Rep. Arz. núm. 319) es ilustrativa en este sentido: “La gravedad del daño exige la fácil y natural repetición de casos iguales al que ha ser objeto de especial doctrina, y ello aparta del concepto doctrinal en relación a los fines del extraordinario recurso, la estricta aplicación del derecho al caso que carezca de la posibilidad de fácil repetición en los negocios como sucede a muchos de los amparados por la Ley en el orden a la libertad contractual”. *Vid.* también en el mismo sentido, las SSTS de 29 de marzo de 1949 (Rep. Arz. núm. 451) y de 2 de marzo de 1953 (Rep. Arz. 629).

¹⁹² Una de las diferencias era la relativa al plazo de interposición del recurso. Mientras que en el caso de la apelación en interés de la ley el plazo era de tres meses, en el de la apelación ordinaria era de cinco días.

¹⁹³ la LJCA guardaba silencio acerca de si la parte favorecida por la sentencia objeto de recurso podía personarse o no en el recurso. La jurisprudencia y parte de la doctrina entendieron que sólo procedía admitir como parte en el recurso al Abogado del Estado, no a las demás partes del proceso cuya sentencia era objeto de recurso. *Vid.*, en este sentido, C. Martín Retortillo, “El recurso extraordinario de apelación en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo”, *Revista de Derecho Procesal* núm. 4, 1963, pág. 105.

4.2.1.2. El recurso de revisión contencioso-administrativo: su procedencia contra los errores *in procedendo* e *in iudicando* imputables al órgano judicial.

El llamado recurso de revisión contencioso-administrativo contenido en la LJCA de 1956 no es equiparable, al menos la totalidad de sus motivos, al previsto en el orden jurisdiccional civil. Tan sólo algunas de las causas que podían dar lugar a su interposición son coincidentes con las previstas en el orden civil que, como ya se expuso, permiten la rescisión de las sentencias firmes cuando la injusticia o invalidez de la resolución judicial tiene su origen en causas “trascendentes” al proceso. En el orden contencioso-administrativo, tal y como apuntó A. Nieto,¹⁹⁴ el legislador optó por seguir la propuesta de J. Guasp, que consistía en unificar en un solo recurso, en este caso llamado de revisión, aquellos motivos tanto inmanentes como trascendentes al proceso, que podían dar lugar a la rescisión de la sentencia por el más alto órgano jurisdiccional del Estado, el Tribunal Supremo¹⁹⁵.

Este medio de impugnación fue calificado de extraordinario, por lo que para fundarlo no bastaba la existencia de un gravamen o un perjuicio, sino que sólo procedía por las causas establecidas en la ley. Las restricciones al acceso a este recurso operaban sólo en este sentido, ya que la Ley no imponía más trabas ni más condiciones, por lo que prácticamente todas las sentencias que sufrieran alguno de estos vicios –incluidas las dictadas por el propio Tribunal Supremo— podían ser recurridas a través de esta vía. Según el art. 102 LJCA artículo, el recurso de revisión podía interponerse contra las sentencias firmes dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de las Audiencias Territoriales y de la Audiencia Nacional, y su conocimiento, como ya se ha señalado, estaba atribuido a las diferentes Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dependiendo del órgano jurisdiccional que hubiera dictado la sentencia recurrida. No existían limitaciones para acceder al recurso ni por razón de la materia ni de la cuantía, con independencia de los

¹⁹⁴ A. Nieto, “El recurso de revisión previsto en el apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, págs. 30-31.

¹⁹⁵ El conocimiento de los recursos de revisión contencioso-administrativos interpuestos contra sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo estaba atribuido a la llamada Sala de Revisión de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Según el art. 18 de la LJCA de 1956 dicha Sala estaba compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de cada una de las Salas de lo Contencioso-Administrativo y el Magistrado de mayor edad de cada una de ellas.

motivos en los que éste pretendiera fundarse. Bastaba, pues, para acceder a la revisión que concurriera alguno de los motivos previstos en el artículo 102.1 LJCA.

Los motivos en los que podía fundarse el recurso y que implicaban un error del tribunal *a quo* se contenían en los apartados a), b) y g) del artículo 102.1 LJCA de 1956 que disponía que procedía dicho recurso en los siguientes casos:

- a) Si la parte dispositiva de la sentencia contuviere contradicción en sus decisiones.

- b) Si las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación, donde, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos, se llegase a pronunciamientos distintos.

- g) Si el Tribunal, al apreciar que la cuestión sometida a su conocimiento no hubiese sido apreciada debidamente por las partes al existir otros motivos de fundamento del recurso, dictara sentencia basada en estas nuevas apreciaciones sin dar antes trámite de audiencia a las partes para que alegaran lo que a su derecho conviniera; o si en la sentencia no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda o contestación.

Un sector doctrinal puso de relieve que estos motivos tenían naturaleza casacional y no revisora, ya que permitían a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo realizar funciones nomofilácticas y de unificación de doctrina. Sin embargo, me parece que esas tesis son, al menos, discutibles, ya que un análisis de estos motivos y de cómo fueron interpretados por el Tribunal Supremo, puede llevarnos a conclusiones distintas.

- a) El recurso de revisión: un medio idóneo para corregir los defectos en la parte dispositiva de la sentencia.

El motivo previsto en el apartado a) del artículo 102.1 LJCA, la contradicción entre varios pronunciamientos del mismo fallo, no es típicamente casacional en la medida en que la finalidad perseguida por el Legislador con este motivo era hacer justicia en el caso concreto, defender el *ius litigatoris* mediante la corrección de un

error evidente cometido por el juzgador en el fallo de la sentencia. Efectivamente, esta causa de revisión no se refería a la contradicción entre los fundamentos jurídicos de la sentencia y su parte dispositiva: no se trataba de un supuesto pensado para corregir la incongruencia entre los fundamentos jurídicos y el fallo. La jurisprudencia exigía para que el recurso prosperara que se tratara de pronunciamientos incompatibles entre sí, o que el fallo adoleciera de tal oscuridad que su cumplimiento fuera imposible¹⁹⁶. Estos dos motivos, más que con la casación, guardan una estrecha vinculación con dos supuestos que, al margen de la invalidez del procedimiento, podían dar lugar a la nulidad de la sentencia en derecho romano: que no pudiera discernirse el sentido del fallo o que, aun pudiéndose discernir, fuera imposible llevar a efecto lo ordenado en éste. El objetivo de estos, era, como en el derecho romano, garantizar que la justicia respondiera a los fines para los que había sido instituida, estos es, lograr la paz social poniendo fin a las disputas surgidas en la sociedad. Sin embargo, como ya se ha señalado antes, la doctrina administrativista entendió que se trataba de un motivo de contenido casacional debido a que su concurrencia podía dar lugar en el orden civil al recurso de casación por infracción de ley¹⁹⁷. Lo más destacable de este motivo, una vez descartada en mi opinión la naturaleza casacional del mismo, es que la LJCA contemplaba un cauce procesal válido para corregir el grave error judicial que suponía la existencia de contradicciones en el fallo de la sentencia.

b) El recurso de revisión: ¿un recurso para la unificación de doctrina?

Por lo que respecta al segundo de los motivos que podían dar lugar al recurso de revisión, el previsto en el apartado b) del artículo 102.1 LJCA, podría discutirse su naturaleza casacional. Varios son los factores que influyeron en que este motivo no se

¹⁹⁶ *Vid.*, entre otras, la STS de 18 de noviembre de 1964 Rep. Arz. núm. 5037). Este motivo, era, por tanto, equiparable al previsto en el art. 1692.4 LEC, relativo a la casación por infracción de ley.

¹⁹⁷ El art. 1692.4 de la LEC 1881 disponía que la casación por infracción de ley podía fundarse en la concurrencia de disposiciones contradictorias en el fallo de la sentencia. Con todo, conviene recordar aquí que la casación prevista en la LEC, a pesar de su denominación, se parecía más a una tercera instancia limitada que a una casación en sentido propio ya que junto a motivos típicamente casacionales la LEC preveía otros en los que, como en éste, lo que realmente se perseguía era proteger el *ius litigatoris*. Y de ahí que aunque fuera un motivo suficiente para fundar el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, un sector doctrinal no lo consideró idóneo para fundar el recurso de casación por infracción de ley. Pero, además, este motivo, hubiera tenido mejor encaje en la casación por infracción de las formas esenciales del juicio, lo que, según las tesis de P. Calamandrei, le hubiera privado de la naturaleza estrictamente casacional. Ya se ha hecho referencia, sin embargo, a la confusión de motivos que existía en la LEC entre la casación por infracción de la ley y la casación por infracción de las formas esenciales del juicio.

articulada como un verdadero recurso para la unificación de doctrina en lo contencioso-administrativo: la confusa redacción de la versión original del precepto, la interpretación absolutamente restringida por parte del Tribunal Supremo y la falta de voluntad del legislador de 1973 para implantar un verdadero recurso para unificar doctrina. A todos ellos me refiero a continuación.

A pesar de que en la introducción he indicado que se va dar cuenta del sistema de recursos establecido en la LJCA de 1956 en su redacción dada por la Ley 10/1973, de 17 de marzo, es procedente en este caso, para entender la significación que este motivo de revisión tuvo en la práctica, analizar primero su redacción original y después dar cuenta de las modificaciones que la Ley 10/1973, de 17 de marzo, incluyó en dicho motivo de revisión. El motivo de impugnación previsto en el apartado b) reunía, en su literalidad, todos los requisitos para que se pudiera hablar de un motivo casacional. Y así lo entendió la doctrina, para quien su naturaleza era verdaderamente casacional. Sin embargo, la unanimidad de la doctrina sobre el carácter casacional de este motivo no implicaba que todos los autores atribuyeran el mismo significado al artículo 102.1.b) LJCA. Las discrepancias no eran sólo de matiz, sino que afectaban a la propia esencia y significado de este motivo de revisión.

Para algunos autores, como J. González Pérez¹⁹⁸, dicho precepto estaba previsto únicamente para denunciar la vulneración de la cosa juzgada material. Según este grupo de autores, dicho motivo tenía naturaleza casacional debido a que en la LEC la excepción de la cosa juzgada era también uno de los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación por infracción de ley^{199 200}. Para otros, sin embargo, se trataba

¹⁹⁸ Según J. González Pérez (*Derecho Procesal Administrativo*, T. III, 1967, pág. 424), “el artículo 102, párrafo 1, apartado b), se refiere a los casos en que se dicta una sentencia que implica una vulneración de la cosa juzgada”. Otros autores, como A. Nieto (“El recurso de revisión previsto...”, cit., págs. 48 y ss.), negaron el paralelismo entre el artículo 102.1.b) de la LJCA y el 1692 de la LEC. Según la LEC, para que fuera procedente el recurso, era preciso que la parte hubiera planteado la excepción de cosa juzgada en la primera instancia, no siendo exigible este requisito en la LJCA, en la que, además, se preveía un cauce procesal específico para hacer valer tal excepción.

¹⁹⁹ Como señalé anteriormente, según el artículo 1692 LEC el recurso de casación por infracción de ley procedía cuando el fallo de la sentencia fuera “contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio”.

²⁰⁰ Estoy de acuerdo en considerar que, según la primera interpretación que algunos autores hacían del apartado b) del art. 102 LJCA, dicho motivo tenía un verdadero carácter casacional. Sin embargo, como he apuntado en relación con el motivo anterior, me parece un tanto simplista calificar de casacional al apartado b) del artículo 102 porque en la LEC de 1881 este motivo fuera causa de casación por infracción de ley. Esto es, una cosa es que la LEC de 1881 calificara a la vulneración de la cosa juzgada como motivo casacional y otra muy distinta que realmente lo fuera.

de una revisión por violación del precedente jurisprudencial, importando así a nuestro derecho figuras propias del derecho anglosajón²⁰¹.

A. Nieto, que no compartió ninguna de estas dos tesis, sugirió otra en la que abogaba por equiparar dicho motivo de revisión a una especie de casación para la unificación de doctrina aplicable sólo en determinados supuestos²⁰². Según Nieto, era habitual encontrar sentencias contradictorias sobre una misma disposición de carácter general, dictadas con ocasión de su impugnación indirecta. Con frecuencia, la impugnación indirecta de una norma de carácter general con ocasión de actos aplicativos idénticos producía sentencias contradictorias, bien del mismo o de distintos órganos jurisdiccionales. Este hecho provocaba no pocos problemas. Según Nieto, el artículo 102.1.b) LJCA era la respuesta procesal adecuada para evitar estas contradicciones y sus efectos distorsionadores. Para este autor, la labor de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (incluida la de Revisión) al conocer de los recursos de revisión que se interpusieran por este motivo consistía precisamente en determinar cuál de los criterios sostenidos por los Tribunales era el que debía prevalecer. Esto hubiera evitado contradicciones entre sentencias dictadas por las distintas Audiencias Territoriales, sobre todo respecto a las materias que o por la cuantía o por razones materiales estaban excluidas del recurso de apelación. Pero no sólo entre éstas, sino también de las contradicciones que pudieran producirse entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Según la tesis de Nieto, el motivo contenido en el art. 102.1.b) tenía también carácter casacional, pero no porque un motivo similar previsto en el orden jurisdiccional civil sirviera para fundar el recurso de casación, sino porque la finalidad perseguida con él era la de evitar que existiera jurisprudencia dispar o contradictoria y por ello se facultaba al Tribunal Supremo para fijar la interpretación correcta de la ley en determinados casos²⁰³.

²⁰¹ Sostenían esta tesis, entre otros, S. Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, enero-abril 1957, pág. 34, y J. Ortiz Díaz, “El precedente administrativo”, *Revista Española de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957, págs. 81-82.

²⁰² La tesis apuntada por A. Nieto puede verse en “El recurso de revisión previsto en...”, cit., especialmente págs. 64 y ss.

²⁰³ Había muchas razones jurídicas para estar de acuerdo con esta propuesta de Nieto. Se hace preciso señalar, en primer término, que la Ley de lo Contencioso de 1952 establecía un motivo para fundar el recurso de revisión similar, aunque no idéntico, al previsto en la LJCA de 1956. La gran diferencia entre una y otra regulación es que la primera exigía, para que prosperara el recurso, que las sentencias que incurrieran en contradicción fueran dictadas respecto a los mismos litigantes, al mismo objeto y contuvieran la misma fundamentación jurídica, mientras que en la Ley de 1956, a pesar de exigirse

A pesar de que había buenas razones (tanto políticas como jurídicas) para asumir la tesis propuesta por Nieto y en consecuencia para fijar la interpretación correcta de la ley en los casos en los que existieran sentencias contradictorias, el Tribunal Supremo interpretó el artículo 102.1.b) de la LJCA básicamente en el sentido de hacer valer la excepción de cosa juzgada, y además, de forma muy limitada²⁰⁴. El Tribunal exigía para admitir el recurso que las sentencias contradictorias recayeran sobre el mismo objeto, esto es, sobre el mismo acto administrativo. Por tanto, no había lugar al recurso cuando las sentencias contradictorias se refirieran a actos administrativos idénticos²⁰⁵. Esta interpretación hacía muy difícil, por no decir imposible, hacer de este motivo de revisión una especie de recurso para la unificación de doctrina en el sentido expuesto por Nieto. De esta forma se perdió una gran oportunidad para evitar que se dictaran sentencias totalmente contradictorias sobre una norma, algo, por lo demás, como ya se ha dicho, habitual en el ámbito contencioso-

identidad respecto al objeto y fundamentación jurídica, admitía la procedencia del recurso respecto a litigantes distintos. Asimismo, debe tenerse en cuenta el artículo 493 del Reglamento que desarrollaba la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1952, que establecía que cuando el recurso de revisión fuera admitido por la contradicción entre dos sentencias definitivas, el Tribunal rescindiría la última en fecha y mandaría llevar a efecto la primera. Sin lugar a dudas, la revisión prevista en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1952 era el cauce adecuado para hacer valer la excepción de cosa juzgada. La función del Tribunal Supremo en la resolución del recurso no era casacional ya que, verificada la existencia de sentencias contradictorias, se limitaba a cumplir lo establecido en el Reglamento, sin que pudiera, a pesar de considerar que la segunda sentencia era la que interpretaba mejor la norma aplicable, rescindir la primera en fecha y hacer ejecutar la segunda. Sin embargo, en la nueva regulación había elementos que permitían determinar que lo que en realidad estaba instaurando el legislador era una especie de recurso para la unificación de doctrina en determinados casos, y ello por varios motivos. En primer lugar, y como ya se ha dicho, el recurso no sólo era admisible cuando las sentencias contradictorias se hubieran dictado respecto a los mismos litigantes. Pero, además, ya no existía norma alguna que obligara al Tribunal Supremo a rescindir en todo caso la segunda sentencia y a llevar a efecto la primera. El Tribunal Supremo podía hacer prevalecer la sentencia que, a su juicio, contuviera la doctrina que mejor se ajustara al sentido de la norma que había sido objeto de interpretaciones contradictorias.

²⁰⁴ Es más, como apuntara A. Nieto (“El recurso de revisión...”, cit., págs. 53-54), los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para admitir la concurrencia de este motivo de revisión eran mucho más restrictivos que cuando una de las partes alegaba la excepción de cosa juzgada con el objeto de que se declarara la inadmisibilidad del recurso.

²⁰⁵ En este sentido, la STS de 17 de febrero de 1959 estableció: “Que en cuanto al segundo de los requisitos enunciados, referente al objeto sobre el que versan las resoluciones que se contrastan, hay que fijar la atención en que el precepto legal que se estudia exige, como queda expuesto, que ambas resoluciones se hayan dictado acerca del propio objeto, locución con la cual ha querido, sin duda, expresar el legislador que han de recaer sobre una misma, o sea, sobre un acto jurídico que sirva de materia común a una y otra solución, sin que puedan creerse comprendidos en la letra del precepto otros objetos iguales o idénticos, porque tales palabras denotan conceptos solamente comparativos entre cosas con exigencias separadas, en cuyo sentido aparecen empleados en el mismo texto legal, cuando hacen relación a los otros dos requisitos, que no se usan, en cambio, cuando se refieren al objeto”. En el mismo sentido vid., entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1958, de 20 de febrero de 1960 y de 15 de diciembre de 1960.

administrativo²⁰⁶. Y más aún, el Tribunal Supremo desaprovechó la oportunidad de realizar a través de este motivo una de las funciones típicamente casacionales: la unificación de doctrina.

Ante esta interpretación jurisprudencial del apartado b) del artículo 102.1 LJCA, el Gobierno elaboró un proyecto de reforma de esta norma con la finalidad de revitalizar el recurso de revisión y dotarlo de las características de uno de casación. Sin embargo, el Proyecto fue diluido por las Cortes Generales, que se limitaron a retocar el apartado b) del artículo 102.1 LJCA. El Proyecto al que me estoy refiriendo es el que culminó con la Ley 10/1973, de 17 de marzo. Las modificaciones que dicha norma introdujo en el apartado b) del artículo 102.1 LJCA fueron las siguientes: se sustituyó la expresión “acerca del mismo objeto y en fuerza de idénticos fundamentos” por la expresión “en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales” y la que establecía “u otros distintos en igual situación” por “otros diferentes en idéntica situación”²⁰⁷.

Tal y como señalaron en su día T. R. Fernández y J. A. Santamaría Pastor, a pesar de que la finalidad ampliatoria de la ley parecía clara, ésta resultaba insuficiente debido, precisamente, a la doctrina jurisprudencial tan restrictiva que el Tribunal Supremo había realizado del artículo 102.1.b)²⁰⁸. Esta realidad hubiera exigido más

²⁰⁶ Me parece oportuno transcribir aquí un ejemplo apuntado por Nieto (“El recurso de revisión ...”, cit., pág. 55) para que el lector pueda hacerse una idea de lo beneficioso que hubiera sido una interpretación del motivo en el sentido indicado por este autor y no, como finalmente resultó, en un motivo para alegar la vulneración de la cosa juzgada material: “Imaginemos un caso concreto bien conocido por nuestra jurisprudencia: supuesta una disposición general sobre tarifas aduaneras, surgen inmediatamente una serie de actos idénticos de aplicación de la misma en todo el territorio nacional. Algunos importadores que entienden que se ha aplicado indebidamente esta disposición recurren contra actos emanados de diferentes autoridades aduaneras. Pues bien, no obstante que se trata de actos administrativos idénticos, es perfectamente posible que los Tribunales resuelvan de diferente manera los recursos, de tal modo que interpretando la norma con otros criterios, en unos casos el recurso es estimado y en otros desestimado. Así sucede que, conforme a diferentes sentencias, se aplica una tarifa para las mercancías introducidas por los puertos del mar Cantábrico y otra distinta para los correspondientes a la frontera pirenaica”.

²⁰⁷ Para hacer más comprensible al lector lo que se dice en el texto principal, se transcriben, a continuación, las dos versiones del precepto, esto es, primero la originaria y después la que resultó tras la modificación operada por la Ley 10/1973, de 17 de marzo.

“Si las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros distintos en igual situación, donde, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos, se llegue a pronunciamientos distintos”.

“Si las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llegue a pronunciamientos distintos”.

²⁰⁸ T. R. Fernández Rodríguez y J. A. Santamaría Pastor, “Comentarios de urgencia a la reforma parcial de la jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 10/1973, de 17 de marzo), *Revista de Administración Pública* núm. 70, enero-abril 1973, pág. 73, señalaron al respecto: “La finalidad ampliatoria de la [de la

valentía del legislador y no un simple giro terminológico. En efecto, a pesar de la reforma las cosas cambiaron poco y el recurso de revisión previsto en el apartado 102.1.b) LJCA siguió infrutilizándose debido a que el Tribunal Supremo apenas cambió su doctrina jurisprudencial.

c) La revisión: un recurso adecuado para combatir la incongruencia de la sentencia.

Por último, el apartado g) del artículo 102.1 LJCA se refería a supuestos de denegación de tutela por incongruencia omisiva o por defecto o por cambiar el órgano judicial los términos del debate procesal sin oír previamente a las partes. Desde mi punto de vista, este motivo tampoco responde plenamente a la consecución de finalidades típicamente casacionales. Cuando el Tribunal Supremo entendía que este motivo concurría, se limitaba a verificar el silencio del órgano judicial *a quo* sobre alguno de los pedimentos de las partes, o si, en su pronunciamiento, el juzgador se había apartado de los términos del debate procesal. En ninguno de los dos casos el Tribunal realizaba función casacional alguna a través de este motivo de revisión. Se trataba, otra vez, de proteger el *ius litigatoris*. Al igual que en los casos anteriores, este motivo de revisión era muy similar, por no decir idéntico, al previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 1692 LEC. De ahí que la doctrina insistiera también en el carácter casacional de este motivo de revisión.

d) La revisión contencioso-administrativa: instrumento adecuado para controlar determinados errores del juez tanto *in procedendo* como *in iudicando*

La conclusión que cabe extraer de lo analizado hasta ahora es que, a pesar de que la revisión se consideró un recurso con una cierta vertiente casacional, en la práctica, fueron casi nulas las ocasiones en las que las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hicieron uso del mismo con el objetivo de defender la ley y de unificar la jurisprudencia, funciones propias de la casación. En mi

Ley] parece clara, pero ante una doctrina jurisprudencial cerrada no basta un simple giro terminológico, sustituyendo “idénticos” por “sustancialmente iguales”; sustitución que, por otra parte, se enerva al cambiar el adjetivo matizador de la situación de los diversos litigantes; donde antes decía “u otros litigantes distintos” ahora se dice “u otros diferentes en idéntica situación”. En suma, que se abre una puerta para cerrar otra, por lo que no es aventurado suponer que las cosas seguirán como hasta ahora y el recurso de revisión seguirá en su papel de adorno, tan bello como inútil”.

opinión, lo que hizo el legislador fue, más que introducir motivos casacionales en el recurso de revisión, incorporar a la revisión contencioso-administrativa motivos de impugnación íntimamente relacionados con la actuación errónea del juez *a quo*. La vertiente objetiva del recurso de revisión estaba relegada a un segundo plano, puesto que lo realmente importante era hacer justicia en el caso concreto. Y, naturalmente, esto hizo que el recurso de revisión se utilizara como una vía idónea para reparar determinadas normas de orden público procesal. Se convirtió fundamentalmente en un instrumento para la tutela del *ius litigatoris*. Esta forma de proceder del legislador recuerda a lo que se ha dicho respecto a la casación civil por infracción de las formas esenciales del juicio: la idea es permitir que todas las sentencias que incurrieran en determinados vicios o errores pudieran ser revisadas por el Tribunal situado en la cúspide del sistema, en un caso a través del recurso de revisión y en otro a través del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Lo que diferencia a un orden jurisdiccional del otro es que no coinciden de forma exacta los motivos que pueden dar lugar a la rescisión. No obstante, en ambas jurisdicciones, algunas de las causas que permiten esta rescisión o anulación de las sentencias, se aproximan a las causas en las que se podía fundar la *querella nullitatis* del Derecho romano.

4.2.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones.

De igual manera que en el proceso civil, la LJCA de 1956 preveía determinados procesos incidentales, entre ellos, el de nulidad de actuaciones. E igualmente, como en el orden jurisdiccional civil, la LJCA preveía una regulación parca e imprecisa del mismo.

La gran diferencia entre una y otra regulación residía en que, a diferencia de en el orden civil, las cuestiones incidentales, incluida la de nulidad de actuaciones, no paralizaban la tramitación del procedimiento. El artículo 126 de la LJCA de 1956 obligaba a sustanciar tales cuestiones incidentales en pieza separada “sin suspender el curso de los autos”. Por esto, la utilización torticera que se hizo de este incidente en el orden civil, que con frecuencia servía para demorar el curso del proceso lo más posible, no se produjo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esto no significa

que el incidente estuviera exento de problemas en este orden jurisdiccional²⁰⁹. Al igual que en el orden civil, uno de los problemas fundamentales que planteaba era que la Ley carecía de una enumeración de los motivos que acarrearían necesariamente la nulidad de actuaciones. Esta ausencia de regulación, que sí existía en la Ley de 1952, fue suplida por la jurisprudencia²¹⁰. La jurisprudencia vino a limitar la procedencia del incidente de nulidad de actuaciones a las cuestiones relativas a la forma de los actos procesales y a las infracciones de las reglas procesales reguladoras del procedimiento, pero en ningún caso se permitía utilizar el incidente para revisar cuestiones que afectaban al fondo de la controversia.

Me parece importante señalar que la LJCA establecía el principio de subsanación y conservación de los actos procesales. Así pues, si el órgano judicial había incurrido en un defecto de forma, el litigante estaba obligado a solicitar su subsanación antes de poder plantear el incidente. Sólo si éste no era corregido, podía plantearse el incidente, que debía interponerse en el plazo máximo de cinco días desde la desestimación de la subsanación²¹¹.

A diferencia de lo previsto en el orden civil, la competencia para conocer del incidente de nulidad de actuaciones no siempre venía atribuida al órgano jurisdiccional que estaba conociendo del asunto principal²¹².

Es evidente, a partir de la configuración, sobre todo jurisprudencial, que el incidente de nulidad de actuaciones sí era un cauce adecuado para reparar las vulneraciones del orden público procesal, sobre todo antes de que recayera sentencia.

²⁰⁹ Los autores que estudiaron el proceso contencioso-administrativo criticaron la regulación legal del incidente de nulidad de actuaciones. *Vid.*, en este sentido, F. Pera Verdager, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956*, Barcelona, 1969, en especial págs. 742-743.

²¹⁰ En este sentido, la STS de 2 de mayo de 1966 establecía que “[l]a vigente Ley Jurisdiccional, apartándose del casuismo en que se encontraba la legislación anterior, contempla la problemática de la nulidad de actuaciones en sus arts. 126, 127 y 128, sin marcar motivos taxativos de nulidad; con lo que evidentemente queda a la interpretación judicial estimar la entidad del vicio alegado, para acogerlo o no según su gravedad y su mayor o menor repercusión en los derechos de los litigantes que las leyes amparan”.

²¹¹ Artículo 128 de la LJCA de 1956.

²¹² Según el apartado 2º del artículo 128 LJCA en relación con el 16.5.a) de la misma Ley, del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra actuaciones del Tribunal Supremo conocía una Sección compuesta por el Presidente de la Sala y seis Magistrados.

4.2.2. Los mecanismos de reparación de la injusticia de la sentencia cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.

4.2.2.1. El recurso de revisión.

Como ya he señalado antes, el recurso de revisión previsto en la LJCA de 1956 tenía naturaleza híbrida y podía ser utilizado tanto para reparar la equivocación en la que había incurrido el juzgador, como para anular la sentencia en aquellos casos en los que su injusticia derivaba de causas ajenas a lo acaecido en el proceso. Éstas últimas estaban también recogidas en el artículo 102.1 LJCA, en este caso, en los apartados c), d), e) f), y su enunciado, como se verá a continuación, es prácticamente idéntico a los que daban lugar a este recurso en el orden civil:

- a) Si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- b) Si hubiere recaído sentencia en virtud de documentos que al tiempo de dictarse aquella ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- c) Si, habiéndose dictado sentencia en virtud de prueba testifical, fuesen los testigos condenados por falso testimonio en las declaraciones constitutivas de aquella.
- d) Si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Las sentencias que tenían acceso a este recurso ya se han indicado anteriormente: todas las dictadas por los tribunales contencioso-administrativos.

Para no incurrir en reiteraciones, me remito a lo que ya se ha dicho en el orden civil respecto de este medio de impugnación, de su significación y de su objeto.

4.2.2.2. El recurso de apelación.

De acuerdo con su carácter de doble instancia, el artículo 100.1 LJCA de 1956 permitía a las partes solicitar el recibimiento del pleito a prueba “para la práctica de las que hubiesen sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia”. Esta segunda fase o continuación del proceso no sólo tenía, por tanto, naturaleza “decisoria”, sino también “instructora”, aunque esta última de forma limitada. La apelación contencioso-administrativa, al igual que sucedía en el orden jurisdiccional civil, respondía más a una *revisio prior instantiae* que a un *novum iudicium*²¹³. Pero es cierto que, aunque de forma restringida, sí permitía corregir la injusticia o la invalidez de la sentencia por causas del todo ajenas a la actuación del juez que la dictó

4.3. Los mecanismos de reparación en el orden social.

Con el fin de no alargar en exceso la exposición del sistema impugnativo del orden social, me parece conveniente partir del Decreto 2381/1973, de 17 de agosto²¹⁴, por el que se aprobó el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio. No tendré en cuenta, sin embargo, su redacción inicial, sino la resultante de las modificaciones introducidas por el Decreto 1925/1976, de 16 de julio, por el que se da nueva redacción a determinados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral²¹⁵. En todo caso, la regulación del sistema de recursos establecido en ese Real Decreto era acreedora, en líneas generales, de lo dispuesto en la Ley de 24 de abril de 1958, sobre reforma del Procedimiento Laboral, que dio lugar al Decreto de 4 de julio de 1958. El diseño establecido en esta primera norma perdurará, con algunos cambios no esenciales, hasta 1990, esto es, hasta bien entrada la etapa constitucional.

²¹³ Me remito en este punto a lo expuesto en relación con la apelación civil.

²¹⁴ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1973.

²¹⁵ Esta reforma tenía por objeto adaptar la Ley de Procedimiento Laboral a la Ley 16/1966, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que introdujo algunas modificaciones en la materia, sobre todo en lo relativo al despido. También se modificaron con ese Decreto las cuantías para acceder a los recursos. El Preámbulo del Decreto motivó el aumento de las cuantías de este modo: “Por otra parte el artículo ciento cincuenta y tres, párrafo último, de la Ley de Procedimiento Laboral, autoriza al Gobierno a modificar los límites cuantitativos determinantes de los recursos procedentes contra las decisiones de las Magistraturas de instancia y de la competencia de los Tribunales Superiores que han de conocer de los mismos. La depreciación del valor del dinero y la progresiva evolución media de los salarios y de las prestaciones de la Seguridad Social aconsejan hacer uso de la autorización referida, estableciendo unos nuevos módulos cuantitativos atemperados a la realidad económica presente.”

Antes de dar cuenta detallada de la organización y de los recursos existentes en este orden jurisdiccional debe señalarse que si bien en el resto de los órdenes jurisdiccionales estaba consagrado el principio de doble instancia, esto no era así en el laboral. En este orden, la apelación desapareció con el Decreto de 11 de julio de 1941, que vino a sustituirlo por el de suplicación²¹⁶. El recurso de suplicación, como ya se ha afirmado, no funcionaba como una doble instancia. Por ello, desde mucho antes de que se aprobara la Constitución de 1978, la jurisdicción laboral se ha caracterizado por contar únicamente con recursos de naturaleza extraordinaria, es decir, de recursos para cuya interposición se exige algo más que alegar el sufrimiento de un perjuicio o gravamen.

La jurisdicción laboral estaba organizada en tres niveles o peldaños. En primer término, los órganos jurisdiccionales unipersonales, esto es, las Magistraturas de Trabajo, tenían atribuido el conocimiento de todos los asuntos en primera instancia. La mayoría de sus sentencias eran recurribles bien en suplicación, recurso del que conocía en el Tribunal Central de Trabajo, bien en casación, cuyo conocimiento estaba atribuido a la Sala Sexta, de lo Social, del Tribunal Supremo.

Esta organización presentaba una peculiaridad que no se daba en el resto de órdenes jurisdiccionales: los órganos jurisdiccionales del orden social dependían, a excepción del Tribunal Supremo, del Ministerio de Trabajo, por lo que las Magistraturas y el Tribunal Central de Trabajo quedaban al margen del Poder Judicial. La actuación de la Sala Sexta del Tribunal Supremo servía de enlace entre la jurisdicción social y el Poder Judicial. En palabras de Valdés Dal-Re, el Tribunal Supremo aseguraba “la conexión entre la jurisdicción del Trabajo con el resto de la organización judicial”²¹⁷. Se puede decir, por tanto, que el papel que en este orden jurisdiccional desempeñaba el Tribunal Supremo excedía con mucho del que le correspondía en los demás órdenes jurisdiccionales.

²¹⁶ Dicha sustitución fue objeto de numerables estudios. Esta atención generalizada se debió a que si bien la Ley orgánica de la Magistratura de Trabajo, aprobada el 17 de octubre de 1940, creadora del Tribunal Central de Trabajo, atribuyó a éste el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones de las Magistraturas, el Decreto de 11 de julio de 1941, de desarrollo de la citada Ley, atribuyó a ese Tribunal, en cambio, y sorprendentemente, contradiciendo lo dispuesto en aquella ley, la competencia para conocer del recurso de suplicación. Según algunos autores esta sustitución fue ilegal por constituir un supuesto de *ultra vires*. Sin embargo, el recurso de suplicación siguió manteniéndose en las sucesivas normas reguladoras del proceso laboral, sin que se haya vuelto a discutir acerca de la procedencia de reintroducir la apelación en el orden laboral.

²¹⁷ Valdés Dal-Re, F., “La nueva planta de la jurisdicción del orden laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, pág. 487.

Así pues, junto a las Magistraturas de Trabajo, que eran Tribunales de instancia con competencia territorial limitada, existían dos órganos en la cúspide de la jurisdicción social: el Tribunal Central de Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo y, por lo mismo, según la doctrina, sujeto directamente al poder político²¹⁸, y otro, el Tribunal Supremo, que formaba parte del Poder Judicial. El primero conocía del recurso de suplicación y el segundo del de casación. Se trataba de recursos alternativos, no sucesivos, y la idoneidad de uno u otro dependía de la materia a la que se refiriera la resolución judicial impugnada y de la cuantía del pleito.

Como algunos autores señalaran²¹⁹, no existían apenas diferencias entre la casación y la suplicación. Estas diferencias o eran de matiz o se referían a cuestiones de grado, como la cuantía. Por ello y porque ambos Tribunales tenían competencia en todo el territorio nacional, surgieron, en palabras de M. C. Rodríguez-Piñero, “dos centros de interpretación de la norma” laboral²²⁰. El Tribunal Supremo era el órgano encargado de procurar la unidad en la interpretación de la norma, pero también el Tribunal Central de Trabajo desarrollaba esta función en relación con las materias vedadas a la casación. Es más, según algunos autores²²¹, fue este último y no el Tribunal Supremo el verdadero protagonista en la ordenación, control y unificación de la jurisprudencia laboral, aunque sus resoluciones no generaban jurisprudencia en sentido propio ya que, como se ha dicho, no era un órgano jurisdiccional.

Las sentencias dictadas en suplicación por el Tribunal Central de Trabajo no eran, como ya se ha expuesto, recurribles en casación. Sólo podían ser recurridas por la Fiscalía del Tribunal Supremo en interés de la ley cuando estimara que la sentencia contenía una doctrina dañosa o errónea. Con esto se intentaba garantizar cierta

²¹⁸ M. Alonso Olea (“Sobre la Historia de los procesos de trabajo”, *Revista de Trabajo*, núm. 15, 1966) se refería, con ironía, a este órgano como “el nonnato llamado Tribunal Central del Ministerio de Trabajo”.

²¹⁹ M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 1985, 4ª, pág. 215. En el mismo sentido, A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991, 12ª ed, pág. 751.

²²⁰ M. C. Rodríguez-Piñero Royo, “El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica”, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1999, pág. 25.

²²¹ M. C. Rodríguez-Piñero Royo (*El recurso...*, cit., pág 28) se refiere a las razones por las que las cosas se desarrollaron de este modo: “El papel del Tribunal Supremo como organismo creador de jurisprudencia fue mucho menos relevante del pretendido originariamente, dado que no llegó a conocer de materias fundamentales de la disciplina como consecuencia de una inadecuación de las competencias de la Sala [...]. Este papel reducido del Tribunal Supremo se tradujo en un paralelo incremento del correspondiente al Tribunal Central de Trabajo, que fue el que efectivamente desempeñó funciones de ordenación y control de la jurisprudencia laboral. El reconocimiento del papel del Tribunal Central de Trabajo se articuló jurídicamente a través de una particular valoración de su *doctrina*, que sin ser técnicamente «jurisprudencia», a todos los efectos sí se benefició de una «presunción de acierto» reconocida por el propio Tribunal Supremo”.

uniformidad entre la jurisprudencia emitida por los Tribunales Central y Supremo, evitando de este modo que las Magistraturas de Trabajo encontraran posiciones jurisprudenciales contradictorias.

Con este esquema se garantizaba que prácticamente todos los casos que terminaran con sentencia en primera instancia pudieran ser recurridos sin que se saturara al Tribunal Supremo. Los recursos de suplicación y casación eran, como ya se señaló, alternativos, no consecutivos, y las posibles contradicciones entre la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo y del Tribunal Supremo podían resolverse a través del recurso en interés de la ley. Pero la limitada utilización del recurso en interés de la ley propició que el papel principal en la labor de unificar la jurisprudencia recayera, en el orden social, en el Tribunal Central de Trabajo y no en el Tribunal Supremo. Esto es, el protagonismo lo tenía el Ministerio de Trabajo y no el Poder Judicial.

Por lo que respecta a las resoluciones que podían ser impugnadas a través de los distintos recursos, debe destacarse, a efectos de este estudio, que la ley procesal laboral permitía recurrir las sentencias que hubieran quebrantado las formas esenciales del juicio siempre y cuando se causara indefensión, con independencia de la cuantía y de la materia. Ésta era la regla general para acceder a la suplicación. Sin embargo, la procedencia del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio estaba condicionada a que el asunto pudiera fundarse también en alguno de los motivos de casación por infracción de ley. La utilización de estos recursos para hacer valer vicios de procedimiento no fue, sin embargo, tan acusada como en otros órdenes jurisdiccionales. Los principios básicos del proceso laboral: concentración, oralidad, inmediación y celeridad, así como su facilitación mediante el impulso oficial por parte del órgano judicial, hacían de éste un proceso sencillo y rápido en el que los formalismos pasaban a un segundo plano. El proceso laboral se caracterizó desde sus orígenes por ser poco formalista.

Conviene resaltar también que a pesar de no existir en este orden doble instancia, ya que tanto la suplicación como la casación eran recursos extraordinarios, en ambos casos, el error en la apreciación de la prueba era motivo bastante para fundar el recurso. Según M. Alonso Olea, fue la previsión legal de este motivo así como la interpretación que de éste hizo el Tribunal Supremo, lo que permitió prescindir de la

apelación en el orden laboral²²². En efecto, a pesar de que en este orden no regía el principio de doble grado, tanto la casación como la suplicación permitían, aunque sólo fuera en parte, corregir aquellos errores judiciales relativos a la *quaestio facti*.

4.3.1. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es imputable al juez.

4.3.1.1. El recurso de suplicación: un instrumento que aseguraba la adecuación del juez a la ley procesal.

Como ya se ha afirmado previamente, el principio de doble grado no regía en el derecho laboral desde que el Decreto de 11 de julio de 1941 lo vino a sustituir por el llamado recurso de suplicación.

Según el artículo 152 LPL, el recurso de revisión podía tener un triple objeto: examinar el derecho aplicado a la sentencia recurrida (art. 152.1 LPL); revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas en la primera instancia (art. 152.2 LPL); y reponer los autos al estado en que se encontrasen en el momento de haberse infringido las normas esenciales del procedimiento (art. 152.3 LPL).

No se trataba, pues, como puede deducirse fácilmente del artículo 152 LPL, de un recurso que tuviera por objeto solamente el control del derecho aplicado al caso concreto, sino que la parte podía alegar los errores respecto a la *quaestio facti* en los que consideraba que podría haber incurrido el juez *a quo*. Esto no debe inducirnos al error de considerar a este medio de impugnación una segunda instancia²²³. Si en la consignación de los hechos probados realizada por el juez *a quo* no existía error alguno, no podría volverse a proponer prueba ni a valorarse de nuevo el material fáctico aportado al proceso.

²²² M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 112: “La inexistencia de la apelación se ve atemperada por una amplitud mucho mayor en la casación social que regula la LPL (y, por supuesto en la suplicación), que en la casación civil regulada por la LEC, en la admisión de recursos por error de hecho en la apreciación de las pruebas”.

²²³ No obstante, algunos autores mantenían que la suplicación se asemejaba más al recurso de apelación que a otros medios de impugnación. Entre otros, J. Fairén Guillén, “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción de Trabajo”, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, pág. 556,

Además de la revisión de los hechos, el recurso de suplicación tenía por objeto controlar el derecho aplicado al caso concreto y evitar que adquirieran fuerza de cosa juzgada las sentencias dictadas en procedimientos en los que se habían infringido las formas esenciales del juicio. Se trataba, pues, de un mecanismo de control del juez en su actividad *in indicando de iure e in procedendo*. Si el recurso era estimado por concurrir un error en los hechos o en la aplicación del derecho el Tribunal *ad quem* anulaba la sentencia dictada en primera instancia y procedía a dictar otra en su lugar. Si el recurso era estimado por haberse infringido alguna de las formas esenciales del juicio, la Ley ordenaba al Tribunal *ad quem* que repusiera los autos al estado que se encontraban antes de producirse la infracción²²⁴.

Como puede deducirse de lo examinado hasta ahora, el recurso de suplicación se parecía más a una instancia revisora que a un medio de gravamen, pues era necesario que existiera un error para fundar el recurso. Sin embargo, para cierto sector doctrinal la suplicación era una especie de “casación menor”²²⁵. Como ya se ha afirmado, la competencia para conocer de este recurso estaba atribuida al Tribunal Central de Trabajo, que era un único órgano con jurisdicción en todo el territorio nacional. Esto último hizo que el recurso de suplicación adquiriera de hecho algunos tintes casacionales, ya que las Magistraturas de Trabajo seguían, a pesar de que la Ley no lo exigiera, las líneas interpretativas que fijaba el Tribunal Central de Trabajo, lo que acabó por convertir a este órgano en el centro esencial, junto al Tribunal Supremo y, como ya hemos visto, incluso por encima de éste, de la interpretación de la norma laboral.

En este orden jurisdiccional, por tanto, las funciones típicamente casacionales, esto es, la defensa de la norma y la unificación de jurisprudencia, las llevó a cabo no sólo el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, sino también el Tribunal Central de Trabajo, con jurisdicción en todo el territorio nacional, a través del recurso de suplicación, entre cuyos motivos, además, se contaba uno de contenido típicamente casacional: “examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida”.

²²⁴ Podía darse el caso de que en el mismo recurso de suplicación se alegara la infracción de las normas esenciales del juicio y del derecho material aplicado al caso. En estos supuestos, el artículo 156, segundo párrafo, de la LPL obligaba al recurrente a alegar en el escrito de formalización del recurso este último motivo de impugnación, ya que si el mismo era estimado, el Tribunal *ad quem* procedía a la devolución de los autos al Juzgado *a quo*, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo.

²²⁵ Entre los muchos autores que lo calificaron de este modo, M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid, 1969, pág. 142.

El recurso de suplicación procedía contra buena parte de las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo. Únicamente se excluían de tal recurso las sentencias recurribles en casación por infracción de ley y doctrina legal y, en principio, las dictadas en asuntos cuya cuantía era inferior a cincuenta mil pesetas. Esta exclusión por razón de cuantía tenía excepciones. Según disponía el artículo 153 LPL²²⁶, podían recurrirse en revisión, entre otros, con independencia de la cuantía, los asuntos que afectaran a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social (afectación general), o las sentencias que hubiesen incurrido en vicios esenciales de procedimiento.

Estas excepciones tenían un sentido. El objetivo perseguido al posibilitar el recurso de suplicación en el primer caso²²⁷ era garantizar la igualdad en la interpretación de las normas reguladoras de la Seguridad Social, también en aquellos casos de contribuciones y prestaciones de ínfima cuantía. Esta es una muestra más del tinte casacional del que participó el recurso de suplicación. Desde esta perspectiva, llama poderosamente la atención la preocupación del legislador procesal por la

²²⁶ El artículo 153 establecía: “Procederá el recurso de suplicación contra las sentencias no comprendidas en el artículo ciento sesenta y seis, dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa sea superior a cincuenta mil pesetas y no exceda de ochocientas mil pesetas.

Procederá también este recurso en los siguientes casos:

Primero.- En las reclamaciones acumuladas o no que sin exceder de cincuenta mil pesetas, la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o beneficiarios, según se trate de reclamaciones salariales o prestaciones de la Seguridad Social, respectivamente.

Segundo.- Contra las sentencias dictadas como consecuencia de reclamaciones sobre prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades acogidas a la Ley de seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, siempre que tengan carácter de permanentes o vitalicias.

Tercero.- Contra las sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía no exceda de cincuenta mil pesetas, cuando tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento u omisión del intento de conciliación sindical, siempre que se haya formulado la oportuna protesta en tiempo y forma legales.

Cuarto.- Contra las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo que decidan cuestiones de competencia por razón de la materia, en los litigios no comprendidos en el artículo ciento sesenta y seis, que no excedan en su cuantía de ochocientas mil pesetas, y por razón del lugar, siempre que, por su fondo, el asunto esté comprendido en el ámbito de este recurso.

Cuando el Tribunal Central de Trabajo conozca de cuestiones de competencia por razón de la materia, deberá ser oído el Ministerio Fiscal, que evacuará su informe en el plazo de cinco días.

El Gobierno, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá modificar las cuantías anteriormente establecidas”.

²²⁷ Cuya legalidad fue cuestionada por constituir un supuesto de ultra vires por algunos autores. Para éstos, este motivo fue el resultado de un exceso del Gobierno al hacer uso de la delegación legislativa autorizada por la Ley 193/1963, de bases de la Seguridad Social. Este motivo se previó por primera vez en la Ley de Procedimiento Laboral de 1966 y se refería no a los trabajadores, sino a los beneficiarios de la Seguridad Social. La LPL de 1966 fue producto de la autorización que otorgó al Gobierno la Ley 193/1963, de bases de la Seguridad Social en la que, como dice A. Desdentado Bonete (“La afectación general. Una vía polémica”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro (dir.), Valladolid, 2005, pág. 115-117), “difícilmente encontraremos una base que verse sobre la afectación general”.

igualdad en el campo del derecho laboral, a diferencia de lo que sucedía en el orden contencioso-administrativo.

Por lo que respecta a la previsión de la suplicación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, sucede en este orden lo mismo que sucedía en otros. Aunque en todos los órdenes jurisdiccionales se establecieron restricciones para acceder a los recursos en atención a la cuantía de los asuntos, sin embargo, esto no sucedía así cuando la resolución era recurrida por graves vicios de procedimiento. Recuérdesse en este sentido lo dicho más arriba respecto a la casación civil por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, que, a diferencia de la casación por infracción de ley o doctrina legal, procedía en todo caso. De este modo, aunque en el orden laboral no regía el principio de doble instancia, que en otros órdenes jurisdiccionales se había convertido en el cauce adecuado para hacer valer la nulidad de las sentencias dictadas en primera instancia, la suplicación vino a cumplir sus veces.

4.3.1.2. El recurso de casación.

Al igual que en el resto de los órdenes jurisdiccionales, el recurso de casación se configuró en el orden social como un recurso extraordinario que sólo cabía interponer por los motivos y en la forma previstos en la LPL. Su conocimiento estaba atribuido a la Sala Sexta del Tribunal Supremo que, como ya se adelantó, era el único órgano jurisdiccional de lo laboral integrado en el Poder Judicial.

De igual forma que en el orden jurisdiccional civil, el recurso de casación previsto en la LPL se alejaba bastante del modelo puro en el que la defensa de *ius contitutionis* primaba sobre la defensa del *ius litigatoris*. Como se verá, los motivos en los que podía fundarse eran bastante parecidos a los previstos para la casación civil en la LEC de 1881. Entre otros, se establecían también como motivos suficientes para fundar el recurso de casación laboral el error de hecho, la existencia de contradicciones en el fallo, la denegación de tutela por incongruencia omisiva, la violación de la cosa juzgada. Debe destacarse, sin embargo, que a diferencia de lo que sucedía en la casación civil, el error de hecho como motivo de casación fue objeto de una interpretación muy generosa por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Pero sobre este asunto volveré más adelante.

Otra de las características de la casación laboral era su carácter abierto o no tasado. Como señalara M. Alonso Olea, la Sala Sexta del Tribunal Supremo admitió la

procedencia del recurso de casación por motivos que no contenía expresamente la LPL²²⁸.

En este orden jurisdiccional también se optó por el establecimiento de un sistema de doble lista a la hora de establecer los motivos en los que podía fundarse el recurso. Algunas de las puntualizaciones realizadas respecto a la casación civil son, por este motivo, aplicables a este orden jurisdiccional.

El artículo 167 LPL establecía los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación por infracción de ley, a saber:

1º. Cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas aplicables al caso.

2º. Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes²²⁹.

3º. Cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias.

4º. Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

5º. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si éste último resulta de los elementos de pruebas documentales o periciales que, obrantes en autos, demuestren la equivocación evidente del juzgador.

Salta a la vista la gran similitud entre los motivos previstos en este artículo y los contenidos en el artículo 1692 LEC. Existía, sin embargo, una variación importante que hacía distanciarse considerablemente a la casación laboral de la civil. El apartado 5º del artículo 167 LPL, referido al error, ya fuera de hecho o de derecho, en la apreciación de las pruebas, permitía a la Sexta del Tribunal Supremo entrar casi de lleno en el terreno de los hechos.

El motivo 5º del artículo 167 permitía, de un lado, corregir un error de derecho, aunque referido a los hechos, en el que hubiera incurrido el juez *a quo* a la hora de

²²⁸ Entre otros, M. Alonso Olea (*Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 117) señala como motivo *extra legem* admitido por la jurisprudencia para fundar el recurso de casación la insuficiencia en la consignación de los hechos probados.

²²⁹ Según el mismo precepto, se entendía que existía congruencia “cuando el Magistrado resuelva cuestiones que, no habiendo sido expresamente planteadas en la demanda ni suponiendo variaciones esenciales en ella, fueron probadas durante el juicio y recogidas en conclusiones”.

valorar las pruebas aportadas en el proceso²³⁰. De otro, corregir una defectuosa apreciación del juez *a quo* del material probatorio aportado al proceso. La Sala Sexta del Tribunal Supremo no hizo una interpretación estricta del mencionado precepto y no sólo admitió, como en el orden civil, que el error del juzgador fuera evidente a la vista de documentos “auténticos” obrantes en el proceso, sino que se declaró competente para examinar la totalidad de la prueba documental y pericial. Asimismo consideró como motivo casacional no sólo el error expreso y evidente en la consignación de los hechos probados, sino también la omisión de los que fueran relevantes y no hubieran sido tenidos en cuenta por el juez *a quo* a la hora de dictar sentencia. Como se expuso anteriormente, la previsión de este motivo, y su interpretación por el Tribunal Supremo, atemperó las consecuencias que podían haber derivado de la ausencia de recurso de apelación en el orden social.

El artículo 168 LPL establecía a su vez como motivos en los que podía fundarse el recurso de casación por infracción de las formas esenciales del juicio los siguientes:

- “1º. Falta de emplazamiento de cualquiera de las partes.
- 2º. Falta de representación legal de algún menor no comprendido en el artículo 9 o incapacitado.
- 3º. Denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta haya podido producir indefensión.
- 4º. Haber sido dictada sentencia sin haber resuelto en la misma una cuestión previa propuesta.
- 5º. Cualquiera de los motivos determinados en el artículo 78 [este precepto se refería a la práctica de la prueba y al contenido mínimo que las partes han de concretar en el trámite de conclusiones definitivas].
- 6º. Haberse omitido el intento de conciliación sindical en los juicios en que proceda”.

También la lista de motivos contenida en este precepto es bastante similar a la prevista en la LEC. Como ya se dijo respecto al orden civil, no todas las infracciones de procedimiento que podrían considerarse esenciales se encontraban incluidas en este

²³⁰ Según la mayoría de la doctrina estos casos eran siempre y en cualquier caso reconducibles al genérico motivo de violación de la ley, ya que el juez, cuando cometía estos errores, lo que estaba haciendo en realidad era apartarse del texto de la ley, generalmente de las normas reguladoras de la prueba.

precepto. Así lo entendió la doctrina²³¹ y también la jurisprudencia, que afirmó que podían existir errores notorios de procedimiento no contenidos en el artículo 168 de la LPL que podían dar lugar a su nulidad. Formalmente, dichos vicios debían ser alegados al amparo del motivo previsto en el artículo 167.1 LPL, esto es, la violación de la Ley²³².

Al igual que en el caso de la LEC de 1881, la LPL imposibilitaba la interposición conjunta de los recursos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley. Debían interponerse de forma separada, y sólo si el primero era desestimado, entraba el Tribunal a conocer del segundo.

La suplicación y la casación eran recursos alternativos, lo que impedía que las resoluciones dictadas por el Tribunal Central de Trabajo pudieran ser recurridas en casación. La casación, como la suplicación, sólo se preveía para determinadas resoluciones de las Magistraturas de Trabajo. La alternatividad de estos recursos no implicaba, sin embargo, que las sentencias excluidas de suplicación pudieran acceder a la casación. La regulación del acceso a la casación se configuró en atención a la materia y a la cuantía. Así pues, determinadas sentencias, con independencia de la cuantía del asunto, eran susceptibles de ser recurridas en casación²³³. En el resto de supuestos, el recurso procedía si la cuantía del asunto excediera de ochocientas mil pesetas (artículo 166.5 LPL)²³⁴. Esto si el recurso era por infracción de ley. En el caso de que el recurso de casación fuera por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, el artículo 168.1 LPL establecía que sólo habría lugar al recurso en los casos en los que sobre la cuestión de fondo procediera recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal.

²³¹ La mayoría de la doctrina procesalista abogó, como en el orden civil, por la eliminación del sistema de doble lista, reconduciendo a la casación por violación de la ley las infracciones de la ley procesal, lo que era coherente con la posición del Tribunal Supremo a la que me refiero en el texto principal.

²³² En este sentido puede consultarse la STS de 14 de noviembre de 1974. El dato lo tomo de M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 131.

²³³ Por razón de la materia y con independencia de la cuantía se establecía en el artículo 166 que procedería el recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal:

1º. Contra las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo que decidan reclamaciones por invalidez absoluta y por incapacidad laboral transitoria acumulada a aquéllas.

2º. Contra las resoluciones de la Magistratura de Trabajo que decidan cuestiones de competencia por razón de materia o por razón del lugar, siempre que sobre el fondo del asunto corresponda el recurso de casación.

3º. Contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo en los juicios por despido de Caballeros Mutilados.

4º. Contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo en juicios por despido de productores que sean Enlaces sindicales o desempeñen cargos sindicales.

²³⁴ Dicha cuantía podía ser objeto de revisión por el Gobierno, tras la preceptiva audiencia al Consejo de Estado.

Sucedía, pues, con la casación lo contrario que con la suplicación, e incluso, que con la casación civil.

4.3.1.3. El recurso en interés de ley.

También se preveía en este orden jurisdiccional un recurso en interés de la ley cuyo objeto principal, como en el resto de los órdenes jurisdiccionales, era la defensa de aquella²³⁵. Aunque su regulación era análoga a la de los otros órdenes, sin embargo, llama la atención que a pesar de que una de sus funciones esenciales fuera típicamente casacional, la función nomofiláctica, la ley no lo calificara de este modo.

Si en el resto de los órdenes jurisdiccionales la mayoría de la doctrina abogaba por la supresión de este medio de impugnación, no sucedía así, sin embargo, en el orden social. Las peculiaridades propias de este orden jurisdiccional justificaban la pervivencia de este instrumento procesal, y es que el recurso en interés de la ley era el único instrumento mediante el que se podía asegurar la primacía del Tribunal Supremo sobre el Tribunal Central de Trabajo y, por tanto, del Poder Judicial sobre el Ministerio de Trabajo²³⁶. El órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso era el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las resoluciones judiciales que podían ser objeto del mismo eran las sentencias resolutorias de los recursos de suplicación dictadas por el Tribunal Central de Trabajo. Quedaban excluidas del recurso, en consecuencia, las sentencias dictadas en única o primera instancia por las Magistraturas de Trabajo y por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y tenía su sentido que esto fuera así. El Tribunal Central de Trabajo era el único órgano jurisdiccional intermedio entre las Magistraturas de Trabajo y el Tribunal Supremo. A su jurisprudencia, además de a la del Tribunal Supremo, “miraban” las Magistraturas de Trabajo cuando dictaban sentencia. Controlando, por tanto, la interpretación de la Ley que realizaba este Tribunal, se controlaba también la aplicación que de la misma hacían las Magistraturas de Trabajo.

El recurso en interés de Ley cumplía de esta forma un doble cometido: por un lado, permitía corregir los errores judiciales por infracción de ley o de doctrina legal y mantener la uniformidad de las decisiones judiciales como garantía de certidumbre y,

²³⁵ Su regulación se encontraba en los artículos 185 a 187 de la LPL.

²³⁶ Vid., en este sentido, M. Alonso Olea, *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., pág. 156.

por otro, aseguraba la primacía del Tribunal Supremo sobre el Tribunal Central de Trabajo.

El recurso podía interponerse bien por iniciativa de la Fiscalía del Tribunal Supremo bien por sugerencia de la entonces Delegación Nacional de Sindicatos²³⁷. El artículo 159 LPL, incluido dentro del Título que regulaba el recurso de suplicación, obligaba al Tribunal Central de Trabajo a notificar todas las sentencias dictadas en suplicación a la Fiscalía del Tribunal Supremo, antes incluso de proceder a devolver los autos a la Magistratura de origen. De esta forma, la Fiscalía podía llevar a cabo el control de todas las sentencias emitidas por el Tribunal Central de Trabajo e interponer el recurso en interés de la Ley “cuando [estimara] dañosa o errónea la doctrina sentada” por el Tribunal Central. El plazo para su interposición era de tres meses desde la notificación de la sentencia a la Fiscalía, y una vez interpuesto debía entenderse “admitido de derecho”.

A diferencia de lo que sucedía en otros órdenes jurisdiccionales, una vez que el Ministerio Fiscal procedía a la interposición del recurso, la Ley obligaba a citar a los que habían sido partes en el procedimiento que había dado lugar a la sentencia recurrida, con el fin de permitirles su personación y que pudieran realizar alegaciones.

Según el artículo 187 LPL, la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social en el recurso en interés de ley tenía efectos jurisprudenciales sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, por lo que todos los demás órganos de lo social quedaban vinculados a la doctrina que ésta contuviera. Sin embargo, el fallo no afectaba a la situación jurídica particular creada por la sentencia recurrida, que debía considerarse cosa juzgada y, en consecuencia, ser ejecutada.

Aunque en los primeros años de su instauración este recurso fue un instrumento utilizado con cierta frecuencia, poco a poco cayó en desuso, lo que dio lugar a que el Tribunal Central de Trabajo tuviera un papel más preeminente que el propio Tribunal Supremo a efectos de unificar doctrina.

4.3.1.4. El incidente de nulidad de actuaciones.

Aunque en la LPL no se estableció un incidente de nulidad de actuaciones, el regulado en la LEC se consideró aplicable al proceso laboral en virtud de la remisión

²³⁷ La última palabra sobre la interposición del recurso la tenía también en este segundo caso el Ministerio Fiscal, que lo interponía de considerarlo pertinente. La Delegación Nacional de Sindicatos se constituía entonces en parte en el procedimiento como coadyuvante.

contenida en la Disposición Final primera de la LPL²³⁸. Con el fin de no alargar esta exposición me remito a lo que ya se ha señalado a propósito este incidente en el orden jurisdiccional civil.

4.3.2. Los mecanismos de reparación cuando la lesión es ajena a la actuación del juez.

4.3.2.1. El recurso de revisión.

El Título VII de la LPL preveía el recurso de revisión en el orden jurisdiccional social, reenviando, en cuanto a su regulación, al recurso de revisión previsto en la LEC, por lo que me remito a lo que se expuso en su momento.

Cabe hacer, sin embargo, dos observaciones, aunque de orden menor, sobre este recurso en el orden laboral. La primera, que el conocimiento del recurso le correspondía a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La segunda se refiere a una especialidad de recurso de revisión establecida a favor del fondo de garantía en materia de accidentes. Aunque la LPL remitía también en este caso a la LEC, en el art. 190 se decía expresamente que el Fondo podría interponer el recurso por simulación o error de los hechos o por error de derecho.

Esta excepción convertía el recurso de revisión laboral –sólo respecto de los casos en los que el Fondo de garantía resultaba condenado— en un recurso universal en el que se podían alegar cualesquiera tipo de vicios en los que hubiera incurrido la sentencia, ya fuera por causas imputables al juez o por causas trascendentes al proceso. La necesidad de evitar el fraude hacía muy relativo el concepto de cosa juzgada en relación con este tipo de procesos. Pero, salvo en este caso, el recurso de revisión sólo podía abrirse en aquellos casos en los que la injusticia o la invalidez de la sentencia lo eran por causas ajenas a la actuación del juzgador.

4.4. Los mecanismos de reparación en el orden penal (remisión).

²³⁸ La Disposición Final Primera de la LPL decía: “En todo lo no previsto en esta disposición legal y demás preceptos de la legislación social, se estará a lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Como ya se advirtió en la introducción, no voy a hacer aquí un repaso de lo acontecido en el orden penal en la etapa preconstitucional debido a que hoy existe, en líneas generales, el mismo sistema de recursos que en la etapa preconstitucional.

Pero es que, además, como también se ha señalado con anterioridad, tiene muy poca virtualidad referirse al derecho procesal penal vigente antes de la entrada en vigor de la Constitución como un instrumento al servicio de la defensa de la legalidad objetiva procesal y de las garantías de los imputados. Fue en este orden jurisdiccional donde se crearon más tribunales especiales y donde la mano del ejecutivo estaba constantemente presente. Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a lo que ya se ha expuesto al respecto.

CAPITULO III. DE LA LEGALIDAD PROCESAL AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN Y DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL ART. 24.1 CE.

1. Introducción

La aprobación de la Constitución supuso un cambio de paradigma en las relaciones entre los ciudadanos y el poder público. La norma fundamental contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales y, entre éstos, concretamente en el artículo 24.1 de la CE, se afirma el derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Aunque algunas de las facultades procesales –sin las cuales no puede hablarse de proceso— ya eran una realidad antes de la entrada en vigor de la Norma Fundamental, ésta las elevó a la categoría de “derechos fundamentales”²³⁹. La inclusión del art. 24.1 en el Capítulo II del Título I de la citada norma así lo atestigua. Es más, su ubicación en la Sección primera, supone atribuirle una protección reforzada que incluye, en el caso de la jurisdiccional, su tutela a través del recurso de amparo constitucional en los términos establecidos por la ley.

Las razones que atienden a esta ubicación en el texto constitucional son, seguramente, idénticas a las que motivaron que, tras la Segunda Guerra mundial, otros países de nuestro entorno –que sufrieron regímenes totalitarios o liberticidas— a hacer lo mismo con el derecho a residenciar ante el juez la tutela de los propios derechos:

²³⁹ Lo mismo ocurrió en otros Estados europeos. Es interesante al respecto traer a colación las palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) en su Sentencia de 8 de enero de 1959 (1BvR 396/53): “El derecho del inculcado a ser oído se reconoce y considera ampliamente en el ordenamiento procesal desde hace largo tiempo; los ordenamientos procesales en particular, han concretizado la extensión y forma de este principio. (...) El hecho de elevar el derecho a ser oído al rango de un derecho fundamental (...) tuvo por objeto hacer imposible los abusos en el proceso judicial, como sucedió en el pasado bajo el régimen nacionalsocialista, y restablecer la confianza del pueblo en una administración de justicia imparcial. En cambio, el art. 103, párrafo 1º de la Ley Fundamental no es el de eliminar todas las restricciones al derecho a ser oído que pudieran derivarse de la cuidadosa ponderación de los diferentes intereses y tomando en cuenta la naturaleza de los diversos tipos de proceso en particular.

El art. 103, párrafo 1º de la Ley Fundamental parte también de que la reglamentación del derecho a ser oído debe ser atribuida a los ordenamientos procesales en particular. Dado que los ordenamientos procesales existentes al momento de la entrada en vigor de la Ley Fundamental satisfacían en general los requisitos del Estado de Derecho respecto de la garantía del derecho a ser oído, para la interpretación del art. 103, párrafo 1º de la Ley Fundamental –así como para la interpretación de la doble penalización, elevada a derecho fundamental en el art. 103, párrafo 3º de la Ley Fundamental— *debe partirse de la imagen global del Derecho preconstitucional*”. Un extracto de esta sentencia traducida al castellano puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jurgen Schwabe*, Berlín 2009, págs. 519-520. La cursiva es añadida.

evitar que tal derecho fuera abolido de nuevo por cualquier gobierno²⁴⁰. En efecto, tanto Italia (art. 24.1) como Alemania (art. 19) contienen dentro del catálogo de derechos fundamentales, aun con formulaciones diversas, el derecho a la tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos²⁴¹. Y esta facultad de los individuos, garantizar el derecho de acceso al juez para la tutela de los derechos e intereses legítimos, fue lo que los redactores de la Constitución pretendieron iusfundamentalizar en el artículo 24.1 CE. Otra cosa es, sin embargo, la formulación de tal derecho en el texto constitucional.

Como han señalado algunos autores, la redacción final del precepto, que parece garantizar no sólo el derecho a acceder al juez sino también la *efectividad* de la tutela dispensada por éste, es producto, más que de una voluntad expresa de los constituyentes, de la introducción de una enmienda que pretendió únicamente mejorar la redacción del texto²⁴². El derecho que realmente se quiso constitucionalizar era el derecho al acceso a los Tribunales para la tutela de los propios derechos y, sin embargo, dos enmiendas que únicamente pretendieron mejorar la redacción del precepto, consagraron el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales²⁴³. Ambas cosas, es evidente, no son idénticas.

Como es de sobra sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 CE tiene una significación que va mucho más allá de un simple reconocimiento a residenciar ante el juez la tutela de los derechos e intereses legítimos: se ha convertido, según una célebre frase de L. Díez-Picazo, en “el precepto-estrella del

²⁴⁰ Esta explicación ha sido y sigue siendo subrayada por los que se han ocupado del estudio del Proceso. Vid. en la doctrina procesalista italiana, L. P. Comoglio, “Commentario al art. 24 della Costituzione”, *Comentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Rapporti civili, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna, 1981, pág. 1-2; más recientemente, N. Trocker “Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo” (Parte prima), *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 61, núm. 1, 2007, Giuffrè, Milán, Entre nosotros, L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Notas sobre el Derecho a la tutela Judicial efectiva”, *Poder Judicial*, núm. 5, pág. 45.

²⁴¹ El artículo 24.1 de la Constitución italiana reconoce, además del derecho de acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos e intereses legítimos (*agire in giudizio*), la defensa como un derecho inviolable en cualquier clase y grado del procedimiento, la previsión de instituciones adecuadas para posibilitar a los desfavorecidos los medios para demandar y defenderse en cualquier clase de juicio y una remisión al legislador para regular las condiciones y el modo de reparación de los errores judiciales. El art. 19.4 LFB contiene la garantía de la efectiva protección jurídica frente a las lesiones de los derechos vulnerados por el poder público; determina, además, que, en tanto no se determine una competencia distinta, la vía judicial y el procedimiento a seguir serán los ordinarios.

²⁴² Varios autores se han ocupado de estudiar el origen del art. 24.1 CE. El primero de ellos fue, A. de la Oliva Santos *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: Derechos básicos*, Barcelona 1980; más recientemente I. Borrajo Iniesta, “¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental?”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Vol. II, 2008, págs.1306-1309.

²⁴³ Según I. Borrajo Iniesta, el derecho de acceso a los tribunales y a la proscripción de indefensión no planteó debates de interés en el proceso de elaboración de la Constitución debido a que había un gran acuerdo en cuanto a la constitucionalización de ambos derechos. Op. cit., págs. 1307 y 1308.

firmamento jurídico-constitucional”²⁴⁴. El derecho a la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión son derechos que no se agotan en el momento de acceder a la jurisdicción, sino que tienen virtualidad en todas las fases en las que se desarrolla el proceso e incluso despliegan su eficacia una vez que éste ha finalizado. Puede afirmarse, en este sentido, que la constitucionalización del derecho de acción en nuestro Estado, ha evolucionado por obra del Tribunal Constitucional, de la misma forma que en el resto de los Estados de nuestro entorno, en los que, también por obra de sus Tribunales Constitucionales, se interpretaron las reglas que dimanaban de tal derecho “de forma tan exhaustiva, que ampliaron sustancialmente y desarrollaron el significado original de las mismas”, hasta tal punto que “el derecho de acción fue redefinido en términos de *efectividad* y trato equitativo”²⁴⁵. Puede afirmarse desde estas consideraciones que, aunque el término “efectiva” incluido en el artículo 24.1 CE para calificar a la tutela que deben dispensar los órganos judiciales, fue producto de la estética más que de una reflexión pausada del derecho de acción que se quería constitucionalizar, ha acabado por resultar apropiado no sólo por la evolución que tal derecho ha sufrido en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en los Estados de la Europa continental que también iusfundamentalizaron tal derecho y, sobre todo, en el entendimiento que el TEDH ha conferido al art. 6.1 CEDH. Debido a ello puede afirmarse que la exigencia de efectividad, referida a la tutela judicial en el artículo 24.1 CE, tiene valor normativo²⁴⁶. Debido a ello, deberían ser pocos los que cuestionaran el carácter normativo de dicha calificación de la tutela judicial.

En las siguientes páginas abordaré la comprensión que en la actualidad tiene este derecho fundamental tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional.

2. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión según la doctrina constitucional.

²⁴⁴ Así denominó al art. 24 de la CE L. Díez-Picazo “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, cit., pág. 41. El trabajo referido comienza precisamente con la alusión señalada: “Si existe un derecho-estrella en el firmamento constitucional español, este título le corresponde, sin discusión alguna al artículo 24...”.

²⁴⁵ M. Taruffo, “La protección judicial de los derechos en un estado constitucional”, *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, 2009, pág. 33. La cursiva la he añadido yo. Dicho autor afirma que la mejor prueba de la extensión que se le ha dado al derecho de acción la constituyen los seis volúmenes de la investigación de Capelletti y Garth sobre el derecho de acceso a la justicia, que engloba no sólo el derecho a acceder a los Tribunales de justicia, sino que incluye todos los derechos que las partes deben de tener la posibilidad de ejercer en el curso de un proceso (tales como el derecho a controvertir y el derecho a la prueba).

²⁴⁶ Vid. T. Rubio García, “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución* núm. 16, 2002, pág.275.

2.1. Una advertencia previa. El derecho a la tutela judicial efectiva: un derecho en construcción.

El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, más que un derecho fundamental, integra a su vez varios derechos fundamentales de contenido, grado de protección y vinculación a los poderes públicos de carácter heterogéneos. De ahí que referirse sin más matices al derecho a la tutela judicial efectiva sea decir mucho y nada a la vez. Mucho, porque con carácter general podemos entender por tutela judicial efectiva la garantía judicial o jurídica de todos los derechos —no sólo los fundamentales— que reconoce el ordenamiento jurídico, de tal manera que su previsión deriva directamente de la afirmación del Estado de Derecho. Y nada, porque se trata de un derecho fundamental que, sobre todo a través del recurso de amparo constitucional, ha sido configurado como un derecho fuente del que emanan a su vez derechos específicos, de tal manera que una invocación global resulta en muchos casos vacía de contenido.

Por otra parte, y como no podía ser de otra manera, el Tribunal Constitucional no ha elaborado un cuerpo doctrinal inmutable desde su puesta en marcha hasta nuestros días, sino que éste ha sido objeto de una importante evolución, que incluso se ha traducido en la incorporación de algunas de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva una vez iniciada la década de los 90. No todos los derechos incluidos en el artículo 24.1 de la Constitución se reconocieron en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional y el contenido constitucionalmente declarado de algunos de ellos ha variado considerablemente con el paso del tiempo, de tal manera que el TC ha tenido que acudir en varias ocasiones al mecanismo previsto en el artículo 13 LOTC para dar un giro considerable a su doctrina. Y lo que es peor, también en ocasiones, ha mantenido doctrinas contradictorias en relación con las diversas facetas del citado derecho fundamental.

Esta realidad se ha traducido en la existencia de diversas etapas y períodos del Tribunal Constitucional a la hora de poner el acento en unas u otras vertientes del derecho. Se puede afirmar que el cambio de paradigma al que antes aludía en relación con la transformación que supuso la aprobación de la Constitución, no se ha agotó en el momento de su entrada en vigor, sino que se ha ido produciendo poco a poco. Esta evolución a la que me refiero no ha sido una excepción en la experiencia española.

Aunque se podrían traer a colación otras, hay que destacar la labor de interpretativa del TEDH en relación con el art. 6.1 CEDH²⁴⁷.

A continuación y sin ánimo de ser exhaustiva, analizaré los diversos contenidos de los que se ha revestido el genérico derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, señalando en qué etapas el Tribunal Constitucional se ha centrado más o menos en la protección de las distintas vertientes o contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, aunque el citado derecho y la proscripción de indefensión tienen vigencia en todas las controversias suscitadas en todos los órdenes jurisdiccionales, su alcance no es el mismo en todos los casos, lo que obligará a hacer los correspondientes matices en este sentido.

Antes de ello, es importante señalar desde este momento que la concreción de los derechos que componen el derecho a la tutela judicial no tiene una importancia sólo nominativa o sistemática, sino que resulta crucial en la medida en que el control de constitucionalidad de éstos se lleva a cabo aplicando distintos test de constitucionalidad. La intensidad con que el Tribunal Constitucional controla las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no es la misma en todos los casos. Pero a su vez, debido a que no nos encontramos ante derechos absolutamente autónomos, es posible que los contenidos de los diversos derechos fundamentales incluidos en el artículo 24.1CE se solapen²⁴⁸. En efecto, varias de las vertientes del genérico derecho a la jurisdicción no son más que concreciones específicas de un mismo fundamento o de un derecho más amplio²⁴⁹.

El hecho de que sea considerado un derecho en permanente construcción se deriva, no sólo del carácter dinámico de la doctrina constitucional, sino también de su propio carácter de configuración legal. Así lo ha expresado el propio Tribunal, entre otras, en la STC 108/1999, en la que afirma que el mencionado derecho “como derecho de configuración legal, puede tener y, de hecho tiene, un contenido distinto en los distintos momentos históricos, al compás de los cambios en la legalidad que lo configura”.

²⁴⁷ N. Trocker ha realizado un extraordinario trabajo sobre este tema que se encuentra publicado en dos partes con el título “Dal «giusto processo» all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo” en la *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol.61, núm. 1, 2007, págs. 35-66, la primera parte; y, la segunda, en el Vol. 61, núm. 2, 2007, págs. 439-460.

²⁴⁸ Vid. en este sentido I. Díez-Picazo Giménez, “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho), en *El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes*, Cuadernos de Derecho Público núm. 10, págs. 19-20.

²⁴⁹ Así lo han puesto de relieve C. Viver y H. López, “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, 2006, pág. 23.

2.2. Un protagonista en la configuración del 24.1 CE: el recurso de amparo constitucional.

A pesar de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva forma parte de los llamados derechos de configuración legal, su contenido se ha concretado sobre todo a través de la jurisprudencia constitucional. La ley es un instrumento fundamental tanto para la definición del derecho como para hacer posible, en buena medida, su ejercicio. Sin embargo, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha venido dotando al derecho de sus contornos esenciales. Por ello, más que de un derecho de configuración legal –que lo es— se trata también de un derecho de configuración jurisprudencial en la medida en que el TC no se limita a interpretar de conformidad con la Constitución la legalidad procesal, sino que en una actividad innovadora importante, ha interpretado el artículo 24.1 CE, dotándole de unos contenidos que, *a priori*, no se deducen necesariamente de la lectura del precepto²⁵⁰. Si en general es difícil y problemático definir los contenidos esenciales de cualquier derecho fundamental, esta dificultad se acrecienta más, en nuestro caso a la hora de determinar qué facultades son inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva²⁵¹. No obstante, frente a la opinión de considerar al recurso de amparo como una tercera instancia, circunstancia ésta propiciada por los derechos insertos en el art. 24.1 CE, ha habido voces autorizadas que no lo han entendido así. En este sentido, C. Viver i Pi-Suyet ha considerado que tal afirmación no deja de ser un tópico si se atiende a dos razones fundamentales²⁵². Por un lado, a que el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión tienen una extensión “horizontal” importante, pero el tipo de control que se hace sobre algunas de sus vertientes o proyecciones es muy superficial. Por otro, porque respecto tanto del contenido del derecho como de los test o criterios utilizados en el control de constitucionalidad de las resoluciones

²⁵⁰ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pág. 23) señala como ejemplo el art. 24.1 CE para mostrar la complejidad y el problema que supone definir un derecho fundamental. A tal efecto afirma: “Piénsese simplemente en tratar de saber lo que entra y lo que no de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. «Lógica institucional clara y precisa» parece más un *desiderátum* que una fórmula auténtica”.

²⁵¹ Para ilustrar la dificultad que supone la definición de un derecho fundamental, se suele poner como ejemplo, precisamente, nuestro artículo 24.1 CE. *Vid.* en este sentido L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, cit., pág. 22.

²⁵² “El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol.II Madrid, 2002, págs.1785-1804.

judiciales puede afirmarse “que ha adquirido una notable estabilidad y previsibilidad – dentro de lo que es posible y conveniente en derecho—”²⁵³.

Pero es que, además de lo anterior, el TC ha concretado, a modo de legislador procesal de detalle, el sentido de normas procesales que enuncian principios generales. Un ejemplo de esta actividad de concreción se observa en relación con la subsanabilidad de los requisitos procesales. Nadie duda hoy, a pesar de que la redacción de la ley procesal correspondiente sea más o menos concreta en este sentido, que la falta de firma de letrado en un escrito que da impulso a un proceso judicial y en el que la intervención de aquel resulta preceptiva, es un defecto subsanable que no puede traer como consecuencia la inadmisibilidad del trámite procesal. Lo mismo podría decirse en relación con la no aportación del poder general para pleitos, o del justificante que acredita que se han consignado los depósitos exigidos por la ley para poder impugnar una resolución judicial si el depósito ya estaba realizado en la fecha de su presentación, etc. Estas concreciones del principio de subsanabilidad de los actos procesales, prevista con carácter general en el art. 11.3 LOPJ²⁵⁴, no han sido objeto de concreción con carácter general en las distintas leyes procesales, de ahí que el hecho de determinar qué omisiones o defectos son o no susceptibles de subsanación ha pasado a ser con el tiempo, más que una cuestión sujeta a ponderación en cada caso concreto, a una regla que se deriva de una doctrina constitucional que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el asunto en reiteradas ocasiones y que ha dado lugar a la formulación de normas.

No obstante, el hecho de que el amparo se haya convertido –al menos en la teoría hasta la objetivación del amparo en 2007— en el instrumento por excelencia para la interpretación del art. 24.1 CE y de la legislación procesal, puede deberse a que el Tribunal Constitucional ha sido, en relación con las leyes procesales de dudosa constitucionalidad más condescendiente con el legislador que con el juez a la hora de realizar el control de constitucionalidad²⁵⁵. Hasta tal punto ha sido así, que en algunas

²⁵³ “El proceso constitucional de amparo...”, cit. pág. 1788.

²⁵⁴ Dicho precepto establece: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido por las leyes”.

²⁵⁵ Así lo han puesto de manifiesto varios autores. Vid. en este sentido, I. Díez-Picazo Giménez, “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: Breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, T. I, Navarra, 1998, pág. 348-349, para quien existe una absoluta desproporción “entre el exceso de fiscalización de interpretaciones de normas procesales y el déficit de fiscalización de esas mismas normas procesales”. También en este sentido,

ocasiones el TC ha estimado contrarias al artículo 24.1 CE interpretaciones literales de ciertas normas procesales que, en un momento posterior, al examinar esas mismas normas a través de procesos de control de constitucionalidad de la ley, las ha declarado conformes a la Constitución²⁵⁶.

Algunos autores achacan esta realidad al carácter relacional del artículo 24.1 y a su falta de idoneidad como parámetro de constitucionalidad, por lo que su lesión, con carácter general, sólo puede apreciarse cuando lleva aparejada de la infracción de otros preceptos constitucionales²⁵⁷. Para este sector doctrinal, la utilización del art. 24.1 CE como parámetro de constitucionalidad capaz de llevar a declarar la inconstitucionalidad de una ley, “es una *nueva* manifestación de la fuerza expansiva del recurso de amparo y supone sin duda una desvirtualización del control de constitucionalidad”²⁵⁸. Sin embargo, esta afirmación la desmienten los hechos, ya que el TC no sólo ha declarado la inconstitucionalidad por vulneración del art. 24.1 CE en los últimos 10 años, sino que, desde bien temprano pueden encontrarse sentencias en este sentido.²⁵⁹ El

aunque de forma más general, no circunscrita a la adecuación de las normas procesales a la Constitución, P. Cruz Villalón, ha hecho especial hincapié en esta situación, reclamando “menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador”, “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, 1994, pág. 9.

²⁵⁶ Es, por ejemplo, lo que ocurrió en relación con el art. 45 LPL. Dicha norma establece la obligación de comunicar al órgano judicial al que se dirige un escrito, su previa presentación en los Juzgados de Guardia, al día siguiente hábil. La STC 48/1995, fruto del planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC), declaró conforme a la Constitución tal obligación, mientras que había estimado varios recursos de amparo con anterioridad al considerar que tal obligación era contraria al artículo 24.1 CE.

²⁵⁷ Esta es la opinión de J. Urías Martínez “Sobre las sentencias del control de leyes, “Crónicas de jurisprudencia constitucional. (Septiembre de 2005-agosto de 2006), *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007, págs. 91-93.

²⁵⁸ *Ibid.*, pág. 92. La cursiva es mía.

²⁵⁹ El TC ha declarado la inconstitucionalidad de varias normas con rango de ley por vulnerar diversos derechos insertos en el art. 24.1 CE en la década de los 80 y 90 del siglo pasado. Entre otros y sin ánimo de ser exhaustiva se citan los siguientes: La STC174/1995, en la el TC declaró inconstitucional el art. 38.2.I de la Ley de ordenación de transportes terrestres por vulnerar la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva al condicionar el derecho de acceso al juez, en todas las reclamaciones inferiores a 500.000 pesetas derivadas de los contratos suscritos en el sector de transportes terrestres, a un pacto expreso con la otra parte rehusando la vía del arbitraje como sistema para la resolución de las controversias derivadas del contrato. A falta de pacto expreso, la citada Ley obligaba al particular a dirimir los conflictos surgidos del contrato al arbitraje. También se reconoció contrario al derecho de acceso a la jurisdicción la extensión de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria al curso de las demandas civiles en la medida en “que carece de encaje constitucional [y] que conlleva una irrazonable y desproporcionada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 9/1990), lo que llevó al TC a declarar la inconstitucionalidad de parte del art. 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su redacción dada por la LO 3/1985, de 29 de mayo. También la STC 141/1988, que declaró la inconstitucionalidad del art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, al considerar contrario al art. 24.1 CE la exigencia de liquidar fiscalmente los documentos para que pudieran surtir efectos ante los Tribunales de Justicia. Tal exigencia podría vulnerar el derecho de acceso a la

argumento principal que sostienen las aseveraciones anteriores es que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal y “sólo puede hacerse valer en la medida en que el legislador haya establecido una vía de acceso judicial. Ir más allá, sin duda, puede llevar a extralimitaciones en el ámbito reservado a un Tribunal Constitucional que aparece, tal vez, excesivamente volcado en el diseño y la configuración del sistema judicial, en detrimento de otros bienes y derechos constitucionales”,²⁶⁰.

Respecto al primer argumento, la objeción puesta de contrario lleva a afirmar que los derechos de configuración legal, sólo por serlo, no tienen contenido esencial y, en consecuencia, son absolutamente disponibles para el legislador. Argumento que, de llevarse hasta sus últimas consecuencias, podría llevar incluso a sostener la constitucionalidad de una ley que impusiera un arbitraje obligatorio –con exclusión del acceso a la jurisdicción— de una determinada parcela de nuestro ordenamiento jurídico, o de una ley que permitiera, con carácter general, la condena *inaudita parte*; decisiones éstas que me parecen insostenibles desde un punto de vista constitucional sin necesidad de tener que alegar otros preceptos constitucionales distintos al art. 24.1 de nuestra Norma Fundamental. Precisamente, creo que por pertenecer la tutela judicial efectiva a los llamados derechos de configuración legal, hay que extremar más las cautelas a la hora de realizar el control de constitucionalidad, ya que si bien el legislador dispone de un amplio margen de maniobra a la hora de diseñar el derecho, es preciso que no deje vacíos de contenido los rasgos definitorios del derecho, es decir, su contenido esencial, con el argumento, precisamente, de su gran margen de maniobra. No obstante, más adelante me referiré con más detalle a esta cuestión.

Por lo que respecta a la segunda de las afirmaciones, esto es, aquella según la cual el TC está demasiado involucrado en la configuración del sistema judicial, la preocupación por el diseño del sistema judicial la tienen sobre todo, los órganos judiciales ordinarios y, especialmente, los órganos que se encuentran en la cúspide del sistema del Poder Judicial. Éstos han influido de forma decisiva a la hora de diseñar, por ejemplo, el modelo de casación que necesitamos, llegando incluso en los casos en los que tal objetivo no se ha conseguido, a alterar el sentido de la ley, a través de la interpretación de ésta, como sucedió por ejemplo, con la interpretación de los preceptos

jurisdicción en aquellos casos en los que es un requisito indispensable para la admisibilidad de la demanda la presentación de ciertos documentos, o el derecho a la prueba en aquellos casos en los que es necesario aportar determinados documentos para probar los propios derechos.

²⁶⁰ J. Urías Martínez, op. cit., pág. 93.

reguladores del recurso de casación reglado por la LEC de 2000²⁶¹. El TC, por el contrario, se ha limitado en muchas ocasiones a hacer recomendaciones al legislador que, en la mayoría de los casos han caído en saco roto y han obligado al Alto Tribunal a seguir conociendo de determinados asuntos que, claramente debían resolver los órganos judiciales ordinarios pero que, al no haber vías procesales disponibles, seguían residenciándose ante el TC.

El título con el que abría este epígrafe requiere, además, una aclaración directamente relacionada con lo que se acaba de decir. En efecto, aunque hasta ahora se ha hecho referencia a la importancia a la configuración jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva, hay que resaltar que esta labor de detalle se ha realizado sobre todo a través del recurso de amparo constitucional. Éste se ha convertido en una pieza clave a la hora de perfilar el contenido de los derechos fundamentales del artículo 24.1 CE. Por el contrario, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad han tenido un papel claramente secundario y residual en este campo. Mientras que ha sido elevadísimo, por no decir claramente desmesurado, el número de recursos de amparo en los que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, resulta llamativamente escaso el número de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad en los que se alegara como infringido el art. 24.1 CE. Las causas de que esto haya acabado siendo así se explican por razones bien diferentes.

En relación ya con el recurso de inconstitucionalidad, hay que señalar con carácter previo que los legitimados para su interposición han tenido múltiples ocasiones para hacer uso de ese instrumento de control de constitucionalidad. Si bien es cierto que cuando se aprobó la Constitución las leyes procesales reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales ya llevaban mucho tiempo en vigor²⁶², todas ellas fueron objeto de varias reformas legislativas y, sin embargo, ninguna fue recurrida a través de esta vía. Además, con el paso del tiempo todos los órdenes jurisdiccionales, salvo

²⁶¹ A tal efecto ha señalado L. Díez-Picazo y Ponce de León (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la defensa de los derechos fundamentales”, cit., pág. 16: “No puede reconocerse a los jueces competencia para regular el volumen de su trabajo que es para lo que suelen servir las resoluciones de inadmisión. La Sala Primera del Tribunal Supremo (y algunas otras del mismo órgano) nos pueden dar la pista de lo que tal cosa significa. La mencionada Sala comenzó desarrollando los supuestos legales en los que –según ella– ceban el recurso de casación y el llamado el recurso extraordinario por infracción procesal, aunque tenga que contradecir para ello la Ley.”

²⁶² A pesar de ello, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda, apartado 1º de la LOTC, los legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad pudieron haber interpuesto recurso de inconstitucionalidad dentro de los tres meses siguientes contados desde el día en que quedó constituido el TC contra cualesquiera de las leyes reguladoras del proceso.

el penal, han visto renovadas sus normas procesales y en estas ocasiones tampoco ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ninguna de ellas. Por otra parte, se han aprobado normas con rango de ley y, en consecuencia susceptibles de ser controladas a través de esta vía, que, sin ser estrictamente procesales, han afectado a algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, sólo el Defensor del Pueblo ha hecho uso de esta herramienta.

Podría pensarse que esta realidad responde a que el artículo 24.1 CE no es un precepto adecuado como canon de control de constitucionalidad abstracto de normas debido, sobre todo, a que al tratarse de un derecho de configuración legal la libertad del legislador es considerablemente amplia en este campo²⁶³. Sin embargo, y al margen ahora de valorar la anterior apreciación en la medida en que ya se ha hecho anteriormente, creo que son otro tipo de factores los que han llevado a que el recurso de inconstitucionalidad no haya resultado un instrumento útil para controlar la adecuación de las normas con rango de ley a las exigencias del artículo 24.1 CE.

Me parece que son dos las razones, muy conectadas, por las que las cosas han acabado siendo así. La primera tiene que ver con el poco interés que la ordenación del proceso despierta en el debate político. No hay una política del proceso que se discuta con especial vehemencia en el Parlamento y de ahí que no sea una cuestión respecto de la cual interese prolongar el debate ante el Tribunal Constitucional. El recurso de inconstitucionalidad, aunque está puesto al servicio de la depuración del ordenamiento jurídico, es activado –salvo en el caso del Defensor del Pueblo– por sujetos políticos que, en consecuencia, actúan también por criterios de oportunidad política²⁶⁴. Este desinterés, seguramente no deliberado, de la política por el proceso se traduce también en una gran desidia a la hora de interesar la adecuación de la ley a las exigencias del artículo 24.1 CE. Buena prueba de ello es también el hecho de que en pocas ocasiones el legislador ha acogido las recomendaciones que el Tribunal Constitucional ha sugerido en materia procesal. Éstas o no han llegado nunca o se han incorporado tarde²⁶⁵.

²⁶³ Esta es la opinión de J. Urías Martínez en “Crónicas de Jurisprudencia constitucional sobre las sentencias de control de leyes (septiembre 2005-agosto 2006)”, *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Cuadernos y Debates núm. 175, pág. 92.

²⁶⁴ *Vid.* en este sentido J. Jiménez Campo, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pág. 78.

²⁶⁵ Un caso paradigmático que generó un número importantísimo de recursos de amparo en la década de los 80 y 90 es la recomendación contenida en las SSTC 9/1981 y en 63/1982 –especialmente en esta última– a propósito de la conveniencia de que el legislador modificara el art. 64.1 de la ya derogada

En mi opinión hay otra razón igualmente poderosa que lleva a la misma conclusión. La ordenación del proceso es considerada por la mayoría de los protagonistas que intervienen en el proceso legislativo como algo esencialmente técnico y, en consecuencia, son los encargados de la aplicación de la ley y, dentro de éstos los Jueces y Tribunales, los que saben en realidad los cambios que necesita la Justicia, de ahí, que la opinión política –si es que existe— pase en ocasiones a un segundo plano. Algunas reformas procesales, por no decir la mayoría, se han realizado únicamente atendiendo a peticiones concretas de la judicatura con el objeto de reducir el número de asuntos que tienen entrada en algunos órganos judiciales.

Por unas u otras razones, lo cierto es que esta vía de control no ha resultado idónea para asegurar la adecuación de las normas con rango de ley a las exigencias del artículo 24.1 CE y mucho me temo que no lo será tampoco en el futuro. Al menos, no hay datos que apunten lo contrario.

Si la vía del recurso de inconstitucionalidad no ha sido adecuada para realizar el control de adecuación de las normas con rango de ley a las exigencias del art. 24.1 CE, no ha sucedido lo mismo con la cuestión de inconstitucionalidad. Este instrumento ha sido utilizado por los Jueces y Tribunales de forma desigual dependiendo de muchos factores tanto sustantivos –de la vertiente del derecho que se considerara vulnerada por el legislador— como temporales. Empezando por estos últimos, es de sobra sabido que en los primeros años de puesta en funcionamiento de la jurisdicción constitucional, eran escasas las cuestiones de inconstitucionalidad que se presentaban, por lo que el TC tuvo que realizar el control de constitucionalidad de la ley a través, principalmente, del recurso de amparo²⁶⁶. Una vez que los órganos judiciales se han mostrado más colaboradores con el TC en el control de constitucionalidad de la ley, en general, éstos han reaccionado contra los impedimentos establecidos por el Legislador y que afectan a la vertiente más nuclear del derecho, es decir, el derecho a residenciar ante el juez la tutela de los derechos e intereses legítimos²⁶⁷. Sin embargo, no se observa ese activismo en relación con otras vertientes del derecho, como por ejemplo el derecho de acceso a los recursos.

LJCA de 1956 con el fin de promover la defensa mediante la correspondiente contradicción en el proceso. El legislador no reaccionó ante tal recomendación hasta el año 1992. El coste que tuvo tal tardanza se concretó en casi un centenar de sentencias de amparo.

²⁶⁶ Son muchas las sentencias de amparo que, en realidad, esconden un control de constitucionalidad de la ley y que incluso llevan al TC a plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC). Vid. en este sentido, en relación con las sanciones disciplinarias militares, las SSTC 22/1982 y 18/1994.

²⁶⁷ En este sentido, fueron objeto de cuestión de inconstitucionalidad los procesos constitucionales que dieron lugar a las SSTC 243/1988, 174/1995, 138/2005, 113/2006, entre otras.

2.3. La extensión del derecho del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las fases del proceso judicial.

A estas alturas de andadura constitucional, se puede afirmar sin miedo a la equivocación, que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 CE no se limita a consagrar un derecho de acceso a la justicia. Como se ha dicho anteriormente, esta perspectiva ha quedado ampliamente superada, no sólo en nuestro país sino también en un amplio contexto internacional. Además, es importante hacer hincapié en que el derecho a la tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos no se ha constreñido a un reconocimiento de garantías de carácter estrictamente procesal que tratan de asegurar los principios de audiencia y contradictorio en el proceso. El genérico derecho del artículo 24 CE, tal y como ha sido diseñado por la jurisprudencia constitucional, no puede entenderse como un mero derecho formal al modo de los defensores de la llamada *procedural justice*, cuyo máximo exponente es Rawls. En estos sistemas, la atención y el respeto por las garantías de carácter eminentemente procesal es lo único que importa: el sistema se basa en garantizar que las partes puedan alegar y defenderse en igualdad de condiciones, siendo absolutamente indiferente el contenido de la resolución que ponga fin a la controversia. Lo único importante es asegurar que las partes contendientes defienden sus posiciones en el marco del proceso con arreglo a las reglas del *fair play*. Este conjunto de principios y reglas se aproxima a una determinada ideología y función del proceso, según las cuales no hay más justicia en el ámbito de la jurisdicción que la justicia del proceso. Lo más destacable de estas teorías es que entienden la jurisdicción como un método de resolución de conflictos y no como un mecanismo tendente a la búsqueda de la verdad de los hechos para la aplicación correcta del Derecho. Los defensores de estas tesis parten de la convicción de que es inútil encaminar el proceso a la búsqueda de la verdad material y, en consecuencia, prefieren renunciar a ella²⁶⁸. El juez se convierte en un simple árbitro entre las partes, destacando su actitud pasiva en la *litis*.

²⁶⁸ M. Taruffo (“Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, *Páginas sobre Justicia Civil*, 2009, pág. 23) se ha mostrado especialmente crítico con los postulados de la *procedural justice* en la medida en que han tenido “el efecto de distraer la atención de la justicia o injusticia «sustancial» de la decisión judicial, para concentrar el discurso sobre la justicia o injusticia del procedimiento, como si éste absorbiese a sí mismo o asegurase a priori la justicia del resultado que el procedimiento lleva a cabo”.

Sin embargo, hay otras ideologías del proceso que se alejan considerablemente de los postulados de la *procedural justice* aunque comparten con ella la importancia de la justicia del proceso. Éstas, las garantías de las partes que aseguran el *fair play*, son necesarias, pero no suficientes para poder hablar de justo proceso o para asegurar la tutela judicial de forma efectiva. El producto del proceso, la decisión del juez, y no sólo los derechos de las partes en el curso del procedimiento judicial, es un componente esencial para determinar si ha existido o no un proceso justo. La decisión judicial pasa a ser un blanco esencial sobre el que recae el control de verificación de si se han respetado o no las reglas del justo proceso. Los controles, en consecuencia, no se ciñen al modo en que se llevó a cabo el procedimiento y a si se respetaron o no los derechos estrictamente procesales de las partes, sino también a la resolución emanada por el poder público. Entre los filósofos del Derecho que se han manifestado favorables a estas tesis destaca Ferrajoli, para quien la garantía jurisdiccional no debe limitarse a asegurar la justicia procesal. Según el jurista italiano, dos son los caracteres fundamentales que definen a la jurisdicción: la aplicación de las normas sustantivas vulneradas en casos concretos y, como premisa para lo anterior, la comprobación de los hechos que dieron lugar a la *litis* a través de la práctica de las pruebas. Desde esta posición, cobran especial protagonismo, no sólo las formas en que el pleito se llevó a cabo, sino también el producto del proceso que debe orientarse a la aplicación correcta de las normas sustantivas y a la averiguación de los hechos.

El desarrollo jurisprudencial que el TC le ha venido dando al art. 24.1 CE parece situar a nuestro sistema cerca de los postulados filosóficos que no se conforman con garantizar el *fair play*, sino que exigen también un control sobre el producto del proceso. En efecto, en nuestro sistema la decisión del órgano judicial es en muchos casos un elemento esencial para verificar si se han cumplido o no las garantías que integran el derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera que no basta con una mera comprobación de las formas en que se ha desarrollado el proceso. Naturalmente estas son importantes, muy importantes, pero no las únicas a las que afecta el derecho a la tutela jurisdiccional. El que la disputa tenga lugar en un procedimiento *fair* es necesario, pero no suficiente. La resolución judicial que pone fin a la controversia adquiere una importancia decisiva. Hasta tal punto es así, que podemos encontrar infinidad de sentencias dictadas en amparo en las que, a pesar de haberse respetado todas las garantías estrictamente procesales de las partes a lo largo del procedimiento judicial, se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el

contenido y la calidad de la resolución judicial que puso fin a la controversia. Esto no quiere decir que el control de las garantías a lo largo del proceso esté absolutamente desvinculado del control de la resolución que pone fin al proceso, ya que en ocasiones, el control de éste último tiende a corroborar también que se respetaron las primeras.

Lo que se trata de poner de manifiesto con todo lo anterior es que nuestro TC, no sé si de forma consciente o no, parece tener una concepción del derecho a la tutela judicial efectiva no limitada a asegurar que se han respetado los derechos estrictamente procesales de las partes, sino que también impone unos estándares mínimos a las resoluciones judiciales con el fin de evitar la existencia de arbitrariedad, de irrazonabilidad, o de un error manifiesto en la consignación de los hechos declarados probados, lo que hace que esté en sintonía con las segundas tesis apuntadas anteriormente. Los motivos que quizás le hayan llevado a ello pueden ser objeto de diversas causas de las que me ocuparé más adelante, pero lo cierto es que el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales con el fin de determinar si se ajustan a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, no se han conformado con un control que recaer únicamente sobre las formas en las que han de ventilarse los procesos.

Aunque más adelante profundizaré en esta idea, hay que señalar ya que desde el momento en que el producto del proceso, esto es, la sentencia o la resolución que pone fin al pleito, es esencial a la hora de determinar si se respetó o no el contenido del artículo 24.1 CE, tiene mucho interés prestar atención a las herramientas que el ordenamiento jurídico dispensa para privar de los efectos de cosa juzgada a aquellas resoluciones judiciales que no se ajustan a los cánones de constitucionalidad que se derivan de lo dispuesto en la doctrina constitucional. No tiene ningún sentido, o como poco resulta del todo incoherente, que la resolución judicial tenga un peso absolutamente esencial a la hora de determinar si se vulneraron o no derechos constitucionales y que no existan mecanismos que tiendan a dejar sin efecto de cosa juzgada aquellas resoluciones judiciales contrarias a la tutela judicial efectiva y más aun si esa contrariedad con la Constitución se debe a la actuación del poder público. Esta situación es, como poco, incoherente. Un sistema que pone tanto énfasis en el control de la decisión judicial debería tener cuanto menos instrumentos o herramientas que permitan la declaración de nulidad de la resolución vulneradora de derechos fundamentales.

Se analizan a continuación, de forma descriptiva, las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva según las ha interpretado a lo largo de su andadura el Tribunal Constitucional.

2.3.1. El derecho a la justicia: el acceso a la jurisdicción.

a) El derecho de acceso a la jurisdicción.

El contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva y que comprende el núcleo duro de éste es el derecho de acceso a la jurisdicción. Esto es, a interesar de los jueces y tribunales la tutela de los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico en su conjunto a los ciudadanos. El Tribunal Constitucional ha definido a esta vertiente del derecho como “la sustancia medular” del artículo 24.1 CE²⁶⁹. El derecho de acceso es, entre las distintas vertientes del genérico derecho, el primero en un “orden lógico y cronológico”²⁷⁰.

Como ya se ha dicho anteriormente, la voluntad de los redactores de la Constitución con la elaboración y redacción del artículo 24.1 CE consistía precisamente en esta potestad y, a la vez, garantía de los propios derechos: tener la posibilidad de solicitar al juez su tutela. Sin embargo, el alcance de esta faceta del derecho no se agota sólo en el acceso al juez con el fin de plantear una concreta pretensión procesal, sino que es más amplio: el contenido que el Tribunal Constitucional ha venido denominando como “normal” –en el sentido de habitual— del derecho, consiste en que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia (*thema decidendi*) que en su día las partes sometieron su conocimiento. Naturalmente, lo anterior no implica ni mucho menos que los órganos judiciales no puedan dictar resoluciones que, sin entrar en el fondo del asunto, pongan fin al proceso al apreciar que no se cumplen los requisitos legalmente exigibles para obtener una resolución sobre el fondo del asunto. Una resolución de

²⁶⁹ STC 37/1995, F.J. 5º.

²⁷⁰ *Vid.*, entre otras, la STC 251/2007. Una de las primeras sentencias en las que se hace esta afirmación es la 220/1993. Esto se produce en el momento en que el TC empezó a establecer como derecho autónomo y, en consecuencia diferenciado del derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto, el derecho de acceso a la jurisdicción. Esta expresión se ha ido reiterando miméticamente en multitud de sentencias posteriores.

inadmisión es perfectamente compatible con el artículo 24.1 CE si se cumplen ciertos requisitos a los que aludiré más adelante²⁷¹.

Sólo hay que señalar una excepción a esta doctrina: en el ámbito del proceso penal y en relación con los acusadores, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución judicial motivada, incluso en aquellos casos en los que se determine el archivo de las actuaciones por carecer los hechos denunciados de ilicitud penal, ya que no existe un derecho a obtener la condena penal del acusado. De ahí que en estos casos el derecho consista tan solo en un simple *ius ut procedatur*²⁷². Otra cosa es, sin embargo, que los órganos judiciales no realicen una actividad instructora suficiente ante las denuncias de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes padecidos bajo la custodia de autoridades policiales. En estos supuestos, el TC, siguiendo la doctrina del TEDH, ha mantenido en los últimos años que del art. 15 de la CE “se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos”²⁷³.

El TC ha tenido multitud de oportunidades para fijar los límites a los que están sujetos tanto el legislador como el juez, el primero a la hora de establecer las normas reguladoras del acceso a la jurisdicción y el segundo, en el momento de su aplicación. Respecto al legislador, éste dispone un amplio margen de maniobra a la hora de determinar los cauces y las modalidades a través de los cuales los ciudadanos pueden residenciar ante el juez la tutela de sus derechos e intereses legítimos. Pero el hecho de que sea un derecho de configuración legal no implica que el legislador no esté limitado a la hora de regular el derecho. De hecho, lo está en un doble sentido. Por un lado, impidiendo que determinadas controversias puedan residenciarse ante el juez²⁷⁴. Pero

²⁷¹ En estos casos, en los que una resolución judicial impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y ha sido dictada de conformidad con las exigencias constitucionales, más que “satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que hace es declarar que se carece del derecho a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Vid en este sentido, I. Díez-Picazo Jiménez, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, con I. Borrajo Iniesta y G. Fernández Farreres, Civitas, Madrid, 1995, pág. 62.

²⁷² Esta doctrina, esto es, la que determina que no se tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, se contiene en una infinidad de sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha analizado la constitucionalidad tanto de autos de archivo acordando el sobreseimiento de las actuaciones, como de sentencias penales absolutorias. Pueden verse, a modo de ejemplo las SSTC 74/1997, 85/1997, 120/2000, 168/2001, 218/2007.

²⁷³ STC 224/2007, FJ 3º. No obstante, en estos supuestos, al entrar en juego el art. 15 CE, el TC exige una motivación reforzada. Recientemente, el TC ha reiterado esta doctrina en las SSTC 52, 63 y 69/2008.

²⁷⁴ Como por ejemplo ocurrió en la STC 141/1988, que declaró la inconstitucionalidad del art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, al considerar contrario al art. 24.1 CE la exigencia de liquidar fiscalmente los documentos para que pudieran surtir efectos ante los Tribunales de Justicia. Asimismo, en la STC 174/1995, el TC declaró inconstitucional el

además, el art. 24.1 impide que el legislador exija a los litigantes el cumplimiento de requisitos o presupuestos procesales para el acceso al proceso que, resultando irrazonables, arbitrarios o desproporcionados, obstaculicen el ejercicio del derecho. Naturalmente que el derecho de acceso al proceso y a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto puede quedar condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para salvaguardar otros bienes o intereses dignos de protección. Lo que, según el TC, no es admisible desde un punto de vista constitucional, es que esos requisitos que determinan el acceso obedezcan al simple capricho del legislador o que las cargas exigidas al litigante resulten desproporcionadas puestas en relación con la salvaguarda de los otros bienes o derechos que se pretenden proteger mediante la imposición de tales impedimentos. O dicho en palabras del propio TC en la STC 273/2005, “el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y, más concretamente, del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5). En esta regulación podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses

art. 38.2.I de la Ley de Ordenación de transportes terrestres por vulnerar la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva al condicionar el derecho de acceso al juez, en todas las reclamaciones inferiores a 500.000 pesetas derivadas de los contratos suscritos en el sector de transportes terrestres, a un pacto expreso con la otra parte rehusando la vía del arbitraje como sistema para la resolución de las controversias derivadas del contrato. A falta de pacto expreso, la citada Ley obligaba al particular a dirimir los conflictos surgidos del contrato al arbitraje. También se reconoció contrario al derecho de acceso a la jurisdicción la extensión de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria al curso de las demandas civiles en la medida en “que carece de encaje constitucional [y] que conlleva una irrazonable y desproporcionada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 9/1990), lo que llevó al TC a declarar la inconstitucionalidad de parte del art. 2.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su redacción dada por la LO 3/1985, de 29 de mayo. Más recientemente, la STC 113/2006 ha declarado inconstitucional y nulo el art.59.2 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en la redacción introducida por el art. 25 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre. Dicho precepto establecía que las notificaciones realizadas por la administración tributaria se realizarían al presentador de los actos tributarios y no al sujeto obligado por el tributo, lo que había dado lugar a casos en los que se había impedido el derecho de acceso a la jurisdicción en el plazo legalmente establecido al haber tenido el obligado al pago conocimiento de la notificación tras haber expirado dicho plazo. A pesar de que tal previsión legal se consideró por el TC como legítima –en la medida en que perseguía una mayor eficacia en la gestión del impuesto—, se declaró inconstitucional por imponer un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción. También dentro de este grupo de sentencias hay que incluir la STC 138/2005, en la medida en que declara inconstitucional el art. 136 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, debido a que impedía al esposo ejercitar la acción de impugnación de la paternidad una vez transcurrido el plazo de un año desde la inscripción de la filiación del hijo en el Registro Civil, aunque aquel ignorara ser el padre biológico.

constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4; y 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4).” Así, “las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo han de responder a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho” (STC 141/1988). En definitiva, las normas que impiden el derecho de acceso o aquellas otras que, aun sin impedirlo, lo obstaculizan sin una justificación razonable, son contrarias al artículo 24.1 en su vertiente “nuclear”²⁷⁵.

Más complicaciones plantea el estudio de las obligaciones que se derivan de esta vertiente del derecho respecto a los jueces y tribunales ya que no se agotan en exigirles el cumplimiento de la ley procesal reguladora de las condiciones de acceso. Naturalmente, las presuponen: el juez no puede impedir el acceso a la jurisdicción por causas que no están legalmente previstas²⁷⁶. Tal actuación supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Pero no sólo basta con que el juez se base en una causa legal para declarar inadmisibile el acceso a la jurisdicción, sino que además es necesario que ésta concurra en el caso concreto: el error patente en la aplicación de las causas que cierran el acceso al proceso vulnera también el artículo 24.1 CE²⁷⁷. Además, el juez está también sujeto a dar cumplimiento en su resolución de inadmisión a otras facetas o contenidos insertos en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva, como son, entre otras, su necesaria motivación.

Sin embargo, no es sólo la sujeción a la ley y su aplicación “correcta” –en el sentido de no incurrir en error evidente o patente— y motivada la obligación que para los jueces se deriva del derecho de acceso a la jurisdicción. La importancia de este derecho ha llevado al TC a afirmar con carácter general la vigencia del principio *pro*

²⁷⁵ Por el contrario, el TC ha declarado constitucionales algunos requisitos impuestos por el legislador de cuya observancia dependía el derecho de acceso a la jurisdicción. Entre otros, el requisito de la comunicación previa al órgano que dictó el acto administrativo impugnado previsto en el art. 110.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del art. 57.2.f) de la LJCA de 1956, ambos ya derogados (STC 76/1996).

²⁷⁶ El aplicador o intérprete del Derecho “no tiene potestad para crear impedimentos o limitaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse” (SSTC 99/1985 y 178/1987), de ahí que “la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo ilegalidad sino inconstitucionalidad” (STC 201/1987).

²⁷⁷ El error en el cómputo de un plazo, la equivocación evidente respecto a la aportación de los documentos necesarios para poder entablar la acción, generalmente producto de equivocaciones o simples errores de los juzgadores, dan lugar a la lesión del derecho de acceso a la jurisdicción. Pueden verse en este sentido y entre otras muchas, las SSTC 201/1987, 36/1988, 63/1990, 168/2000, 163/2003, 173/2003, 251/2004, 290/2005, 140/2006 y 161/2007.

actione o aplicación de la interpretación más favorable de la ley procesal para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso a los Tribunales. Así y dicho ahora sin matices, si la norma procesal reguladora del acceso a la jurisdicción es susceptible de ser interpretada en varios sentidos, el principio *pro actione* obliga al juez a aplicar aquella que permita el acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución sobre el fondo del asunto. No basta pues, con que la interpretación de la ley sea “razonable” –en el sentido de posible a partir de los términos en los que está redactada la norma—, sino que ha de ser interpretada de la forma más beneficiosa o que permita el ejercicio normal del derecho que consiste en obtener una resolución sobre el fondo del asunto. Lógicamente, una vez impuesta esta obligación, va de suyo que también resultarán inconstitucionales aquellas otras interpretaciones de la norma que resulten arbitrarias, irrazonables o incursas en error. Esto es, aquellas que no pasarían el control de constitucionalidad menos incisivo de los aplicados por el TC a la hora de juzgar la conformidad de las resoluciones judiciales al art. 24.1 CE.

No obstante, afirmar hoy, sin más matizaciones, la vigencia del principio *pro actione* en relación con todos los supuestos en los que está comprometido el derecho de acceso a la jurisdicción no es exacto. Este principio de interpretación más favorable resulta aplicable, sobre todo, pero no exclusivamente, a aquellas normas que determinan las cuestiones que pueden residenciarse ante la jurisdicción²⁷⁸ y a aquellas otras que regulan la legitimación activa, pero ha sido objeto de matizaciones importantes en relación con las que regulan los requisitos y las cargas que han de cumplir los litigantes para poder ejercer el derecho tal y como lo ha diseñado el legislador.

El principio *pro actione* no rige necesariamente cuando son los litigantes los que, con su actuación errónea o poco diligente –ya sea ésta activa o pasiva—, no cumplen en el momento de acceder a la jurisdicción con los requisitos establecidos en la ley o en la forma en que esos requisitos han sido interpretados jurisprudencialmente. Tampoco en aquellos casos en los que se puede afectar a los derechos procesales del resto de las partes intervinientes en el proceso. Esta realidad ha dado lugar a la aplicación de distintos cánones de control de constitucionalidad desde que el Tribunal Constitucional inició su andadura.

²⁷⁸ Así, por ejemplo, en el orden social, la posibilidad de que se le puedan someter al juez acciones declarativas. Vid. en este sentido SSTC 71/1991.

En los primeros años de funcionamiento el Alto Tribunal, apelando a su doctrina de la prohibición de los “formalismos enervantes”, exigió a los jueces, en algunos casos, la aplicación del principio hermenéutico *pro actione*, de forma que “una decisión de inadmisión será constitucionalmente legítima cuando se apoye en la concurrencia de una causa a la que una norma legal anude tal efecto y se aprecie por el juez en aplicación razonada de una norma, *que en todo caso habrá de interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio de la acción* (SSTC 11 y 37/1982, 65 y 68/1983, 43/1984, 43/1985 y 19/1986, citadas en la 146/1986, de 17 de diciembre)”²⁷⁹. En ocasiones y apelando a este criterio hermenéutico, el TC exigió la necesidad de otorgar un plazo no previsto expresamente en la Ley al litigante que había actuado de forma negligente para subsanar el defecto advertido por el juzgador y, en otros, sencillamente a afirmar que el incumplimiento de la norma procesal por el que pretendía acceder a la jurisdicción no podía llevar aparejada la sanción de cierre de la vía judicial. De esta manera, la aplicación del principio hermenéutico *pro actione* se traducían en la exigencia de flexibilizar la ley procesal hasta incluso sobrepasar los límites del principio de interpretación conforme a la Constitución²⁸⁰. No obstante, es importante señalar que, a pesar de que parece ser una creencia común el hecho de que el TC de los primeros años flexibilizara de forma notable la interpretación del tenor literal de las normas procesales para favorecer a toda costa el acceso a la jurisdicción²⁸¹, no fue así en realidad, o al menos, no existió una doctrina uniforme en este sentido. Por un lado, porque la invocación a la doctrina de la interpretación más favorable era, aun en los comienzos, meramente retórica en muchas sentencias de amparo, pues el caso concreto que se sometía al enjuiciamiento del Tribunal, hubiera llevado a estimar el recurso sin aplicar tal criterio hermenéutico, ya que, o bien la resolución era desproporcionada e incluso

²⁷⁹ STC 118/1987, FJ 2. La cursiva la añado yo.

²⁸⁰ Esto es, a realizar interpretaciones que no son compatibles con el tenor literal de la disposición procesal. Tal es el caso de lo acontecido con la obligación impuesta tanto en la antigua LJCA como en la Ley 30/1992, de comunicar al órgano emisor de la resolución que ésta va a ser objeto de recurso contencioso-administrativo. La Ley establecía que “la interposición de recurso contencioso-administrativo requerirá comunicación previa al órgano que dictó el Auto impugnado”. Debido a su tenor literal (requerirá), muchos órganos judiciales sancionaban la falta de comunicación con la inadmisibilidad del recurso. Sin embargo, el TC en su STC 76/1996, y tras estimar un buen número de recursos de amparo, declaró la constitucionalidad de la Ley siempre y cuando se considerara que la falta de comunicación pudiera ser subsanada. Es evidente que el término “requerirá” establecido por el legislador, se flexibilizó de forma considerable.

²⁸¹ Parten de esa base C. Viver y H. López cuando afirman que “a partir de las SSTC 88/1997 y 38/1998, el TC ya no suele configurar ese principio [el *pro actione*] como una exigencia de optar en todo caso por la interpretación de los preceptos que regulan el acceso a la jurisdicción del modo que resulte más beneficioso para el ejercicio de ese derecho”, “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, cit. pág. 28.

irrazonable, o incura en un error patente²⁸². Es decir, esos mismos amparos se hubieran estimado aplicando test de constitucionalidad mucho más moderados y menos incisivos. La vigencia del *pro actione* era para estos casos sólo aparente. Por otro lado, la doctrina de la exigencia de la interpretación más favorable o *pro actione* convivió con otra más restrictiva, contenida, entre otras muchas, en la STC 220/1993 –que cita a su vez doctrina contenida en sentencias dictadas en los primeros años de funcionamiento del TC, como las SSTC 117/1987 y 49/1989—. En el FJ 2º de esta resolución se establece, tras resaltar la importancia del de acceso a la jurisdicción, que este derecho también “entraña el deber para el ciudadano de cumplir con los presupuestos procesales legalmente establecidos, pues el derecho a obtener la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto e incondicionado, sino un derecho de configuración legal que se satisface no sólo cuando el juez inadmite una acción en virtud de la *aplicación razonada en Derecho y no arbitraria de una causa legal* (...). A lo que cabe agregar, según doctrina también reiterada, *que no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que ha de darse a la legalidad ordinaria* (...) pues es ésta función que se atribuye en exclusiva a los Tribunales del orden judicial correspondiente [...] (SSTC 117/1987 y 49/1989, entre otras muchas)²⁸³”. Ergo, si la función de interpretación de las leyes procesales reguladoras del acceso a la jurisdicción corresponde a los órganos jurisdiccionales y bastará con que cierren el acceso a la jurisdicción en aplicación de una causa legal “razonada en Derecho y no arbitraria”, no se está exigiendo por el TC la interpretación de la legalidad procesal en un sentido determinado, y menos aún en aquel sentido que sea el más beneficioso para la eficacia del derecho fundamental en cuestión. Es más, hay incluso sentencias de amparo que contienen en la fundamentación jurídica ambas tesis o cánones de control: el que establece que las normas que regulan los requisitos de acceso a la jurisdicción deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la eficacia del derecho y aquella otra que sostiene que el órgano judicial tiene la opción de elegir, entre las diversas interpretaciones de la norma aquella que, aun no siendo la más favorable, sea razonable y no arbitraria²⁸⁴. Esto pone de manifiesto que el TC, a pesar de las graves críticas que

²⁸² *Vid.*, por ejemplo, entre otras muchas, las SSTC 17/1985, 9/1992.

²⁸³ La cursiva la añadí yo.

²⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STC 159/1990 que contiene una de cal y otra de arena. En este supuesto el amparo se solicita por una decisión de inadmisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia al considerar que el defecto en el incurrió el recurrente al interponer el recurso contencioso-administrativo, a pesar de haberse subsanado, era insubsanable. En el FJ 1 de la sentencia se establece que la aplicación razonada de las causas de inadmisión “deben responder a una

recibió por exaltar el principio de máxima eficacia de los derechos fundamentales, no fue constante en esta exigencia, ya que vino sosteniendo una otra tesis desde el inicio de su andadura.

Una corriente doctrinal importante²⁸⁵, unida al convencimiento de algunos Magistrados del TC de que el artículo 24.1 no imponía siempre y en todo caso la interpretación más favorable de la norma procesal, además de las críticas que recibió el TC por algunos integrantes de los órganos judiciales ordinarios, hizo que la utilización del criterio hermenéutico *pro actione*, entendido éste como la obligación del juez de escoger la interpretación más beneficiosa de la norma para permitir el acceso a los tribunales de justicia, quedara superado con el tiempo. En la actualidad, el TC sigue apelando a la vigencia del principio *pro actione*, pero no exige que el juez tenga que elegir la interpretación más favorable para la eficacia del derecho fundamental, sino que es suficiente que la decisión judicial que cierra el paso a la jurisdicción esté razonada, basada en una causa legal y sea proporcionada. El TC obliga al juez a que la sanción de inadmisión guarde la necesaria relación de proporcionalidad entre el defecto procesal cometido por la parte y los bienes y derechos susceptibles de tutela que motivaron al legislador la imposición de la carga procesal incumplida. Y es que, según el TC, “el principio *pro actione* no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al TC a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los órganos judiciales

interpretación de las normas procesales acorde con la Constitución y *realizada siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.*” Sin embargo, a renglón seguido y tras afirmar que tanto la interpretación del recurrente en amparo –sosteniendo que el vicio en el que había incurrido era subsanable— como la sostenida por el órgano judicial –en sentido opuesto al de la recurrente— eran posibles a partir de lo dispuesto en las disposiciones aplicables, concluye de la siguiente manera: “Así centrado el tema hay que señalar que la naturaleza subsanable o no de la falta (...) es una cuestión controvertida tanto doctrinal como procesalmente. Argumentos en favor de las dos tesis existen; los recurrentes esgrimen múltiples razones para justificar su posición favorable a la posición de subsanar argumentos no desdeñables y que, en todo caso, podrían justificar una interpretación en ese sentido. Ahora bien, esa posibilidad, en principio más acomodada a la eficacia de los derechos fundamentales consagrados por el art. 24.1 de la Constitución, no supone automáticamente la falta de regularidad de la interpretación contraria que, aunque más restrictiva, no resulta por ello ni irrazonable ni opuesta al derecho a la tutela judicial efectiva (...), ya que la decisión de inadmisión se encuentra motivada desde el punto de vista legal mediante la aplicación de una norma que aunque pudiera calificarse de rigurosa, no resulta arbitraria o irrazonable.” Las cursivas las he añadido yo.

²⁸⁵ Creo que el libro *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, de I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, cit, tuvo una gran importancia en este giro. Otros autores que también se han mostrado críticos con la aplicación indiscriminada del principio hermenéutico *pro actione* son M. Amores Conradi, “Constitución Española y proceso civil internacional. Un balance”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, T. II Derecho Intercional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid 2005, págs. 1194 - 11985.

ordinarios” señalándose a renglón seguido que lo que “en realidad implica este principio es al interdicción de aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento— que por su rigorismo, su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo— preservan y los intereses que se sacrifican”²⁸⁶. Interdicción del rigorismo y *pro actione* aparecen hoy como sinónimos en la doctrina constitucional. Las variantes que han de ser tenidas en cuenta por el órgano judicial para llevar a cabo esta ponderación son tantas y tan variadas que hacen inviable una exposición detallada de éstas en este trabajo. Algunas de ellas son el grado de diligencia de la parte que cometió la infracción procesal, la finalidad perseguida por el legislador mediante la exigencia de tal requisito procesal, la especial importancia del cumplimiento del requisito procesal en aras a la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, el hecho de que el cumplimiento del requisito procesal quede sometido a la voluntad de un tercero y no del que ejercita el derecho de acceso, etc. Detrás de esta doctrina sigue latente la idea de la “prohibición de los formalismos enervantes” que tanta importancia tuvo en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional.

El problema que plantea este tipo de control es su “relativa indeterminación”²⁸⁷, ya que es difícil concluir cuáles son los criterios y elementos que deben utilizarse para llevar a cabo este test de proporcionalidad y que éste no se confunda con un simple test de corrección jurídica o de razonabilidad, o al contrario, de máxima eficacia de los derechos fundamentales. No obstante, hay que señalar que esta indefinición o laxitud del citado test puede considerarse comprensible desde un doble plano: por un lado, la de ya por sí complicada división entre la legalidad y la constitucionalidad y, por otro, el hecho de que en muchos amparos la interpretación de la legalidad no se muestra en términos abstractos, sino acompañada de circunstancias particulares que son tenidas en cuenta por el Tribunal a la hora de realizar el control de constitucionalidad.

El canon de control de constitucionalidad que se acaba de exponer ha sido aplicado por el TC no sólo a los supuestos de acceso a la jurisdicción, sino también a

²⁸⁶ STC 23/2011, FJ.3, con cita a su vez de las SSTCC 160/201, FJ 3; 27/2003, FJ 4; 177/2003, FJ3; 3/2004, FJ 3; 79/2005, FJ 2; 133/2005, FJ 2; 25/2010, FJ 3.

²⁸⁷ Así se refieren al contenido del principio *pro actione* C. Viver y H. López Bofill, “El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, cit., pág. 31. Según los referidos autores es a partir fundamentalmente de las SSTC 88/1997 y 38/1998 el momento en el que el TC deja de configurar el principio hermenéutico *pro actione* como una exigencia de optar en todo caso por la interpretación más favorable de las normas reguladoras del derecho de acceso a los Tribunales.

aquellas acciones de rescisión de resoluciones judiciales firmes que se interponen a través de los hasta hace poco mal llamados recursos de revisión. Como se verá más adelante, estas acciones, siguiendo ahora la tesis formulada en su día por Guasp, tienen por objeto interesar la rescisión de aquellas resoluciones judiciales cuya injusticia venga motivada por causas extraprocesales, es decir, ajenas a lo acontecido en el proceso y generadas por terceros. A pesar de que a este tipo de acciones se les ha denominado recursos en las distintas leyes procesales, se trata de acciones autónomas. Pues bien, el TC ha entendido que en estos casos, no es aplicable el canon de control que se aplica al derecho de acceso a los recursos, sino al de acceso a los tribunales “dada la especial naturaleza procesal de dicho mecanismo de rescisión de Sentencias firmes. En efecto, como hemos señalado en anteriores ocasiones en las que se han examinado quejas relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial por inadmisión del recurso de revisión, el procedimiento al que la ley denomina “recurso de revisión” no es un recurso, en su sentido propio de mecanismo procesal dirigido a la reforma o a la anulación de una resolución judicial que por esta posibilidad aún no deviene firme, sino más bien una vía de impugnación autónoma; “es en realidad un proceso especial y autónomo de carácter impugnativo o una acción provista de finalidad resolutoria de Sentencias firmes” (STC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 2), por lo que, como señala la STC 11/2005, de 31 de enero, FJ 4 (y recuerda la STC 197/2006, de 3 de julio, FJ 5), la denegación de acceso al denominado recurso de revisión, en materia civil y social, es una denegación de acceso a la jurisdicción, no una denegación de acceso a un recurso (la misma doctrina hemos sentado para el recurso de revisión en materia penal: SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3; 240/2005, de 10 de octubre, FJ 5; y recientemente, STC 70/2007, de 16 de abril, FJ 3)” (STC 18/2009, FJ3°).

Asimismo, aunque en resoluciones aisladas, el TC ha valorado también de forma especial las inadmisiones de demandas que tenían por objeto la protección de derechos fundamentales. En estos casos, el TC ha extremado el control sobre la causa de inadmisión apreciada por el órgano judicial ordinario²⁸⁸. En alguna ocasión, incluso,

²⁸⁸ *Vid.* en este sentido STC 34/1989. El TC, en el FJ 1º establece que si en este caso, que se trataba de una demanda interpuesta al amparo de la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, “hubiera sido incorrectamente aplicada, podrían quedar sin tutela judicial los derechos fundamentales debatidos en dicho proceso y restringido de facto su ejercicio, hipótesis ante la que este Tribunal no puede permanecer inactivo. En consecuencia, debemos indagar ahora si la resolución de inadmisión atacada por los demandantes de amparo es no sólo razonada en términos jurídicos sino también suficientemente

el TC ha apelado a la aplicación directa del art. 24.1 CE en aquellos casos en los que el objeto de tutela son los derechos fundamentales. Esto es lo que sucedió en la STC 81/92, en la que se afirmó que “(...) la existencia o inexistencia de un procedimiento especial de protección jurisdiccional no puede erigirse en obstáculo alguno para la aplicación inmediata y directa del art. 24 de la Constitución, que exige efectuar, por parte de los Tribunales ordinarios un esfuerzo interpretativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.3 LOPJ, en punto de determinar si el acto de conciliación ha de ser exigido o no, en calidad de presupuesto procesal, en los procesos de protección de derechos fundamentales (...)”. Contra lo dispuesto en la LPL, el TC llegó a la conclusión de que el art. 53.2 exige sumariedad y de ahí que debiera haberse admitido la demanda aún sin conciliación previa.

b) El derecho de acceso a los recursos.

Con carácter previo, merece alguna aclaración la inclusión de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva entre aquellos que he denominado derechos al proceso. Aunque ha habido quien ha abogado por entender que el derecho al proceso no sólo garantiza el derecho a acceder a la jurisdicción sino al aparato judicial entendido en su conjunto, el TC ha descartado tal tesis²⁸⁹. Sin embargo, debido a que el derecho de acceso a los recursos se ha construido en buena medida a partir de sus semejanzas y diferencias con el de acceso a la jurisdicción, es conveniente su tratamiento inmediatamente después de haber estudiado éste, aunque en un orden cronológico sería más acertado, quizás, estudiarlo más adelante.

Si en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción es importante distinguir entre la diferente vinculación de este derecho con respecto al legislador y al juez, aún lo es más, en el caso del derecho de acceso a los recursos. Me ocuparé en primer lugar de la vinculación al legislador y posteriormente de las exigencias que se derivan para el juez del reconocimiento de este derecho fundamental.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho de acceso a los recursos —o medios de impugnación en general— sólo se reconoce en

razonable y ajustada al deber de interpretación favorable o no restrictiva de los preceptos legales en cuya aplicación se funda”.

²⁸⁹ El TC abordó esta cuestión en sus primeras resoluciones. El TEDH, sin embargo, no distingue entre el acceso a una primera resolución o a los medios de impugnación que cabe interponer contra ella. El TEDH examina ambos asuntos desde la perspectiva del “acceso al Tribunal”.

aquellos casos en los que el legislador ha previsto previamente el recurso o medio de impugnación en la ley procesal correspondiente. Salvo en materia penal, no existe según el TC un derecho emanado de la Constitución a que el legislador establezca cauces que permitan en todo caso la impugnación de las resoluciones judiciales, ya sean interlocutorias o definitivas. De ahí que, tal y como ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, sea conforme con la Constitución la previsión legal del conocimiento de asuntos en una única instancia. La supresión de medios de gravamen o de medios de impugnación, o la modificación de las condiciones de acceso a los mismos, está a sometida a la completa discrecionalidad del legislador. En coherencia con esta tesis, que ha sido mantenida por el TC desde el inicio de su andadura, el Alto Tribunal ha llegado a afirmar que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le de cada una de (las) leyes de enjuiciamiento reguladoras dé los distintos órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales de medios de impugnación, *siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no exista, salvo en lo penal*”²⁹⁰. Estas afirmaciones tan tajantes las hace el Tribunal por primera vez en una importante sentencia, la STC 37/1995, dictada por el Pleno para rectificar, en buena medida, la doctrina constitucional sobre esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las exigencias que se derivan para los órganos integrantes del Poder Judicial. La consecuencia de lo afirmado en este pronunciamiento es clara: sería perfectamente compatible con lo dispuesto en la Constitución la supresión de todos los recursos y medios de impugnación existentes en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el penal: desde la apelación, pasando por la casación, hasta la nulidad de actuaciones, a pesar de que ésta última no sea considerada un recurso en sentido estricto. Ni que decir tiene que tales afirmaciones son hartamente discutibles, pero este no es el momento de valorar la opción del Tribunal por dicha tesis.

Es posible, no obstante, encontrar en la jurisprudencia constitucional de los primeros años una excepción a lo que finalmente ha sido la regla general. Me refiero a la STC 51/1982, en la que se declaró inconstitucional el precepto de la LPL que impedía el acceso al recurso de suplicación de las resoluciones judiciales recaídas en materia de clasificación profesional con base en dos motivos: uno formal y otro material. El último, que carece de interés a efectos de este trabajo, era la extralimitación

²⁹⁰ La cursiva es mía.

en la que había incurrido el Gobierno al refundir una norma derogada expresamente por la Constitución, que era precisamente de la que se derivaba el carácter inimpugnable de las sentencias recaídas en este tipo de procesos. Lo cierto es que este motivo le hubiera bastado al TC para declarar la inconstitucionalidad de la norma. Sin embargo, el Tribunal añadió otro argumento de carácter material: tras reconocer que de la Constitución no se deriva la existencia de recursos, salvo en materia penal, estableció que “la existencia de recursos en materia de clasificación profesional, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, del inciso final del artículo 137 LPL, guarda relación de proporcionalidad con la importancia de una materia vinculada a su vez con el derecho a la promoción a través del derecho al trabajo constitucionalizado en el artículo 35.1 CE y, desde luego, permite la unificación jurisprudencial en la materia por medio del recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo”. El TC, aunque con cautela, dejó entreabierta una puerta que relaciona principio de proporcionalidad y derecho al recurso a la hora de controlar, no la interpretación que el juez realiza de la norma procesal, sino la propia norma, en la medida en que ésta ordena la inimpugnabilidad de determinadas resoluciones judiciales²⁹¹. Esta clase de argumentación, sin embargo, no ha vuelto a ser manejada por el TC ni cuando ha resuelto cuestiones de inconstitucionalidad, ni en los recursos de amparo que sobre el derecho a acceder a los recursos ha tenido que resolver.

El asunto del derecho a los recursos frente al legislador no sólo se ha planteado a través del recurso de amparo sino también a través de procesos de control de constitucionalidad de la ley. El ATC 299/1993 inadmite, por notoriamente infundada, una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra determinados preceptos de la LPL que excluyen del recurso de suplicación determinados autos dictados en ejecución de sentencia. El TC apoya esta inadmisión *a limine* en los siguientes términos: “(...) el legislador, por consiguiente, es libre de limitar el acceso a los recursos civiles o

²⁹¹ El TC reiteró esta doctrina en su STC 20/1991 resolutoria de un recurso de amparo y en la que se aclara definitivamente que el criterio material manejado para declarar la inconstitucionalidad de la norma también fue determinante. En este sentido se afirma: “Planteada cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal sobre la exclusión de recursos en materia de clasificación profesional, la STC 51/1982 declaró la inconstitucionalidad de la norma final del artículo 137 de la Ley de Procedimiento Laboral (...). A esta conclusión de inconstitucionalidad llega la sentencia citada por razones formales y materiales (...) También por razones materiales de justificaba en el fundamento jurídico 3º (...), toda vez que si bien es cierto que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (...) la existencia de recursos en procesos de clasificación profesional, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso final del art. 137 LPL, guarda relación de proporcionalidad con la importancia de una materia vinculada a su vez con el derecho a la promoción a través del trabajo constitucionalizado en el art. 35.1 CE y, desde luego, permite la unificación jurisprudencial en la materia por medio del recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo”.

laborales por razón de la cuantía litigiosa y tal determinación normativa no supone una lesión de los derechos fundamentales, ya que la medida posee un fundamento razonable y proporcionado a un fin constitucionalmente lícito: reservar los recursos y en su virtud el control de la legalidad por los Tribunales superiores a determinados asuntos calificados por la importancia de la materia en términos cuantitativos, o, dicho en otras palabras, atribuir relevancia a la importancia económica de los procesos para otorgar procedimientos con mayores o menores garantías procesales, circunstancia que no vulnera la igualdad ni la tutela judicial efectiva ni derecho fundamental alguno. (...) En definitiva, el riesgo de que pueda lesionarse un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva no debe abocar al legislador, necesariamente, a prever una cadena de recursos ante los Tribunales ordinarios, exigencia que haría constitucionalmente imposible la existencia de procesos contencioso-administrativos, civiles o laborales en única instancia, una exigencia que en modo alguno se desprende de la Constitución.”

Como decía anteriormente, el Tribunal Constitucional, desde su puesta en marcha y con la salvedad apuntada, siempre ha afirmado que la creación de medios de impugnación fuera del orden penal dependía de la discrecionalidad del legislador. Sin embargo, el énfasis en realizar tales afirmaciones no ha sido siempre el mismo. Si bien en los primeros pronunciamientos sobre el derecho a acceder a los recursos el TC lo calificó “de configuración legal”, no es hasta la STC 37/1995, cuando el Tribunal se muestra convencido de que sería constitucionalmente lícita su supresión en todos los órdenes jurisdiccionales salvo el penal. El pronunciamiento más radical, contenido en la STC 37/1995 es reiterado de forma mimética en todas las sentencias de amparo hasta el año 2008. Hasta esa fecha y desde el año 1998, es habitual encontrarse en los recursos de amparo en los que el derecho supuestamente vulnerado es el de acceso a los recursos legalmente previstos, la coletilla antes indicada, esto es, “siendo imaginable, posible y real, la eventualidad de que no existan, salvo en el orden penal”.

No obstante, haciendo un repaso exhaustivo de la jurisprudencia constitucional sobre este tema, es curioso percatarse que desde el año 2008 en adelante, las sentencias de amparo referidas al derecho de acceso a los recursos ya no contienen la expresión antes apuntada. Aunque se sigue manteniendo que el legislador es libre para crear los medios de impugnación que considere convenientes, en la actualidad y desde hace ya unos años, no se establece de forma expresa que sería perfectamente constitucional la

supresión de todos los existentes²⁹². Ahora, la cláusula de estilo que introduce el TC en las sentencias referidas al derecho en cuestión se limita a decir que “el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias. Como consecuencia de lo anterior el principio hermenéutico *pro actione* opera en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, y no en las sucesivas, conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. Ello es así porque el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal.”

No creo que la omisión del fragmento señalando la posibilidad de su supresión en todos los órdenes, salvo en el penal, y su sustitución por otro no tan radical –o sugerente para el legislador–, sea consecuencia de un despiste sin importancia que se ha deslizado en todas las sentencias de amparo desde el año 2008 hasta la fecha. Me parece más bien, que éste puede ser el indicador de que algo se ha discutido en el seno del Tribunal y que pone en cuestión el acierto o, al menos, la conveniencia de realizar una afirmación tan tajante. O quizás haya tenido algo que ver el hecho de que la contrapartida a la objetivación del amparo haya sido la creación de un instrumento procesal –aunque no un recurso en sentido estricto, tal y como lo entiende la doctrina procesalista– que permita flexibilizar los efectos de cosa juzgada cuando una resolución judicial es vulneradora de derechos fundamentales, incluidos naturalmente los típicamente procesales. En definitiva, aunque la doctrina constitucional sigue siendo la misma, se han suavizado notablemente, al menos sobre el papel, los efectos que

²⁹² Salvo error por mi parte, ninguna sentencia posterior al año 2007 hace mención expresa a lo expuesto en el texto principal. No obstante, pueden consultarse a modo de ejemplo las SSTC 35/2011, 100/2009, 186/2008, 55/2008. Es más, puede incluso comprobarse que en varias sentencias el TC ya ni siquiera se refiere a su doctrina general, esto es, a que el derecho de acceso a los recursos lo es sólo en la medida en que estén previstos por el legislador, sino que el Tribunal entra de lleno a aplicar el test de razonabilidad, arbitrariedad o error patente para comprobar si ha existido o no vulneración del derecho fundamental. En este último sentido pueden verse recientemente las SSTC 58/2010, 90/2010, 65/2011, 42/2009, 27/2009 y 20/2009. En otras, como en las SSTC 55 y 186/2008, se inserta incluso una fórmula más sencilla que la apuntada en el texto principal para condensar la doctrina constitucional al respecto: “Sobre esta específica vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), hemos recordado recientemente que se trata de un derecho de configuración legal, excepto en el supuesto de sentencias penales de condena en primera instancia”.

podría conllevar la configuración constitucional del derecho a los recursos, esto es, “la supresión de todos los recursos existentes” en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el penal. No obstante, sobre este tema volveré más adelante.

Por lo que se refiere al derecho al recurso en materia penal, el TC sí ha derivado de la norma constitucional el derecho a que toda persona declarada culpable de un delito pueda someter en vía de recurso tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta a un Tribunal superior. Esta exigencia, incorporada a nuestro Derecho interno como consecuencia de lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en sentido similar, el Protocolo 7º al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁹³, “a pesar de no ser bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (...) obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que se refiere la Constitución en su art. 24.2, se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior” (STC 42/1982). Y es que el Tribunal Constitucional, como ha venido haciendo desde el inicio de su andadura, ha conformado el contenido último de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales suscritos por España y por la jurisprudencia existente sobre ellos, tal y como establece el art. 10.2 CE²⁹⁴. Este derecho, ubicado en el apartado 2º del art. 24 CE, es indisponible para el legislador, de tal manera que éste estará obligado a configurar el sistema de recursos de tal manera que haga posible tal garantía inserta en la cláusula del justo proceso. Esta exigencia no se traduce en la necesidad de que todas las sentencias condenatorias deban ser objeto de una segunda instancia, entendida ésta en un sentido estricto, esto es, asimilable a la significación del recurso de apelación, en la que se permite la revisión íntegra de la sentencia. Aunque esto fuera lo deseable desde un punto de vista de política procesal, el TC ha afirmado que el derecho fundamental debe garantizar “la revisión de la condena y de la pena por un Tribunal Superior”, pero no necesariamente que esta revisión deba llevarse a cabo a través de un determinado tipo de recurso. Como veremos más adelante, esta doctrina ha hecho que el recurso de casación penal se considere como un instrumento adecuado para dar satisfacción al derecho fundamental.

²⁹³ Ya incorporado a nuestro derecho interno y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

²⁹⁴ Pero en relación con este tema en concreto, tal como ha señalado A. Queralt Jiménez, las apelaciones al PIDCP como instrumento interpretativo, son tan genéricas y asépticas que lo hacen “un invitado de piedra”, *La interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008, pág. 381.

Vista la vinculación del legislador al derecho de acceso a los recursos, procede analizar ya cómo opera este derecho frente a los jueces y tribunales. Una vez que los medios de impugnación son creados por el legislador, el derecho de acceso a los mismos “forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye una de sus vertientes”. Es aquí, una vez creado el recurso o el medio de impugnación por el legislador, donde el derecho opera frente al juez.

La diferencia esencial entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a los recursos es que en relación con éstos últimos, en la actualidad, no es aplicable el principio *pro actione*, de tal manera que no se producirá la vulneración del derecho de acceso a los recursos si el órgano judicial ha denegado el acceso con base en una causa legal cuya interpretación no es irrazonable, arbitraria o incurra en error patente. El Tribunal, aunque de forma matizada en algunos casos, ha optado por establecer un control de constitucionalidad que la doctrina ha denominado “externo”, “formal” o “de legalidad ordinaria” o “corrección jurídica”. Recientemente y en relación con el derecho de acceso a los recursos el TC se ha pronunciado en estos términos en la STC 65/2011: “la interpretación y la aplicación de las normas procesales que contemplan los requisitos para la admisión de los recursos son materias de legalidad ordinaria, propias de los Tribunales de Justicia (art. 117.3 CE), cuyos pronunciamientos al respecto no resultan revisables en amparo excepto si se manifiestan carentes de motivación, se apoyan en una causa legalmente inexistente o evidencian un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente, sin que el control que nos corresponde realizar sobre ellos pueda extenderse al juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*, característico del derecho de acceso a la jurisdicción (entre otras: SSTC 107/2005, de 9 de mayo, FJ 4; 102/2006, de 3 de abril, FJ 2; 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; y 195/2007, de 11 de septiembre, FJ 3)”. El test de enjuiciamiento que el Tribunal utiliza para controlar si la interpretación de las normas reguladoras del acceso a los recursos es constitucional, se identifica con el control que el TC haría para determinar si una resolución judicial que aplica cualquier ley ordinaria –no reguladora de derechos fundamentales— se adecua o no a las exigencias constitucionales.

Sin embargo, esta no ha sido siempre la línea seguida por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia constitucional de los primeros años aplicaba los mismos test de constitucionalidad a los casos del derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos. El TC, en esta primera época, ponía el acento en cómo el juez había

aplicado el precepto procesal que cerraba la vía a la jurisdicción o al recurso y en cómo valoraba los incumplimientos por parte de lo que los litigantes de los requisitos de acceso a la jurisdicción o a los recursos. Esta tendencia, de no distinguir entre el acceso a la jurisdicción y a los medios de impugnación, se debió, según apunta I. Borrajo, a la utilización anfibiológica del términos “fondo del asunto”²⁹⁵. En efecto, el Tribunal tanto en los casos en los que estaba conociendo de un asunto en el que el derecho fundamental vulnerado era el acceso a la jurisdicción como en los que lo era el derecho de acceso a los recursos, traía a colación el “derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto”. Tal como ha señalado I. Borrajo, apelar a tal derecho para resolver ambos supuestos supone confundir el fondo del asunto con el fondo del recurso, ya que éste último puede aludir a cuestiones procesales como incidencias probatorias, incongruencia etc. De esta amalgama o conexión de doctrinas referidas a ambos derechos fundamentales hay varios ejemplos²⁹⁶.

El Tribunal Constitucional, a pesar de los peligros que estas exigencias entrañaban en la medida en que suponían entrar a interpretar las normas reguladoras de los medios de impugnación, tenía un objetivo claro: acabar con los formalismos enervantes y evitar que las normas procesales fueran aplicadas con un sentido finalista y como meras exigencias vacías de contenido. Esta, creo, era una forma de, no sólo indicar, sino también de exigir cómo interpretar las leyes —en este caso las procesales— de conformidad con la Constitución, optando, eso sí, por un sentido maximalista. De ahí que, también en relación con el derecho de acceso a los recursos, es posible encontrar sentencias en las que, a pesar de consignarse en la fundamentación jurídica la necesidad

²⁹⁵ *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, cit., págs. 25 a 29.

²⁹⁶ Además de los citados por I. Borrajo en el libro antes referido, podría darse cuenta de muchos más. La conexión entre las SSTC 68/1983 y 19/1986 arroja estos resultados. Mientras que la primera resuelve un asunto de acceso a la jurisdicción al no otorgarse legitimación a un particular para impugnar una norma de carácter general, la segunda se refiere al derecho del perjudicado a acceder al recurso de apelación penal. En ambas, sin embargo, el recurso se resuelve como si el derecho implicado fuera el de una resolución sobre el fondo del asunto, de tal manera que la doctrina sentada en la primera sentencia (de acceso a la jurisdicción) es la que el Tribunal utiliza para resolver el amparo referido al derecho de acceso a los recursos. Así, en la STC 68/1983 el TC utiliza la siguiente *ratio decidendi*: “El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho cuando se den los requisitos necesarios para ello. Pero el problema fundamental que aquí se plantea está en determinar si el órgano judicial ha apreciado o no conforme a Derecho la inexistencia de los presupuestos procesales exigidos para dictar una resolución de fondo (...) Cuando se declare la inadmisión de un recurso en vía jurisdiccional sobre la base de una causa inexistente, tal ilegalidad es también una inconstitucionalidad, ya que afecta al contenido del derecho fundamental del artículo 24CE y por ello este Tribunal puede entender de la existencia de aquella causa, especialmente en los casos en los que hay error patente”. El TC se refiere a “la inadmisión de un recurso en vía jurisdiccional”, cuando en realidad se trataba de un supuesto de acceso a la jurisdicción. Pues bien, la misma *ratio decidendi* es la que se utiliza en la STC 19/1986.

de la aplicación del principio *pro actione*, hubiera bastado para estimar el recurso de amparo la aplicación de un mero test de razonabilidad e incluso de error patente²⁹⁷. A pesar de ello y al igual que se ha apuntado respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, un sector doctrinal ha venido sosteniendo que el Tribunal aplicaba de forma sistemática el principio de interpretación más favorable al derecho fundamental a acceder al recurso²⁹⁸.

De lo expuesto hasta ahora no hay que concluir que el TC aplicara siempre y en todo caso el criterio hermenéutico *pro actione* para resolver los amparos en los que el derecho constitucional invocado era el de acceso a los recursos. De la misma forma en que se ha expuesto en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, hasta el año 1995 convivieron en la doctrina constitucional diversos test de control de constitucionalidad para determinar si las resoluciones judiciales eran o no respetuosos con el derecho de acceso a los recursos, de tal manera que hay resoluciones que obligan a aplicar la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental y otras en las que se realiza un control de proporcionalidad e incluso de razonabilidad, en el sentido de ausencia de arbitrariedad o error patente²⁹⁹. No obstante, sí hay una novedad importante que señalar en relación con el derecho a los recursos que no se dio a propósito del derecho de acceso a la jurisdicción. Y es que en relación con el derecho que nos ocupa, pronto empezaron a hacerse visibles las discrepancias entre los

²⁹⁷ *Vid.*, por ejemplo, la STC 133/1991.

²⁹⁸ Esta es la opinión de M^a A. Catalina Benavente, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el artículo 53.2 de la CE*, Valencia, 2010, pág. 154-155.

²⁹⁹ La STC 50/1990 constituye un ejemplo de aplicación del criterio hermenéutico *pro actione* en la medida en que se refiere no sólo a cualquier medio de impugnación, sino a un recurso de casación civil que fue inadmitido por razón de la cuantía. El TC estableció en relación con la observancia de los requisitos legales para el acceso al recurso que “corresponde controlar a los órganos judiciales competentes en ejercicio de la exclusiva potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 de la Constitución, en el cual no puede, ni debe interferir este Tribunal Constitucional, a no ser que, admitiendo la legalidad procesal diversas interpretaciones, se haya elegido alguna que no sea la más favorable a la eficacia del derecho a la tutela judicial, ya que, en tal caso, se habrá ocasionado vulneración de este derecho fundamental, cuya especial y superior fuerza vinculante exige a la jurisdicción ordinaria y, en último término a esta constitucional, conceder prevalencia a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que resulten ser las más adecuadas a la viabilidad del mismo, en el que se integra el derecho a acudir a los recursos puestos por la ley a disposición de las partes que intervienen en el proceso.” Sin embargo, junto a esta doctrina que exige que los jueces opten por la interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental, hay otras en las que el TC aplica test de constitucionalidad menos rigurosos. Entre estas últimas puede verse la 142/1991, en la medida en que determina que la interpretación de las normas reguladoras de la fijación de la cuantía de los pleitos no es revisable por la jurisdicción constitucional “salvo que fuera manifiestamente arbitraria o irrazonable”.

Magistrados del TC en relación con el alcance que se le debía dotar al derecho a acceder a los recursos, en especial al de casación³⁰⁰.

También en relación con este derecho, por la influencia de un sector doctrinal³⁰¹, por el propio convencimiento de la mayoría de los Magistrados que componían el Tribunal en aquel momento³⁰² y, sin duda, también por la reacción de la Sala Primera del Tribunal Supremo a la STC 212/1994³⁰³, se produjo un cambio importante en la doctrina referida al derecho de acceso al recurso y, por conexión, también en relación con el acceso a la jurisdicción. A partir de la STC 37/1995, el TC viene distinguiendo entre aquellos casos en los que ya ha recaído una primera sentencia sobre el fondo del asunto y aquellos otros en los que se cierra el acceso a la vía judicial en primera instancia. El derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto sólo es invocable en el segundo supuesto, no en el primero, ya que en este caso, dicho derecho se ha visto satisfecho mediante el pronunciamiento del juez que resolvió en primera instancia. El TC decide, a partir de la STC 37/1995, tratar de forma desigual a aquellos

³⁰⁰ Salvo error por mi parte, el primer voto particular que cuestiona la doctrina referida al derecho de acceso a los recursos, contenido en la STC 81/1986, es del Magistrado L. Díez-Picazo y Ponce de León. La sentencia estimaba un recurso de amparo contra un auto de inadmisión de un recurso de casación civil por la Sala Primera del Tribunal Supremo, al considerar que tal resolución se había llevado a cabo con un formalismo tachado de enervante. El Magistrado disidente consideró en su voto particular que, si bien está de acuerdo en reconocer el derecho a los recursos como derecho fundamental inserto en el artículo 24.1 CE y que de ello se derive la exigencia de realizar una interpretación de los preceptos legales que los regulan “que no haga de ellos obstáculos desproporcionados o carentes de fundamento”, disiente en aplicar esta doctrina al caso concreto al considerar que: 1) se trata de un asunto promovido en la vía civil; 2) que se interpone contra una sentencia dictada en apelación, de tal manera que no se pretende la revisión de una sentencia dictada en única instancia, sino que ya ha sido revisada en una ocasión; y 3) que plantea un problema interpretativo referido, no a las normas reguladoras de la casación, sino al derecho transitorio que debe aplicarse a los recursos de casación que se interponen tras la entrada en vigor de la Ley 34/1985, mediante la que se modifican determinados preceptos de la LEC. Estas importantes razones llevaron al Magistrado, no a cuestionar la doctrina general de acceso a los recursos, sino si ésta debía extenderse a este caso concreto. Poco tiempo después, en la STC 90/1986, el Magistrado Rubio Llorente hizo un voto particular a una sentencia en la que se habían flexibilizado los requisitos –en el sentido de considerarlos subsanables– para el acceso al recurso de apelación. El Magistrado Rubio emitió un voto disidente con base en que no puede apelarse a la ponderación o a la razonabilidad cuando la ley es clara “aunque quepa, naturalmente cuestionar la constitucionalidad de ésta”.

³⁰¹ I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, *El Derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, cit., págs. 43 y ss.

³⁰² Vid. la nota 297 en la que se pone de manifiesto como en el año 1986 había ya discrepancias importantes en relación con el alcance que se le debía dar a este derecho.

³⁰³ Aunque más adelante me referiré a este episodio, adelanto en este momento que la STS 212/1994, resolutoria de un recurso de amparo contra un auto de inadmisión de un recurso de casación civil, realizó una interpretación de la ley procesal que no era la compartida por el TS, lo que llevó a la Sala de lo Civil del alto Tribunal a reunirse en Pleno no jurisdiccional para analizar tal sentencia y concluir, entre otras cosas, que la STC 212/1994 no tiene efectos vinculantes sobre otros recursos de casación pendientes de admisión, debido a que la misma había recaído en un recurso de amparo “carente del efecto frente a todos que producen las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho (art. 164.1 de la Constitución en relación con los artículos 38, 54 y 55 LOTC)” (Auto Sala Primera TS de 24 de enero de 1995, dictado en el recurso 167/1994).

litigantes a los que se ha privado de una resolución sobre el fondo del asunto, de aquellos otros que ya han obtenido una resolución sobre el fondo y pretenden impugnarla. En este segundo caso, el único derecho que cobra relevancia es el de acceso a los recursos y se abandona la aplicación del derecho a obtener “una resolución sobre el fondo del asunto”.

En la actualidad y con carácter general, el TC exige que las resoluciones judiciales que acuerdan la inadmisión de un recurso estén motivadas y se basen en una causa legal cuya interpretación no resulte arbitraria, irrazonable o incurra en error patente. Es decir, el TC aplica el llamado test de “legalidad ordinaria”, de manera que la interpretación judicial de las causas y los requisitos legales previstos para el acceso a los recursos no puede ser censurada ni, en consecuencia, sustituida por el TC, a no ser que ésta resulte irrazonable, arbitraria o incurra en error patente. Debido a la “relajación” de los criterios de control utilizados por el TC para determinar si la interpretación de las normas reguladoras del acceso a los recursos son o no conformes a la Constitución, el error patente cometido por el juez o por la oficina judicial ha dado lugar a un buen número de recursos de amparo, en los que el TC se limita a verificar y a reparar errores evidentes que deniegan el acceso a los recursos³⁰⁴.

No obstante, esta doctrina tan laxa se ha visto matizada y atemperada en algunos casos como consecuencia de la jurisprudencia del TEDH recaída en los últimos años en relación con el recurso de casación contencioso-administrativo. Concretamente de los dispuesto en las SSTDH de 9 de noviembre de 2004 (Sáez Maeso contra España), de 22 de julio de 2008 (Barrenechea Atucha contra España), de 8 de enero de 2009 (Golf de Extremadura, SA contra España) y de 15 de diciembre de 2009 (Llavador Carretero contra España)³⁰⁵. Para resolver estos casos, el TEDH utiliza test

³⁰⁴ No obstante, el TC ha tenido que corregir errores de este tipo en relación con el derecho de acceso a los recursos desde los inicios de su andadura. Vid, a modo de ejemplo, las SSTC 20/1991, 207/1991, 54/1992, 78/2002, 22/2002, 215/2002, 55/2003, 126/2003, 172/2003, 194/2003, 225/2005, 337/2005, 64/2006, 207/2006, 362/2006 y 186/2008, entre otras muchas otras.

³⁰⁵ En todos estos casos se impugnaron resoluciones de inadmisión del recurso de casación acordadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En los tres casos, tras admitirse el recurso y sustanciarse todo el procedimiento, el TS concluye años más tarde en sentencia la inadmisibilidad del recurso por apreciar defectos en el escrito de preparación. El TEDH, aplicando un test de razonabilidad y tachando de excesivamente formalistas las resoluciones del TS, estima las demandas por apreciar que vulneran el art. 6.1 CEDH. En todos los casos se había intentado previamente que tal vulneración fuera reparada por el TC mediante la presentación de los correspondientes recursos de amparo. No obstante, ninguna de las demandas de amparo prosperó (ni en estos ni en otros asuntos similares) debido a la aplicación por parte del TC del test de legalidad señalado en el texto principal, lo que dio lugar a que la Sala Tercera del TS dictara un importante número de sentencias de inadmisión, admitidas años antes en el momento de presentación de los recursos de casación, por apreciar defectos formales en el escrito de preparación del recurso.

de control más rigurosos que el TC, ya que “normalmente se inclina hacia la proporcionalidad de la limitación impuesta en relación con las exigencias de la buena administración de la justicia”³⁰⁶. Así, aunque el criterio general que maneja el TC es el apuntado anteriormente, hay algunos casos en los que el TC se decanta por resolver el asunto a partir de la aplicación del criterio de una razonabilidad cercana a la proporcionalidad³⁰⁷.

Aun estableciendo un control de constitucionalidad muy laxo, hay también otras variantes que el TC ha tenido en cuenta a la hora de aplicar test más o menos rigurosos en relación con el derecho de acceso a los recursos: que se tratara de acceder al Tribunal Supremo a través de la casación o a otros órganos jurisdiccionales a través de otros medios de gravamen o de impugnación³⁰⁸; el orden jurisdiccional en el que se incardina el asunto; si la resolución que se pretende recurrir versa sobre derechos fundamentales³⁰⁹; y, sobre todo, que la denegación del recurso se fundamente en una interpretación en exceso rigorista del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, pues en relación con la interpretación de las causas y los motivos que determinan la

³⁰⁶ STEDH de 22 de julio de 2008, apd. 30 (Barrenechea Atucha c. España). Hay que tener en cuenta que el TEDH no distingue entre el derecho de acceso al proceso y los medios de impugnación, sino que aplica indistintamente a ambos casos su doctrina de “acceso a un Tribunal”.

³⁰⁷ Es el caso, por ejemplo, de la STC 248/2005, en la que, a pesar de aplicar su doctrina general referida al derecho de acceso al recurso, adiciona en sus fundamentos jurídicos que también “debe atender a los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 CE, los cuales “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución” (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia a la Carta de Niza; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3) y de que nuestra propia doctrina constitucional opera con un juego de referencias al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, y jurisprudencia en ella citada)”. Tras esta remisión y haciendo referencia expresa al caso Sáez Maeso contra España, el TC acaba estimado el recurso de amparo.

³⁰⁸ Se ha señalado en este sentido, entre otros por M. Ortells Ramos, “Los medios de impugnación y los recursos: marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración”, *La justicia procesal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI, 2008, Madrid, 2009, pág. 290, que el TC ha sido especialmente respetuoso con la interpretación de la legalidad procesal realizada por el Tribunal Supremo al controlar el acceso al recurso de casación. El citado autor se remite a las SSTC 230/2001 y 214/2003 para corroborar tal afirmación.

³⁰⁹ La especial incidencia del control de constitucionalidad llevada a cabo en estos casos en relación con las demandas cuyo objeto es la tutela de los derechos sustantivos, se ha suavizado debido, en buena parte, a que las leyes procesales desde hace ya algunos años hacen más impugnables las resoluciones recaídas en este tipo de procedimientos. Baste como ejemplo señalar que la nueva LJCA, a diferencia de lo que preveía su antecesora ya derogada y la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona, hace más impugnables las resoluciones judiciales recaídas en los recursos contencioso-administrativos tramitados al amparo de los arts. 114 y ss. de la LJCA, esto es, por el cauce preferente y sumario establecido en el art. 53.2 CE.

impugnabilidad de las resoluciones judiciales el TC ha sido, con carácter general, respetuoso con las que realizaban los órganos judiciales³¹⁰.

El TC también se ha pronunciado sobre el derecho de acceso al recurso desde una perspectiva o vertiente negativa. También a través del recurso de amparo, se le ha solicitado al Alto Tribunal que declare qué es un derecho de la parte que ha obtenido una sentencia a que ésta sea inimpugnable si así se establece por las normas procesales. En este sentido, el TC ha manifestado: “Del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la Ley, tampoco le estaría permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia si existiera una causa impeditiva para ello, puesto que si ignora esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el Legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva”³¹¹. No obstante, el TC sólo ha prestado atención a aquellos casos en los que era más que dudosa la existencia legal del recurso que pretendido, dejando a un lado aquellos casos en los que se alegaba el cumplimiento defectuoso de los requisitos exigidos para su interposición.

Hasta ahora me he referido a aquellos casos en los que quien vulnera el derecho es el órgano judicial que, o bien tiene que conocer del recurso, o bien es el competente para realizar una primera valoración acerca de su admisibilidad. Sin embargo, en algunos casos aislados el TC ha imputado la vulneración del derecho de acceso a los recursos a órganos judiciales que, mediante su actuación en otro tipo de procesos, hacían perder totalmente la eficacia a la futura resolución judicial que recayera en un recurso ya interpuesto³¹².

La doctrina general expuesta es objeto de matizaciones importantes si el recurso al que se pretende acceder está inserto en el orden jurisdicción penal. Debido a que el

³¹⁰ Y hasta en ocasiones demasiado condescendiente con determinadas interpretaciones que desvirtuaban el tenor literal de la norma que las contenía, como sucedió, en mi opinión, en relación con la interpretación que la Sala Primera del TS realizó de la LEC para determinar qué resoluciones judiciales podían ser susceptibles de recurso de casación por presentar interés casacional. El TC en sus AATC 191 y 201/2004 y en SSTC 150 y 164/2004 estableció que la interpretación realizada por el TS no es irrazonable, ni arbitraria ni incurso en error patente.

³¹¹ STC 34/1992.

³¹² Este fenómeno se da en la STC 111/1992 en la que el TC anula la extensión de los efectos de una sentencia dictada por un órgano judicial debido a que ésta había sido objeto de recurso extraordinario de apelación en interés de ley. La resolución judicial mediante la que se extienden los efectos de la sentencia recurrida a terceros que no litigaron supone una vulneración del derecho de acceso a los recursos en la medida en que “priva al recurso formulado en interés de la Ley de toda la utilidad real o, al menos, a mermar muy considerablemente su eficacia, consecuencia ésta no compatible con el art. 24.1 CE”.

derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un Tribunal superior deriva directamente del texto constitucional, el TC no ha aplicado a estos casos un control tan laxo como el expuesto anteriormente. Según el TC “el control por esta jurisdicción constitucional de amparo del respeto a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva es diferente y más intenso, coincidente con el derecho de acceso a la jurisdicción, cuando de lo que se trata es del derecho de acceso al recurso de la persona que ha sido penalmente condenada” (STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 2). De ahí, que en relación con el derecho al recurso del condenado –no de la acusación particular— sea de aplicación el criterio hermenéutico *pro actione* en la versión expuesta en relación con el derecho a acceder a los órganos judiciales. Esta exigencia no se proyecta solamente respecto al cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la interposición del recurso, sino también y, sobre todo, en relación con los motivos y causas legales que determinan la impugnabilidad de la resolución que se pretende recurrir³¹³.

2.3.2. Los derechos en la sustanciación del proceso (iter procesal): Derecho a no padecer indefensión y a la igualdad de armas (principio de bilateralidad)

El derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo contempla un derecho a acceder a la jurisdicción y a obtener un pronunciamiento sobre el fondo, sino que también confiere a las partes determinados derechos durante la sustanciación de éste. Antes de analizar someramente las implicaciones de este derecho que según el TC cobran protagonismo en esta fase del proceso, es preciso hacer algunas aclaraciones referidas a la extensión del derecho a todos los órdenes jurisdiccionales (i), a todas las fases de la andadura judicial (ii) y a la relación de este derecho con alguno de los enunciados en el art. 24.2 CE (iii).

(i) El art. 24.1 CE, tras reconocer el derecho a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, termina prohibiendo la indefensión en todo caso. Su inclusión en el texto constitucional hace que, además de ser un principio esencial del proceso, sea un verdadero derecho subjetivo de todos los litigantes, no sólo de las personas que han

³¹³ Esta exigencia ha venido siendo especialmente invocada en relación con la casación penal, ya que, en cuanto recurso extraordinario, sólo cabe su interposición por las causas y motivos establecidos por la LECr., lo que puede traer como consecuencia que determinadas sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales, no puedan ser recurridas a través de esta vía.

resultado imputadas. Y es que, a poco que se conozca la doctrina constitucional, basta con comprobar que, aunque el derecho a la defensa o a no padecer indefensión, es un derecho que típicamente se relacionan con el proceso penal, el TC, como no podía ser de otra manera, ha afirmado su vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales. Así, todos los órganos judiciales, ya sean del orden penal, del contencioso-administrativo o del laboral o del civil, quedan vinculados por el mandato de proscripción de la indefensión. Esta generalización del derecho, por cierto, ya se producía en la etapa preconstitucional, pero expresado como principio informador del proceso a través de la cláusula *nemine demnatur sine audiat se conculca*.

En segundo lugar (ii), y según apunta la STC 102/1987, el derecho a no sufrir indefensión es aplicable a todas las instancias judiciales, no sólo a los supuestos en los que se accede a la jurisdicción y se obtiene una primera respuesta judicial a las pretensiones formuladas por las partes. También, y lo que es más importante, con la misma intensidad, va a ser exigido a los órganos judiciales que conocen de un asunto en segunda instancia o en casación que cumplan el mandato que prohíbe las situaciones de indefensión. Esto se traduce en que el TC, a la hora de controlar la constitucionalidad de este derecho, no maneja distintos test en atención a la instancia en la que se produzca el hecho susceptible de generar indefensión a alguna de las partes. Esto implica que todos los órganos judiciales, desde un Juez de Primera Instancia e Instrucción, hasta la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con independencia del tipo de proceso del que estén conociendo, están sometidos al mandato de proscripción de indefensión.

Por lo que se refiere a la última de las aclaraciones (iii), hay que señalar que este reconocimiento general de la prohibición de indefensión está íntimamente ligado a algunas de las garantías que están previstas en el apartado segundo del mismo precepto. El derecho a la defensa y asistencia letrada y a utilizar los medios de prueba pertinentes para defender las propias posiciones, reconocidos en el art. 24.2 CE, son, en ocasiones, concreciones o especificidades del genérico derecho a no sufrir indefensión. Uno de los primeros problemas que plantea el estudio de la cláusula prevista en el apartado primero es a qué situaciones de indefensión se refiere el precepto, a todas las que produzcan este efecto, o por el contrario, a las no previstas expresamente en el apartado segundo. La mayoría de la doctrina ha señalado que el mandato de proscripción de indefensión contenido en el apartado primero del art. 24 es una cláusula general en la que cabe subsumir todas aquellas situaciones de indefensión que no están previstas

expresamente en el apartado segundo³¹⁴. No obstante, hay que señalar que el TC, en algunas ocasiones en las que se ha producido una vulneración específica a utilizar los medios de prueba o referida a cuestiones de la defensa letrada, ha citado indistintamente los apartados primero y segundo del artículo 24, quizás con razón, porque la falta de asistencia de letrado, por ejemplo, no tiene porqué llevar aparejada en todos los casos la existencia de indefensión, y viceversa³¹⁵. En este trabajo, me voy a referir únicamente a las que estrictamente han de enmarcarse en el 24.1 CE.

Una vez hechas estas aclaraciones, me referiré a los rasgos esenciales con los que el TC ha configurado este derecho fundamental.

El TC ha establecido “que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE incorpora como contenido esencial la exigencia de que no se produzca indefensión, lo cual significa que «en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses» (SSTC 251/1987, 237/1988, 6/90). Un órgano judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, incurre en una vulneración del principio de contradicción (STC 1/1992) y, por ende, en denegación de tutela judicial sin indefensión. No es admisible un pronunciamiento judicial sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción”³¹⁶. Asimismo, el juez viene obligado a “aplicar la ley procesal de manera igualitaria”³¹⁷ de tal manera que se garantice el equilibrio en sus derechos de defensa. No son admisibles

³¹⁴ Vid. en este sentido C. Viver Pi-Sunyer y H. López Bofill, “Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, cit., pág. 103. Asimismo, I. Díez-Picazo Giménez, “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: Breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez Simancas, Navarra 1998, págs. 345-346, ha puesto de relieve la necesidad de delimitar el contenido del derecho a no padecer indefensión con los derechos a utilizar los medios de prueba para la defensa y a la asistencia letrada, ya que el TC ha venido exigiendo que para que la lesión de éstos últimos sea amparable por tener trascendencia constitucional, se produzca indefensión. Según el autor, esta exigencia priva de autonomía a los derechos contenidos en el art. 24.2 CE. En esta misma línea I. Borrajo Iniesta, “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones”, *El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes, Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto, 2000, subraya que los derechos contenidos en el apartado segundo, no pueden considerarse una mera redundancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

³¹⁵ Como apunta A. Gómez Montoro, “Los derechos procesales del artículo 24.2”, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, coord. C. Viver, Valencia, 2006, pág. 172, es cierto que el TC ha hecho esfuerzos desde su puesta en marcha para intentar deslindar el genérico derecho a no sufrir indefensión y algunos derechos previstos en el apartado 2º del art. 24. No obstante, a día de hoy seguimos sin tener criterios jurisprudenciales claros que nos sirvan para dotar de autonomía a cada uno de los derechos apuntados.

³¹⁶ STC 231/1992.

³¹⁷ STC 10/1989, F.J.4º.

los tratos de favor hacia de una de las partes contendientes, “a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto”³¹⁸.

La prohibición de indefensión no sólo opera frente al juez, sino también frente al legislador, en la medida en que deberá *siempre* ordenar el proceso para evitar situaciones de indefensión. En este sentido, el TC ha manifestado en reiteradas ocasiones que “el artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito al *legislador y al intérprete* para *promover* la defensa procesal mediante la correspondiente contradicción”³¹⁹. No basta, pues, con que ambos –legislador y juez— no pongan obstáculos o impidan el derecho a la defensa, sino que han de procurar su promoción mediante una actividad positiva, no de mera abstención o de, en el caso de los órganos judiciales, limitarse a ajustar su conducta al estricto cumplimiento de la ley procesal.

A través de los recursos de amparo en los que se ha invocado este derecho fundamental, el TC ha tenido la oportunidad de enjuiciar buena parte de la legislación procesal que regula los distintos órdenes jurisdiccionales y la interpretación que de ésta han venido realizando los órganos judiciales. Esta circunstancia no quiere decir, ni mucho menos, que el artículo 24.1, mediante la cláusula de proscripción de indefensión, haya querido constitucionalizar todo el derecho procesal. No toda infracción de un precepto procesal lleva aparejada automáticamente una situación de indefensión con trascendencia jurídico-constitucional³²⁰. Es más, en ocasiones, el cumplimiento escrupuloso y formal de la ley procesal puede generar indefensión material³²¹. Este hecho ha llevado a algunos autores, como I. Borrajo, a proponer que la infracción o no de la ley no sea tenida en cuenta por el TC de forma relevante a la hora de enjuiciar las situaciones de indefensión³²².

Efectivamente, ha sido una constante en la jurisprudencia constitucional que la prohibición de indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE, es la sustantiva o material, sin que puedan subsumirse en esta garantía aquellas vulneraciones o

³¹⁸ STC 101/1989, F.J. 4º.

³¹⁹ STC 227/1994. La cursiva la añado yo.

³²⁰ Así lo ha manifestado el TC en multitud de ocasiones. *Vid.*, entre muchas otras, las SSTC 48/1984, 98/1987, 145/1990, 367/1993, 194/1994.

³²¹ *Vid.* A. Gómez Montoro, “Los derechos procesales del artículo 24.2”, cit., pág. 183.

³²² Según el autor, “una construcción teórica que reduzca el papel de la norma legal, y ponga de relieve los datos objetivos que permitan apreciar si los hechos constituyen o no una situación de indefensión, no sólo resultaría más lógica; permitiría valorar los casos que presenta la realidad con mayor sencillez y seguridad, corrigiendo indefensiones y rechazando argucias”, “El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones”, cit., pág. 44.

apartamientos de la ley procesal que, a pesar de consistir en infracciones de la legalidad, no producen verdadera indefensión a quien las padece. La indefensión con trascendencia constitucional es aquella que produce un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de las que debió haber gozado el litigante. Así, lo relevante, a efectos de juzgar la existencia o no indefensión es, más que la infracción por parte del órgano judicial de la legalidad procesal, el *resultado* que deja a la parte procesal en esa situación, de tal manera que el juicio de indefensión es, por regla general, “hipotético y a posteriori”³²³.

La afirmación de que el perjuicio para los *intereses* del litigante ha de ser *real*, se traduce en que, de haber podido ejercer el derecho de defensa, la resolución judicial, podía haber sido de signo diferente. Este último requisito, no obstante, se exige por el TC sobre todo en los casos en los que el litigante que alega la indefensión ya es parte del proceso y, en consecuencia, ha tenido una actitud activa en el mismo. Más problemas le plantea al Tribunal esta exigencia en aquellos casos en los que quien sufre la indefensión, aun debiendo haber sido parte en el proceso, obtuvo una resolución judicial sin haber si quiera tenido conocimiento del pleito seguido en su contra. Por razones de sistemática, a estos casos me referiré más adelante.

Con carácter general, el TC exige que la situación de indefensión se haya causado por el órgano judicial o por la Oficina judicial. O mejor dicho, el TC ha excluido del ámbito protegido por el derecho aquellos casos en los que es el propio litigante el que se coloca en situación de indefensión, ya sea por negligencia, por impericia de la parte o de su defensa letrada o por cualquier otra circunstancia ajena a la actuación del poder público. Tampoco es posible alegar indefensión cuando quien la padece no utiliza los instrumentos que confiere el ordenamiento jurídico para su reparación. Aunque la mayoría de los autores que se han ocupado de este asunto señalan que es necesario que sea el órgano judicial o la oficina judicial los causantes de la lesión del derecho fundamental, es posible encontrar en la jurisprudencia supuestos en los que el Tribunal imputa su vulneración a terceros que, con carácter general, suelen ser las partes demandantes del proceso que no facilitaron, aun pudiendo hacerlo, la localización del demandado para que pudiera defenderse en el juicio. En este sentido, ya la STC 158/1987 reconoce que el recurso de revisión —entonces denominado así—, en cuanto tiene por objeto la rescisión de una sentencia firme dictada en un proceso en

³²³ V. Moreno Catena, “Sobre el Derecho de defensa: cuestiones generales”, “El derecho de defensa”, *Revista Teoría & Derecho* núm. 8, 2010, pág. 23.

el que una de las partes incurrió en maquinación fraudulenta al no haber facilitado el domicilio del demandado a pesar de conocerlo, “engloba una pretensión de amparo judicial de los derechos fundamentales, por haberse sustanciado el proceso inicial sin debido emplazamiento del demandado y sin darle por consiguiente la posibilidad de ser oído y sin defenderse”³²⁴. De esta forma se está reconociendo que también los particulares pueden vulnerar el derecho a la interdicción de indefensión.

El test de constitucionalidad que con mayor frecuencia ha aplicado el TC a este tipo asuntos, se pueden denominar, en palabras de A. Gómez Montoro, *pro defensione*³²⁵. El TC utiliza cánones muy incisivos, que le permiten no sólo revisar la forma en la que el juez aplicó e interpretó la legalidad, sino el conjunto de las actuaciones seguidas en el proceso –considerado éste en su conjunto, no sólo en el momento de producirse “la quiebra de la legalidad”, si es que la hubo— para determinar si existió o no situación material de indefensión. En muchos casos le basta al Tribunal examinar las circunstancias o vicisitudes del caso concreto para determinar la existencia de indefensión, debido a que ésta se produjo como consecuencia de un simple error, despiste o del defectuoso funcionamiento de la Oficina Judicial³²⁶. La labor del TC en estos casos no puede considerarse en absoluto invasora o no respetuosa con la actuación de los órganos judiciales en la medida en que no pretende corregir interpretaciones de la ley, sino únicamente verificar los errores que, de haber estado el órgano judicial al tanto de su concurrencia, no se hubieran producido o se hubieran corregido en el seno de la jurisdicción ordinaria. En estos casos, que dieron lugar a un número importante de amparos en las décadas de los 80 y de los 90, eran los propios jueces los que, en ocasiones, remitían a los litigantes al recurso de amparo constitucional ante la falta de mecanismos procesales para reparar una lesión del derecho a la defensa más que evidente. La labor del TC se limita entonces a comprobar la concurrencia del error que acaba generando la situación de indefensión. Generalmente, los errores se producen con mayor frecuencia tanto en el momento de practicar el primer emplazamiento al demandado –o a los codemandados o

³²⁴ Añado cursiva. Esta misma doctrina se contiene, más recientemente, en la STC 11/2005, entre otras.

³²⁵ El autor referido, haciendo un paralelismo con el principio hermenéutico *pro actione*, se refiere así al test que aplica el TC para determinar la existencia de indefensión con trascendencia constitucional, que le permite “realizar un control material, más que formal, encaminado a asegurar la plena efectividad del derecho, pudiendo imponer una interpretación de la legalidad *praeter* o, incluso, *contra legem*”, op. cit., pág. 183.

³²⁶ Son muchas las sentencias de amparo que se limitan a verificar la existencia del error. Por ejemplo, la realización del emplazamiento en el domicilio de la contraparte (STC 145/2000), la ausencia de notificación (77/1987), errores en la Oficina judicial (STC 112/1987)

coadyunvantes en el proceso contencioso-administrativo—, como en aquellos en los que, como consecuencia de la interposición de un recurso o medio de impugnación, las actuaciones se trasladan a otro órgano judicial. Estos momentos son críticos, ya sea por extravío de actuaciones, por la mala actuación de la oficina judicial o, incluso, por errores, imprecisiones o despistes de la parte que prepara un recurso y que, por error, yerra en un dígito a la hora de referir el número de procedimiento, etc. Algo tan sencillo de reparar, acaba en manos del TC, que se limita a ser un simple visor de los fallos y errores cometidos para deshacer los efectos de la santidad de la cosa juzgada.

No obstante, en otro tipo de casos, la lesión del derecho se produce como consecuencia de la actividad interpretativa del órgano judicial. En estos asuntos, la aplicación del principio *pro defensione* le permite al juez imponer una determinada interpretación de una norma, e incluso hacer las veces de un Tribunal de casación respecto a los asuntos que quedan excluidos por la ley procesal de este medio de impugnación extraordinario³²⁷. Con el fin de garantizar el derecho a ser oído, el TC ha creado incluso trámites procesales para asegurar, en determinadas fases del proceso, el derecho a ser oído. La STC 37/1988 es un claro ejemplo de esta actividad creadora del TC³²⁸.

Hay una cuestión que, me parece, debe ser resaltada tanto de la jurisprudencia constitucional como del TEDH en relación con el derecho a la prohibición de indefensión: y es que, ambos Tribunales han determinado que las situaciones de indefensión han de valorarse *según las circunstancias del caso*, por lo que no basta con

³²⁷ Tal como ocurrió en la STC 105/1987, en la que el TC realiza una lectura conforme a la Constitución del art. 115 de la antigua LEC, en la medida en que una interpretación literal del mismo, puede acarrear un resultado de indefensión.

³²⁸ El TC, en el citado amparo, declara que el art 876 LECr. —que determinaba el archivo de las actuaciones cuando dos letrados designados de oficio emitieran dictamen motivado en relación con la insostenibilidad del pretendido recurso de casación penal con la exigencia del visto bueno del Ministerio Fiscal— ha quedado derogado por la Constitución. Dicho precepto, en cuanto que deniega *de facto* la posibilidad de acceder al recurso de casación penal mediante medios propios, es considerado contrario a la Constitución por dejar al que pretende recurrir en una *situación material de indefensión*. Para suplir el vacío normativo que producía la derogación, el TC creó un trámite procesal específico con el fin de procurar que el acusado y condenado en primera instancia tuviera conocimiento de los informes emitidos y asimismo se le diera la posibilidad de interponer el recurso de casación a través de abogado de libre designación. La citada sentencia, que fue dictada por el Pleno, cuenta con un voto particular al que se adhieren tres magistrados, al considerar que el TC se extralimitó en sus funciones suplantando claramente al Legislador. Esta misma doctrina es aplicada en las SSTC 180/1990. La misma jurisprudencia se extendió al orden jurisdiccional laboral, pero no se aplicó al proceso civil en atención a los distintos principios y naturaleza de ambos procesos (vid STC 230/1993). Más recientemente y en relación con las garantías que debe revestir la autorización judicial dictada como consecuencia de una solicitud de orden europea de detención y entrega, el TC ha considerado en su STC 181/2011 que debe oírse en el procedimiento a la persona afectada a pesar de que la Ley 3/2003 no contemple expresamente tal trámite.

atender a los requisitos a los que ya me he referido para determinar la vulneración del derecho. Creo que, aunque hay patrones de casos, muchos amparos que versan sobre indefensión son tópicos –no típicos—, de tal manera que resulta crucial en su resolución las vicisitudes del caso concreto y que exigen valorar cuestiones que exceden con mucho de la actividad desplegada por el órgano judicial. Esta importancia de lo circunstancial, se resalta, entre otras, en las SSTC 145/1986 y 6/1992³²⁹. Lo mismo ocurre en la doctrina del TEDH y basta como ejemplo la remisión a las dos últimas condenas que nuestro Estado ha recibido como consecuencia de la vulneración del derecho a ser oído. Así, en el caso Díaz Ochoa contra España, STEDH de 22 de junio de 2006, el TEDH considera que la estimación de la demanda se basa en “la combinación muy particular de los hechos de este caso”³³⁰. De igual manera, la STEDH de 15 de junio de 2006 (asunto Lacárcel Menéndez contra España), establece que, a pesar de que las autoridades españolas aplicaron de forma correcta la legislación interna, que en términos generales es respetuosa con el art. 6.1 CEDH, “*la combinación de hechos en este asunto*” debe llevar a declarar la vulneración del derecho a acceder a un Tribunal³³¹.

³²⁹ En esta última sentencia, se establece: “Por lo demás, las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias del caso (STC 145/1986), sin que por ello la idea misma de indefensión deba limitarse, restrictivamente, «al ámbito de las que puedan plantearse en los litigios concretos, sino que ha de extenderse a la interpretación desde el punto de vista constitucional de las leyes reguladoras de los procesos» (STC 48/1984, fundamento jurídico 1).”

³³⁰ Los hechos que dieron lugar a la demanda son brevemente los que se exponen a continuación: La demandante ante el TEDH, Sociedad Díaz Ochoa, se quejaba de la vulneración del art. 6.1 CEDH debido a que no había podido contestar a la demanda interpuesta por un trabajador de la empresa referida al cálculo de la pensión de invalidez, debido a que no le había sido notificada la existencia del pleito. El Juzgado de lo Social, a pesar de constar los domicilios en las actuaciones, notificó la demanda en la sede de la empresa, lugar en el que no se encontraba el demandado por haber cesado en su actividad y, ante la falta de resultado, ordenó la publicación en un Boletín Oficial. Debido a los retrasos imputables al Instituto Nacional de la Seguridad Social en la ejecución de la sentencia, Díaz Ochoa tuvo conocimiento del pleito transcurridos más de cinco años desde que se dictó la resolución judicial, plazo a partir del cual, según el antiguo artículo 240.3 LOPJ, se hace inviable la declaración de nulidad de la resolución dictada *inaudita parte*. El TEDH, al valorar las circunstancias del caso, en especial que los domicilios constaban en las actuaciones y la tardanza del INSS en tramitar su ejecución, declaró que se vulneró el art. 6.1 CEDH, en los siguientes términos: “Sin embargo, la combinación muy particular de los hechos de este caso, en la medida en la que el mandante no podía sospechar el procedimiento iniciado contra él cuando su dirección figuraba en el expediente presentado para que lo juzgara el Juez competente en cuanto al fondo, tuvo como efecto privar al demandante de un acceso efectivo a un tribunal para contestar el procedimiento diligenciado en su contra. Además, las jurisdicciones que examinaron el caso en el marco de la acción de nulidad y del recurso de amparo no remediaron tal ausencia de participación en el procedimiento principal procediendo a una interpretación excesivamente restrictiva de la legislación. En consecuencia, el Tribunal considera que se atentó contra la sustancia misma del derecho del demandante a un tribunal”.

³³¹ Según el TEDH, “la combinación de los hechos en este asunto, en la medida en que la demandante, debido a su condición mental de “presuntamente incapaz” no podía sospechar del proceso emprendido en su contra, le privó de un acceso efectivo a un Tribunal con el fin de defenderse en el proceso diligenciado en su contra. Por otro lado, los tribunales implicados en el marco de la demanda de nulidad y del recurso

Aunque he dicho que esta garantía trata de asegurar determinados derechos durante la tramitación del procedimiento, su vulneración puede producirse fuera de éste. Según establece la STC 216/1992, el “presupuesto básico” para poder defenderse en juicio es el acto procesal de comunicación de la existencia del pleito, de ahí, que el emplazamiento del demandado y las normas que lo han ido regulando en los distintos órdenes jurisdiccionales a lo largo del tiempo, hayan dado lugar a un buen número de recursos de amparo. Es cierto que éstos han descendido considerablemente debido a que muchos de los casos que generaban indefensión eran consecuencia de la aplicación de leyes preconstitucionales cuyo tenor literal, de no ser interpretado conforme a la Constitución, podía arrojar resultados inconstitucionales. Esto no quiere decir que nos encontremos ya ante un problema superado y resuelto: hoy en día sigue habiendo amparos –en su mayoría estimatorios— que tienen por objeto comprobar si una sentencia dictada *inaudita parte* como consecuencia de un emplazamiento defectuoso, vulnera o no el derecho de defensa contradictoria³³².

Según el TC, aunque con las reservas a las que aludiré más adelante, la obtención de una resolución judicial dictada *inaudita parte*, sólo es admisible en los casos en los que la incomparecencia del demandado se produce por causas exclusivamente imputables a su actitud, ya sea ésta negligente o voluntaria. A pesar de que el TC ha considerado conforme a la Constitución el emplazamiento edictal, éste sólo deberá realizarse cuando hayan fracasado todos los intentos de comunicación personal con el demandado. Este mecanismo de comunicación se configura así como la última *ratio* a la que en juez debe acudir para poner en conocimiento de las partes la pendencia del proceso³³³. No basta, en consecuencia, con que el órgano judicial cumpla lo dispuesto en la ley, sino que se exige un plus consistente en agotar todas las posibilidades para comunicar la pendencia del proceso a los legitimados³³⁴. En este

de amparo no remediaron dicha falta de participación en el proceso principal. El razonamiento basado en la no retroactividad de una declaración de incapacitación parece demasiado formalista y no se concilia con el internamiento de la demandante, en contra de su voluntad, en un hospital psiquiátrico, decretado por otros dos Jueces de la misma ciudad. En consecuencia, el Tribunal considera que se ha vulnerado el contenido del derecho de la demandante a un Tribunal.”

³³² Recientemente, incluso el TEDH ha condenado a España en dos ocasiones por vulnerar el art. 6.1 del CEDH como consecuencia de haber producido indefensión a una de las partes del proceso que no llegó a tener conocimiento del proceso. Me refiero a las SSTEDH 15 de junio de 2006 (asunto Lacárcel Menéndez contra España) y de 22 de junio de 2006 (asunto Díaz Ochoa contra España). Ambos casos, a los ya me he referido anteriormente, me parece que pueden considerarse aislados en la medida en que fueron las especiales circunstancias las que llevaron al TEDH a estimar las demandas.

³³³ Vid. por todas, las SSTC 197/199, 91/2001.

³³⁴ El art. 64 de la LJCA de 1956 en su redacción original provocó más de un centenar de recursos de amparo como consecuencia de la praxis, entre los órganos jurisdiccionales correspondientes al orden

sentido, en la STC 93/1987 se afirma que para asegurar el derecho de defensa de los litigantes, no basta con que los órganos judiciales cumplan de forma escrupulosa la ley, sino que además han de procurar “por su propia iniciativa las medidas que estimen oportunas para garantizar esa presencia”. El problema fundamental que han suscitado – y lo siguen haciendo— los supuestos de emplazamientos defectuosos, es el abuso por parte de aquellos que, aun conociendo la existencia del proceso, no se personaban por no haber sido emplazados en forma. Este problema ha dado lugar a la inclusión de importantes matizaciones y criterios en la jurisprudencia constitucional que intentan discernir cuando se ha producido o no una situación de indefensión. No obstante, este intento de desbrozar los supuestos reales de falta de defensa de los casos de abuso, de mala fe –que no son pocos— y de aquellos en los que la conducta de la parte es negligente, no ha estado exento de contradicciones³³⁵. Quizás en un intento por frenar este tipo de prácticas, el TC pronto hizo uso de la imposición de multas coercitivas, sin que esta decisión disuadiera a los recurrentes en amparo, lo que hizo además que el TC cesara en la imposición de aquellas³³⁶.

Una de las grandes incógnitas que me parece que quedan por aclarar respecto a este asunto, esto es, a las resoluciones judiciales dictadas *inaudita parte*, es el alcance del derecho a ser oído en el proceso. Una vez constatada la existencia de indefensión debido a la defectuosa actuación de los órganos judiciales y a la conformación de que la parte que se quedó indefensa no incurrió ni en negligencia ni en mala fe, ¿debe anularse la resolución judicial dictada *inaudita parte* aun no habiendo transcurrido los plazos

Contencioso-Administrativo, de no notificar la existencia del proceso a los codemandados y coadyuvantes de forma personal sino a través de edictos, tal y como podía deducirse de la lectura del citado precepto. El TC no lo entendió derogado por la entrada en vigor de la Constitución debido a que la norma “no prohibía el emplazamiento personal”, sino que prevenía únicamente que la publicación del recurso en el BOE serviría de emplazamiento a los codemandados y coadyuvantes. Por el contrario, sí impuso a los órganos judiciales que, aplicando supletoriamente la LEC, emplazaran personalmente en los casos en los que fuera posible. Los amparos fueron de muy distinto signo, ya que el TC, lejos de estimar todos aquellos casos en los que se había dictado una sentencia *inaudita parte* por haberse emplazado al interesado a través de edictos y no personalmente, analizaba en el caso concreto si el recurrente en amparo había tenido o había podido tener conocimiento extraprocesal del pleito. Lo determinante en estos no era la actuación del juez, sino la diligencia de la parte. Esta práctica, insistió efectuada como consecuencia de una interpretación literal y sistemática del art. 64 LJCA dio lugar a un número importantísimo de recursos de amparo. Vid, a modo de ejemplo las SSTC 63/1982; 4, 22, 48, 102 y 117/1983; 50, 56 y 108/1985; 4, 8, 19 y 86/1984; 150/1986; 38, 45 y 46/1987; 129/1991; 26, 88 y 126/1999.

³³⁵ El TC ha señalado, por ejemplo, que una gran empresa que opera en una determinada Comunidad incurre en actitud indiligente si no lee el BOE de la provincia en la que opera (STC 150/1986) con el fin de advertir si hay procesos contencioso-administrativos que son de su interés. Sin embargo, en la STC 45/1987, en la que la empresa que alega la indefensión es Iberduero, Sociedad Anónima, no le es aplicada esa doctrina, debido a las circunstancias que concurren en el caso concreto.

³³⁶ Vid., entre otras, la STC 149/1986

legales para solicitarla? El TC no ha dado una respuesta definitiva a esta cuestión. En algunos casos, como por ejemplo la STC 105/1987, aunque el fallo de la sentencia fuera muy probablemente el mismo que se dictó sin respetar el derecho de audiencia, el TC ha anulado todo el proceso debido a que el principio de audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible. Sin embargo, en otros como en el caso del ATC 292/1993, el TC no estima vulnerado el derecho de audiencia de una persona que no fue citada a juicio como coadyuvante —a pesar de que debió haber sido llamada— debido a que “el fallo de la sentencia que fue pronunciada en el proceso vino predeterminado por el signo de una sentencia anterior (...) de tal manera que la pretensión de la actora (que era ser oída en el juicio), caso de ser estimada, no restablecería al recurrente en la integridad (d)el derecho fundamental invocado, a una tutela judicial sin indefensión”. De esta manera el TC concluye que “no ha sufrido un efectivo y real menoscabo en su derecho de defensa”.

Hay aún otros supuestos en los que la indefensión se produce fuera del proceso. Me refiero a aquellos en los que terceros se ven afectados por fallos judiciales en los que no han sido parte y, en consecuencia, no han podido defender sus derechos e intereses legítimos en ningún proceso. La indefensión que se produce en estas situaciones no es formal, en el sentido de que esté relacionada con la forma en que se ha llevado el pleito, sino referida a los “derechos e intereses legítimos” de la parte que no formó parte de la relación jurídico-procesal. Uno de los casos típicos en los que esto se producía y que dio lugar a un buen número de recursos de amparo, fue el lanzamiento de los arrendatarios de buena fe como consecuencia de la adjudicación del inmueble a terceros tras sustanciarse un proceso sumario contra el deudor hipotecario y dueño de la finca y sin oír a aquellos. Aunque con carácter general el TC reconoció la constitucionalidad del antiguo art. 131 LH, en su STC 6/1992, y tras estimar un buen número de recursos de amparo, se contienen dos observaciones importantes. Por un lado, recomendó vivamente al legislador la modificación de la ley para evitar situaciones de indefensión³³⁷. Por otro, señaló que la declaración de conformidad de la LPH con el art. 24.1 CE “no puede deducirse que constituya jurisprudencia firme la de que todo tercero ajeno al procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L.H. se vea

³³⁷ El último FJ de la citada sentencia establece: “El legislador podrá (y quizá convenga que lo haga) introducir una nueva previsión en el proceso del art. 131 de la L.H. que permita la comparecencia en él con igualdad de armas procesales del arrendatario de la finca hipotecada. Pero en tanto no lo haga y por respeto al mayor valor de los derechos fundamentales (en este caso, el de la prohibición de la indefensión) la arrendataria no podrá ser lanzada sin haber sido parte en la única vía procesal posible que no es otra que el proceso declarativo ordinario.”

inerme ante el mismo, caso de ser afectado como tercero, y garantizado en todo caso en su derecho a la tutela judicial, dada la oportunidad de «ejercer el juicio declarativo correspondiente» que le reconoce la Ley, ya que esta conclusión podría ser cierta en determinados casos, pero no en todos, dependiendo ello de las circunstancias, que no son naturalmente siempre las mismas”. Es un caso típico en el que el TC, hasta tanto intervenga el legislador, realiza una interpretación conforme del precepto a la CE, posibilitando en el caso concreto que la adjudicación de la finca no pueda suponer el lanzamiento del arrendatario de buena fe, que –debido a que no fue oído en el proceso— deberá solicitar su tutela a través de un procedimiento ordinario.

Por último, hay que señalar que el recurso de amparo se ha convertido en una pieza de interpretación de la legalidad procesal en los casos en los que, o bien había un vacío legislativo, o bien en los que se hacía imposible su uniformidad interpretativa por tratarse de normas que se aplican en procesos no frecuentes o en única instancia. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la STC 105/87³³⁸.

2.3.3. Los derechos que inciden en el producto del proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva no se agota con el acceso a la jurisdicción. Como ya se ha dicho anteriormente, el contenido que el Tribunal Constitucional ha venido denominando como “normal” –en el sentido de habitual— del derecho, consiste en que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia que en su día las partes sometieron su conociendo. Sobre el producto del proceso, generalmente la sentencia, también se han extendido las garantías contenidas en el artículo 24.1 CE: el TC ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en el derecho a acceder a la jurisdicción y a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino que además, éste ha de ser congruente, estar motivado, fundado en Derecho y, en consecuencia, no estar incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o en error patente.

A continuación se analizarán brevemente cada una de estas exigencias que, como se verá, no siempre tienen entidad propia sino que están conectadas con otras vertientes del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

³³⁸ El TC en este caso, a sugerencia del Fiscal, realiza la interpretación correcta de un determinado precepto de la antigua LEC debido a que “no puede ser unificada por un tribunal superior dentro de la jurisdicción ordinaria, al estar atribuido el conocimiento de estos asuntos en última instancia a las Audiencias, por lo que al declarar este Tribunal cuál es la interpretación correcta unifica de manera indirecta, pero efectiva, la posible interpretación de esas normas” (F.J. 3º)

a) La exigencia de la congruencia.

Al igual que se ha puesto de relieve en relación con el derecho a no padecer indefensión, la necesidad de que las resoluciones sean congruentes no nace con la aprobación de la Constitución de 1978. Ya anteriormente, esta exigencia estaba contemplada en la ley como un principio inherente a la idea misma de proceso. Quien acude al juez, lo hace para que éste resuelva ni más, ni menos, ni cosa distinta a lo pedido en la demanda o en el escrito que da el primer impulso procesal. Lo que sí ha hecho la Constitución es elevar a categoría de derecho fundamental un principio típicamente procesal.

El derecho a una “resolución judicial congruente” fue reconocido como parte integrante del genérico derecho a la tutela judicial efectiva en uno de los primeros recursos de amparos resueltos por el TC. Sin embargo, el alcance que se le dotó en los primeros años de puesta en marcha de la jurisdicción constitucional fue tremendamente limitado. En una de sus primeras sentencias, la 20/1982, el TC afirmó que “es cierto que el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva puede verse lesionado por vicios de incongruencia en la sentencia judicial en relación con la demanda, lo que sucede sólo cuando la desviación en que consiste la incongruencia supone una *completa* modificación de los términos en los que se ha producido el debate procesal”³³⁹. El Tribunal, en esta primera etapa, conectaba la exigencia de congruencia con la prohibición de indefensión y con la garantía del principio de contradicción que ha de presidir el desarrollo del proceso, de tal manera que lo que consideraba inconstitucional era el hecho de que la sentencia fuera dictada, bien respecto de peticiones distintas a las que había formulado la parte, bien porque la sentencia, sobrepasando las potestades que confiere el principio *iura novit curia*, resolviera el pleito con una argumentación jurídica respecto a la cual no se había producido debate alguno en el curso del proceso. Según el TC de los primeros años, “la incongruencia que puede vulnerar el art. 24.1 de la Constitución es *únicamente* aquella que afecta al principio de contradicción, no cualquier divergencia del fallo judicial respecto de los términos en que el debate procesal se hubiera planteado”³⁴⁰. La conexión del derecho a obtener una resolución judicial congruente se enmarcaba entonces en el contenido

³³⁹ Doctrina citada posteriormente en las SSTC 14/1985, 167/1985, 110/1986. La cursiva es mía.

³⁴⁰ STC 136/1987, F.J. 2º. La cursiva es mía.

protegido por el derecho a no sufrir indefensión, más que en el derecho a acceder a la justicia.

El carácter absolutamente restringido en su estimación, sólo para casos excepcionales, hizo incluso que no se apreciara su concurrencia en los casos en los que la incongruencia, a pesar de producirse de facto, lo era en un proceso cuya resolución definitiva no tenía efectos de cosa juzgada. El TC exigió para su apreciación que la incongruencia tuviera efectos irreversibles de tal manera que sólo podía ser declarada respecto de resoluciones que tuvieran la eficacia de cosa juzgada³⁴¹.

A pesar de que esta línea jurisprudencial fue más o menos constante en los casos en los que se alegaba la concurrencia de tal vicio³⁴², el derecho a una sentencia congruente fue utilizado a modo de cajón de sastre ya que el TC amparó, por falta de congruencia, asuntos de dudoso encaje en los contornos que la definen. Me parece que se puede afirmar que el control del error patente a través del amparo tuvo su entrada por el derecho fundamental a obtener una sentencia congruente. Son varios los amparos que se pueden citar en este sentido. En una de las primeras sentencias, la 14/1984, se produce este fenómeno. A pesar de que el problema se limitaba a un craso error del juzgador – confundir el oficio de la demandante y resolver todo el proceso de solicitud de incapacidad laboral a partir de ese error que viciaba toda la resolución-, el TC reconduce el asunto a un caso de incongruencia³⁴³. El TC acaba por afirmar que la respuesta del ya desaparecido Tribunal Central de Trabajo no es acorde con la petición de la parte en la medida en que se absuelve a la Mutualidad Nacional Agraria cuando ni siquiera había sido demandada. Es evidente que lo que menos importancia tenía en el caso era a quien absolviera o no el TCT, sino que toda la argumentación contenida en la sentencia podía considerarse inexistente por basarse en un presupuesto fáctico erróneo, ajeno por completo al debate procesal.

Con el tiempo, esta tendencia a utilizar el derecho a una sentencia congruente ha perdido la fuerza expansiva o de cajón de sastre de la que se ha dado cuenta anteriormente. Creo que esto se debe, entre otras cosas, a que el TC, a partir de un determinado momento, no ha tenido reparos en afirmar que el derecho a la tutela

³⁴¹ *Vid.*, en este sentido la STC 77/1986.

³⁴² Efectivamente así fue y sólo en casos extremos el TC otorgó el recurso de amparo. Pueden verse en este sentido las SSTC 29/1987, 133/1987, 142/1987. Sólo en esta última sentencia el TC estimó el recurso de amparo debido a que se modificaron por completo los términos del debate (el objeto del proceso era la solicitud de una pensión y el juez resolvió sobre el grado de invalidez)

³⁴³ El TCT resolvió la demanda de incapacidad y de solicitud de una pensión a partir de un dato fáctico erróneo: resolvió la controversia a partir de la creencia de que la demandante y recurrente en suplicación era agricultora, cuando en realidad era peluquera.

judicial efectiva comprende el derecho a obtener una resolución judicial no incurso en error patente. Esto es, una vez que el control del error patente se ha hecho un hueco en la doctrina constitucional como un derecho autónomo derivado del genérico a la tutela judicial efectiva, el derecho a obtener una sentencia congruente se ha ceñido más a los contornos que definen o que caracterizan este tipo de inconstitucionalidad. Esta reconducción de la congruencia a sus propios términos, no ha resuelto ni mucho menos los problemas que se le plantean al TC en relación con los recursos de amparo en los que se alega la incongruencia de la resolución judicial.

El derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto implica la obligación del juzgador de pronunciarse sobre la totalidad de las pretensiones que han sometido a su consideración. Si el juez se aparta de las pretensiones de las partes, o las resuelve a partir de presupuestos erróneos, incurrirá en el vicio de incongruencia. Son tres las modalidades de incongruencia que el TC considera constitucionalmente relevantes en la actualidad: la incongruencia omisiva o *ex silentio*, la incongruencia por exceso o *ultra petita* y la incongruencia mixta, o por error. En todas ellas se produce un desajuste entre el fallo o la parte dispositiva de la sentencia y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones.

Esta característica de la incongruencia arroja un dato de interés: para apreciar si una resolución vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva o la prohibición de indefensión no es suficiente analizar la sentencia como un hecho aislado, sino que es preciso estudiar los antecedentes que dieron lugar a tal pronunciamiento judicial. O en otras palabras: en términos generales, el examen de la congruencia de la sentencia obliga a estudiar “el caso concreto”.

Los distintos tipos de incongruencia no son concreción de un mismo tipo de derecho de los que se enuncian en el apartado primero del art. 24.1 CE. Una incongruencia omisiva, en cuanto implica una falta de respuesta del órgano judicial a una de las pretensiones de las partes, está directamente conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva —más concretamente con el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto—, mientras que una incongruencia *extra petitem*, producida como consecuencia de la alteración de los términos en los que se llevó a cabo el debate procesal, vulnera el mandato de prohibición de indefensión también contenido en el

24.1 CE³⁴⁴. No obstante, por cuestiones de sistemática, se estudian todas las modalidades de incongruencia en este apartado.

Antes de analizar cómo el TC ha construido las distintas modalidades de congruencia, es necesario hacer una última aclaración. Los derechos a obtener una resolución congruente con los pedimentos de las partes y a la motivación de las resoluciones judiciales son distintos: ambos presentan perfiles diferentes, ya que mientras la congruencia exige una respuesta del órgano judicial, a través de la motivación se controla que no cualquier respuesta cumple con lo dispuesto en el artículo 24.1 CE. La motivación, por tanto, se controla una vez que hay respuesta del órgano judicial. No obstante, es cierto que el TC, en ocasiones y debido a la conexión que entre estos dos derechos puede producirse³⁴⁵, “incurre en una mixtificación no deseable”³⁴⁶. Ésta perdura en la actualidad, hasta tal punto que en la reciente STC 3/2011, puede leerse en los antecedentes que el Fiscal ante el TC “interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente *de falta de motivación por incongruencia omisiva*”³⁴⁷. En otras por el contrario, se ha esforzado en distinguir el fundamento de ambos derechos³⁴⁸.

Por último, hay que resaltar que en los últimos años de jurisprudencia constitucional, los supuestos de incongruencia extra y ultra *petita* han descendido considerablemente, hasta tal punto que, no hay ninguna sentencia referida a este vicio en los últimos 3 años (2009, 2010 y 2011). Los casos de incongruencia *ex silentio*, aunque también han descendido respecto a otros años, son los que hacen que este derecho a la exigencia de congruencia siga ocupando parte del trabajo del TC. Concretamente, y atendiendo también a los últimos tres años, en el año 2010 hay 2 sentencias³⁴⁹, 10 en el 2009³⁵⁰ y ninguna en 2011. Asimismo, los casos de incongruencia por error, también se cuentan con los dedos de una mano, pues en los

³⁴⁴ I. Díez-Picazo Giménez, “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, T.I, Pamplona 1998, pág. 345.

³⁴⁵ En la STC 91/1995 se expone cómo ambos derechos están íntimamente relacionados.

³⁴⁶ A. J. Gómez Montoro, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, cit., pág. 491.

³⁴⁷ La cursiva la he añadido yo.

³⁴⁸ En este sentido, la STC 36/2006 establece: “Aunque tanto la incongruencia como la motivación de las Sentencias vienen impuestas por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), su funcionalidad es distinta (...) (L)a motivación de las sentencias (art. 120.3 CE) no se refiere, como la congruencia, al fallo o parte dispositiva de la misma sino a los fundamentos que las nutren para dar respuesta a las alegaciones de las partes.”

³⁴⁹ SSTC 24 y 91/2010.

³⁵⁰ 36, 61, 67, 67, 73, 121, 139, 141 y 204/2009.

últimos tres años ha habido 2 casos –todos ellos en el año 2009³⁵¹. Saco a la luz este dato para poner de manifiesto que es la incongruencia *ex silentio* la que, por la frecuencia en su invocación, ha tenido más importancia en la jurisprudencia constitucional y sobre todo para señalar que la frecuencia en la invocación de este derecho fundamental se ha reducido considerablemente con respecto a lo que sucedía hace una década. En efecto, hace ya algunos años, I. Díez-Picazo Giménez señaló que “el tema de la incongruencia es, en el ámbito del art. 24.1 CE, sino el que más, uno de los que da lugar a la interposición de más recursos de amparo”, por lo que según el autor, se hacía necesaria una clarificación del TC con el fin de intentar delimitar los supuestos de incongruencia con y sin trascendencia constitucional³⁵². No obstante, de las posibles causas de esta considerable reducción, me ocuparé más adelante. Baste ahora con tener presentes los datos que se han mencionado.

a.1.) La incongruencia omisiva o *ex silentio*.

Quizás la primera sentencia que reconoce, al estimar el recurso de amparo, el derecho fundamental a obtener una resolución no incurso en incongruencia omisiva sea la 200/1987³⁵³. Como ya se ha dicho, el TC en esos primeros años de funcionamiento sólo manejaba un concepto de incongruencia referido a la falta de adecuación entre el *petitum* de la demanda y el fallo de la resolución judicial. En la sentencia citada, sin embargo, el TC estima un amparo porque los Tribunales que conocieron de su pretensión dejaron imprejuizada la cuestión de fondo planteada en su día en la demanda. No obstante, en esa primera sentencia, que estima el recurso a partir de una genérica alusión al derecho a la tutela judicial efectiva, no se contienen los contornos del derecho a no obtener una sentencia incurso en incongruencia omisiva. Poco tiempo después, en la STC 8/1988, el TC afirma ya nítidamente esta vertiente del derecho, que equipara a “una denegación técnica de justicia” y a una “negativa de tutela judicial”³⁵⁴.

³⁵¹ SSTC 53 y 83/2009.

³⁵² “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho”, “El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 10, mayo-agosto 2000, pág. 36-37.

³⁵³ Poco antes, sin embargo, en la STC29/1987, el TC desestimó un amparo en el que se alegaba la vulneración de este derecho debido a la comprensión tan limitada que el TC realiza de las exigencias que conlleva el derecho a obtener una sentencia congruente: “no cabe hablar de denegación de tutela si el órgano judicial responde a la pretensión principal”.

³⁵⁴ FJ 4º.

Al igual que en los casos anteriores, la incongruencia omisiva sólo opera frente al órgano judicial encargado de resolver un litigio determinado, de ahí que la doctrina constitucional haya configurado este derecho únicamente frente al órgano judicial que conoce de un determinado asunto, por lo que me centraré solamente en el significado que el derecho arroja desde esta perspectiva, teniendo en cuenta además que la incongruencia, como categoría legal, no coincide con el contenido del derecho tal y como lo ha configurado la jurisprudencia constitucional³⁵⁵.

La incongruencia omisiva, aunque ha adquirido singularidad en la doctrina constitucional, está directamente conectada con el derecho a acceder a la jurisdicción y a obtener una respuesta sobre el fondo del asunto. No obstante, y como se expondrá posteriormente, hay casos en los que el TC también ha exigido respecto de esta modalidad de incongruencia, que se produzca además un resultado de indefensión para estimar el recurso de amparo.

Según ha apuntado reiteradamente el TC “el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes— y objetivos –causa de pedir y *petitum*”³⁵⁶. Así pues, se produce tal tipo de incongruencia, bien cuando el órgano judicial no se pronuncia sobre la totalidad o sobre algunas de las pretensiones que se han sometido a su consideración, bien cuando no responde a alegaciones sustanciales que pueden afectar al sentido del fallo. La inclusión de este segundo supuesto en la exigencia de motivación se debe, según el TC, a que “la acción no es sólo el resultado que el litigante pretende obtener –lo que pide al tribunal— sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide o *causa petendi*”³⁵⁷. El tratamiento que el TC dispensa a los dos supuestos enunciados es bien diferente, como se expondrá a continuación. No obstante, el TC exige en ambos tipos de incongruencia que se den dos requisitos esenciales para que pueda concurrir tal vicio. Por un lado, que el litigante haya formulado la pretensión –*petitum*— o la alegación sustancial –*causa petendi*— de

³⁵⁵ No tiene sentido analizar la vinculación de esta vertiente del derecho respecto al legislador. Naturalmente, éste habrá de configurar los procesos para evitar situaciones de denegación de justicia, pero la incongruencia constitucionalmente protegida no coincide –o al menos así lo ha establecido el TC— con la exigida en las leyes procesales. En este sentido el TC ha señalado, entre otras en la STC 1/1991, que “el art. 24.1 no ha constitucionalizado el art. 359 LEC [se refiere a la LEC de 1881, ya que en la LEC vigente en la actualidad, la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales está prevista en el art. 218.1], de ahí que el significado del término no sea coincidente en su acepción legal que en la construcción jurisprudencial constitucional al elevarlo a categoría de derecho fundamental”.

³⁵⁶ STC 216/2007, FJ 2º.

³⁵⁷ Así se contiene en la STC 278/2006, con remisión a la STC 20/1982.

forma expresa y en el momento procesal adecuado³⁵⁸. Por otro, que se produzca una ausencia de respuesta judicial en relación con el *petitum* o con la alegación sustancial o causa de pedir. Estas son básicamente las semejanzas entre ambas modalidades de incongruencia omisiva. Al margen de estas dos consideraciones, el TC ha establecido diferencias importantes en el tratamiento de uno y otro caso.

Respecto a la primera modalidad, esto es, la ausencia de respuesta judicial a una pretensión debidamente planteada por el litigante, el TC ha realizado un control mucho más incisivo que respecto a falta de respuesta a una alegación de la parte. La resolución que padece este vicio provoca una denegación técnica de justicia: el litigante, a pesar de haber accedido a la jurisdicción y de haber sido oído —o al menos formalmente—, no ha obtenido respuesta judicial sobre todas o algunas de las pretensiones que formuló de conformidad con la ley en su día.

La segunda modalidad de incongruencia, referida a la falta de respuesta a alegaciones de las partes, ha recibido un tratamiento más laxo por parte de la jurisprudencia constitucional. El contenido constitucionalmente protegido del derecho implica la obligación del órgano judicial de responder las alegaciones *sustanciales* aportadas por las partes, “sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (por todas, SSTC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2)”³⁵⁹. De ahí que también quepa diferenciar en este punto si las alegaciones aducidas son o no sustanciales. En este sentido, el TC ha establecido en la STC 24/2010: “este Tribunal ha puesto de manifiesto que respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, destacando que cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa

³⁵⁸ Un ejemplo en el que el TC no declara vulnerado el derecho debido a que la parte procesal no planteó en el momento procesal oportuno o a través de los instrumentos procesales adecuados su petición o la alegación en que basaba su pretensión, lo constituye las SSTC 80/2001.

³⁵⁹ STC 146/2008.

esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia (por todas, STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 4)”. Así, una resolución judicial que no se pronuncia sobre la prueba practicada en el proceso y que arroja un resultado que puede ser trascendental para determinar el sentido de fallo, vulnera el derecho a obtener una resolución judicial congruente³⁶⁰.

El problema fundamental que plantea el control de constitucionalidad de este derecho fundamental es precisamente el que se ha señalado anteriormente, es decir, el de la existencia o no de respuesta o contestación tácita. Efectivamente, como ya se ha señalado respecto de la falta de respuesta de la causa de pedir, el TC no ha exigido una respuesta pormenorizada de cada de ellas para entender cumplida la exigencia de motivación. El hecho de que el control de falta de respuesta a las pretensiones sea más incisivo que en el caso de la causa de pedir –alegaciones en las que se funda el *petitum*— no significa que no se haya admitido la respuesta tácita respecto del *petitum*. En estos casos también se admite la desestimación tácita cuando “así puede deducirse de otros razonamientos de la sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no era necesaria o imprescindible”³⁶¹, o cuando el examen de determinadas pretensiones venga subordinado a la resolución de otras, respecto de las cuales el órgano judicial se haya pronunciado, o en el caso de la motivación por remisión aun de forma genérica y no pormenorizada, especialmente en los casos en los que el asunto ya había sido objeto de conocimiento en primera instancia –o incluso en segunda, en los casos en los que el asunto se encuentre en sede casacional—. Como han señalado algunos autores, la determinación de cuándo debe considerarse que hay o no respuesta tácita, no ha estado exenta de contradicciones en la jurisprudencia constitucional, lo que hace que este sea el verdadero *quid* de la cuestión del derecho fundamental del que vengo dando cuenta³⁶².

Hay que resaltar, sin embargo, como una constante en la doctrina del TC, que no es admisible la respuesta tácita en los casos en los que el motivo que se deja sin respuesta por parte del órgano judicial es la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido el TC ha establecido en su STC 121/2009: “hay que señalar que, dado que el motivo de casación lo que planteaba era la vulneración –por la Sentencia de instancia— de un derecho fundamental, la garantía del *non bis in idem*, que se deriva del principio

³⁶⁰ Vid., en este sentido, STC 139/2009.

³⁶¹ STC 91/1995

³⁶² Vid. I. Díez-Picazo Giménez, “Artículo 24. Garantías procesales”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. O. Alzaga Villaamil, T III, pág. 42.

de legalidad punitiva ex art. 25.1 CE, resulta de obligada observancia nuestra doctrina sobre la exigibilidad de una respuesta judicial expresa, que no cabe sustituir por fórmulas alternativas como la motivación tácita ni por remisión, “y ello no tanto por la posición de subsidiariedad en que el constituyente ha situado este recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), sino, sobre todo, en virtud del lugar ocupado por los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE). Al margen de ello, es claro que un resultado de incongruencia omisiva en esta materia frustra también el diseño del amparo de los derechos fundamentales previsto en el citado apartado segundo del art. 53 CE” (STC 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; en igual sentido, entre otras, SSTC 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 53/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 189/2001, de 24 de septiembre, FJ 1; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 2/2004, de 14 de enero, FJ 4; 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 176/2007, de 23 de julio, FJ 2 y 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2.b).”³⁶³

Los asuntos que han planteado mayores problemas se refieren a la falta de respuesta judicial en los casos en los que el juzgador, resolviendo sobre el fondo del asunto, no se pronuncia expresamente en relación con las excepciones alegadas por las partes, como por ejemplo la prescripción, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación, entre otras. Las condenas del TEDH a España, en las sentencias de 9 de diciembre de 1994 (asuntos Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España) hicieron que el TC modificara su doctrina y no entendiera como regla general, que la resolución del fondo del asunto equivalía a una desestimación tácita de las causas de inadmisibilidad alegadas³⁶⁴. En la actualidad, por norma general, el TC obliga al órgano judicial a pronunciarse sobre estos extremos de forma expresa, citando la doctrina del TEDH al respecto³⁶⁵. No obstante, es preciso analizar cada caso y, destacadamente, las circunstancias concurrentes, para determinar si hubo o no respuesta³⁶⁶.

³⁶³ La cursiva la añado yo.

³⁶⁴ En realidad, el TC recuperó en este caso la doctrina de los años iniciales, en las que exigía un pronunciamiento pormenorizado a las cuestiones de inadmisibilidad propuestas por las partes. No obstante, años después cambió el criterio y entendió, en algunos casos, que el no pronunciamiento sobre tales cuestiones podía entenderse como una desestimación tácita. En la STC 91/1995, con cita expresa de las SSTEDH, vuelve a exigir al órgano judicial un pronunciamiento expreso sobre las causas de inadmisibilidad aducidas. Algunos ejemplos de esta evolución en la doctrina del TC pueden verse en A.J. Gómez Montoro, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la doctrina del TC”, cit. págs., 514-515.

³⁶⁵ Vid., entre otras, las SSTC 85/2000, 1/2001, 165/2008.

³⁶⁶ En los últimos años, los amparos en los que se plantea esta problemática, han sido en su mayoría estimatorios. Vid., a modo de ejemplo, la STC 73/2009.

También hay que resaltar como problemáticos, de forma especial respecto de los órganos judiciales de vigilancia penitenciaria, los asuntos en los que el órgano judicial emite como respuesta un mero formulario de carácter estereotipado que contiene razonamientos jurídicos tan generales y abstractos que podrían aplicarse a una pluralidad de asuntos de naturaleza diversa. El primer escollo que hay que abordar desde un punto de vista sistemático es si éstos afectan al derecho a obtener una respuesta de los órganos judiciales, o más bien son casos de falta de motivación. En los últimos años, en diversas sentencias que analizan sentencias de diversos Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, resolutorias de impugnación de sanciones impuestas en el ámbito penitenciario, el TC se ha decantado por insertar estos casos dentro de los supuestos típicos de falta de respuesta y, en consecuencia, que incurren en incongruencia omisiva. Así, en la STC 215/2007, tras admitirse, pero no aconsejarse la utilización de formularios o respuesta estereotipadas, se afirma que esta práctica “puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del art. 24.1 CE estén íntimamente relacionadas”³⁶⁷. El problema que plantea la utilización de este tipo formularios por los órganos judiciales de vigilancia penitenciaria viene de lejos y la complejidad que presentan se debe, sobre todo, a la suficiencia de la motivación que le es exigible al órgano judicial³⁶⁸. En los últimos años, el TC ha exigido no sólo que puedan atisbarse los motivos en los que se basa la resolución judicial, sino la respuesta “pormenorizada” o “individualizada” cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales en la imposición de la sanción de carácter disciplinario. Es más, esta reiteración ha dado lugar a la admisión y posterior estimación del recurso de amparo resuelto en la STC 59/2011, al entender el TC que se trata de un recurso con trascendencia constitucional por incumplir el órgano judicial de forma reiterada la doctrina del TC referida a la utilización de formularios que

³⁶⁷ *Vid.*, en el mismo sentido 67/2000, 34/2007, 77/2008, 59/2011, entre otras muchas otras.

³⁶⁸ *Vid.*, en este sentido la STC 126/1994, que cuenta con un voto particular del Magistrado P. Cruz Villalón, cuya formulación ya pone en sí misma de manifiesto las dificultades que pueden producirse para determinar cuándo ha habido o no respuesta del órgano judicial. Resultan de interés los fundamentos del voto particular para determinar hasta dónde debe alargarse la jurisdicción de amparo en estos casos.

constituyen una respuesta estereotipada en los casos en los que el recluso alega que en la tramitación del expediente sancionador se vulneraron derechos fundamentales³⁶⁹.

Un supuesto típico de incongruencia omisiva que suele producirse con cierta frecuencia en los órdenes civil y laboral se produce por vía recursiva. Cuando un órgano judicial estima la pretensión principal de las planteadas en la demanda y, en consecuencia, deja imprejuizadas las subsidiarias, el órgano judicial que conoce del asunto en segunda instancia o en casación estará obligado, si es que estima el recurso, a pronunciarse sobre las peticiones subsidiarias, ya que, de lo contrario, se produciría una injustificada falta de respuesta judicial. De lo anterior se deriva que el contraste entre los pedimentos de la demanda y la parte dispositiva de la resolución judicial a efectos de determinar la existencia de incongruencia omisiva, no puede considerarse aisladamente en cada instancia en el caso de que, existiendo peticiones subsidiarias, éstas no fueran resueltas en la primera instancia por estimarse la petición principal. En este sentido el TC ha señalado incluso “que hay un vicio de incongruencia cuando, *pese a la falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales*, la configuración legal del recurso de que se trate obliga a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que fueran objeto del litigio (como ocurría en el supuesto resuelto por la STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de ley)” (STC 91/2010)³⁷⁰. En el ámbito del proceso laboral y, especialmente respecto de sentencias dictadas en suplicación, se ha suscitado este problema con cierta frecuencia, lo que ha dado lugar a un número importante de recursos de amparo³⁷¹.

Respecto a este tipo de incongruencia, ha jugado también un papel importante el llamado “efecto útil del recurso de amparo”. Éste ha sido considerado por el TC como “uno de los factores que deben valorarse para determinar la dimensión constitucional del silencio judicial es el efecto útil que, en su caso, tendría el otorgamiento del

³⁶⁹ Así, se establece en el FJ 7º: “(...) Lo expuesto pone en evidencia que este órgano judicial, pese a la reiteración con que desde la STC 268/2006, de 11 de septiembre, este Tribunal le ha señalado que dicha respuesta estereotipada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando se alegan vulneraciones de derechos fundamentales en la tramitación del procedimiento sancionador, insiste en su utilización. Ello implica, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, F.J. 2º, que este órgano judicial está incurriendo en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya exigencia trae causa del art. 5 LOPJ. Esta circunstancia no sólo pone de manifiesto la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo, sino que, además, debe servir de justificación para que este Tribunal haga una apelación directa a este órgano judicial para que haga un acatamiento estricto de la doctrina de este Tribunal sobre el particular”.

³⁷⁰ La cursiva la he añadido yo.

³⁷¹ *Vid.*, en este sentido, la STC 135/2007.

amparo, examinando si éste abre la posibilidad real de que la resolución expresa por el órgano judicial a la cuestión incontestada pueda conducir a una estimación de la misma o si, por el contrario, tan sólo entrañaría una anulación de efectos puramente formales, cuyo resultado quedaría reducido a que el órgano judicial convierta en expresa su desestimación táctica, para, a continuación reproducir el mismo pronunciamiento de fondo” (STC 88/1992, F: 4º). El efecto útil, creo, no sólo ha sido utilizado en los casos en los que el TC ha desestimado el recurso de amparo, sino que también se intuye en algunos casos en los que el TC estima el amparo, aunque no se haga constar de manera expresa, para, sin explicitar la resolución que debía dictar el tribunal ordinario una vez retrotraídas las actuaciones, sí insinuarla³⁷². Tanto en un supuesto como en otro, esto es, tanto en los casos en los que el TC desestima el amparo al considerar que éste no va a tener efecto útil, como en aquellos en los que lo estima al entender que se puede modificar el sentido del fallo, puede afirmarse que, quizás, el TC traspasa los límites de la constitucionalidad³⁷³. El hecho de que el TC exija que la falta de respuesta del órgano judicial a una alegación vertida por las partes en el proceso para considerarlo un supuesto de incongruencia omisiva con trascendencia constitucional, se ha conectado con el derecho a no sufrir indefensión. Sólo entonces podrá estimarse el amparo cuando la omisión del juzgador haya dejado a la parte en una situación *real* –en el sentido de material— de indefensión³⁷⁴.

Al igual que ya he señalado respecto al derecho a no padecer indefensión, se trata, en términos generales, de una vertiente del derecho en la que, para determinar si ha sido o no debidamente atendida por los órganos judiciales, es preciso valorar las circunstancias que concurren en el caso concreto³⁷⁵. En este sentido, el TC advirtió ya

³⁷² *Vid.*, en este sentido, la STC 137/1992. El TC en este caso aprecia la existencia de incongruencia omisiva porque uno de los motivos que quedó sin respuesta “podía haber prosperado teniendo en cuenta el derecho aplicable”. De alguna manera, el TC está valorando, esta vez en positivo, que la devolución del asunto al Tribunal que incurrió en incongruencia, va a cambiar probablemente el sentido del fallo. En otros casos, sin embargo, como el resuelto por la STC 34/2000, el TC no puede hacer este tipo de valoraciones, pues la alegación que quedó incontestada se refería a cuestiones probatorias sobre las que era imposible determinar, tanto el sentido que arrojarían, como su entidad para modificar o no el sentido del fallo.

³⁷³ En este sentido, A. Gómez Montoro, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del TC”, cit., pág. 514.

³⁷⁴ Un ejemplo de cómo argumenta el TC en estos casos, puede verse en la STC 187/2000. Tomo el dato de C. Viver Pi-Sunyer y H. López Bofill, cit. pág. 78-79.

³⁷⁵ Tal y como señala J. C. Cabañas García, el TC ha establecido una doctrina consolidada en relación con el derecho a obtener una resolución judicial congruente, residiendo su importancia, más bien en su aplicación casuística. Vid. en “Crónica de jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Septiembre 2007/Agosto 2008)”, *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2009, pág. 400.

en su STC 198/1990 que “el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa respecto de alegaciones que de ser admitidas impedirían un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo o no del derecho fundamental. Antes bien, en cada caso deberán tenerse en cuenta las circunstancias que en el mismo concurran para establecer si el silencio del órgano judicial puede ser o no razonablemente interpretado como desestimación tácita que satisfaga suficientemente las exigencias del derecho a la tutela”³⁷⁶.

La forma en que puede vulnerarse este derecho por parte de los órganos judiciales es bien distinta: puede producirse desde un despiste del juzgador que olvida pronunciarse sobre una petición subsidiaria, hasta una intencionada negativa a cumplir la doctrina constitucional, tal y como se ha puesto de relieve en relación con el uso de formularios o respuestas estereotipadas. De ahí que el control por parte del TC no se limite en algunos casos a analizar las actuaciones –en concreto los pedimentos y fundamentos de la demanda y la *ratio decidendi* y el fallo de la resolución judicial—, sino también la trayectoria del órgano judicial en el respeto al contenido de este derecho fundamental. No obstante, no puede considerarse en términos generales que el TC haya desplegado una actuación invasora de las competencias de los órganos judiciales a la hora de controlar si este derecho ha sido o no conculcado.

a.2.) La incongruencia por exceso: incongruencia *ultra* o *extra petita*.

El reconocimiento de este tipo de incongruencia está tremendamente ligado con la interdicción de indefensión, ya que se produce cuando el juez, en su resolución, se pronuncia sobre pretensiones que no han sido planteadas por las partes y sobre las que no ha existido el oportuno debate en el seno del proceso. Esta modalidad de incongruencia puede ser *ultra petitum*, que se produce en los casos en los que el órgano judicial concede más de lo pedido, o *extra petitum*, en las que se concede algo distinto a lo pedido por las partes. En todo caso, en ambas modalidades se produce una innovación respecto a los términos en los que se plantearon, tanto el *petitum* como el debate procesal.

³⁷⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, la STC 88/1992.

Ahora bien, no toda innovación respecto a los pedimentos de las partes constituye sin más un supuesto de incongruencia por exceso. Para que ésta se produzca, es preciso que se dé una modificación sustancial del objeto proceso, lo que no sucederá, entre otros casos, cuando la petición sobre la que pronuncia el juez estuviera formulada de forma implícita por alguna de las partes³⁷⁷, “o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (STC 250/2004 FJ 2º). Dicho en palabras del TC, para que pueda apreciarse la vulneración del artículo 24.1 en su vertiente a obtener una sentencia congruente es necesario que “el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión” (STC 311/1994). Tal como ha señalado A. J. Gómez Montoro, el factor “previsibilidad” de la respuesta del órgano judicial ha sido considerado por el TC para determinar si hubo o no vulneración del derecho fundamental en cuestión³⁷⁸.

En realidad, cuando se da este tipo de incongruencia, también se produce una infracción del principio dispositivo, en cuanto que las partes dejan de ser las verdaderas dueñas de la *litis* respecto al objeto de debate y al alcance del pronunciamiento judicial. No obstante, no en todos los procesos rige con la misma intensidad dicho principio, por lo que la naturaleza de funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción puede estar sujeta a normas de *ius cogens*, como sucede por ejemplo, en relación con el Derecho de familia, o con determinados principios e instituciones de carácter procesal³⁷⁹.

Esta forma de incongruencia, la que recae sobre los pedimentos de las partes, es considerada por el TC como “la modalidad más intensa o más tosca” (STC 278/2006, FJ 2º), pero no es la única. En efecto, el TC también ha manifestado que la incongruencia *extra petitum* puede producirse cuando el juez, al margen de las alegaciones sustanciales vertidas por las partes, resuelve con fundamentos jurídicos que no han sido introducidos ni debatidos en el proceso y, en consecuencia, sobre los que no ha existido la necesaria contradicción³⁸⁰. Lo anterior no significa, sin embargo, que

³⁷⁷ Vid. en este sentido, la STC 50/2007

³⁷⁸ Vid. *op. cit.* pág. 518. La previsibilidad de la respuesta judicial ha sido tenida en cuenta tanto para estimar el recurso de amparo (STC 144/1996), como para su desestimación (STC 358/1993)

³⁷⁹ Vid., en este sentido, la STC 4/2001 en la que se llega a la conclusión de que no incurre en incongruencia *ultra petitum* una sentencia civil, dictada en apelación, que se pronuncia, a pesar de que no lo solicitaron las partes, sobre determinados extremos del régimen de guarda y custodia. Tomo el dato de C. Viver Pi-Sunyer y H. López Bofill, cit. pág. 120.

³⁸⁰ Es también aplicable a esta modalidad de incongruencia lo que se ha dicho respecto de la incongruencia omisiva, respecto al significado de acción que maneja el TC. Ésta no sólo la compone el *petitum*, sino también su fundamento jurídico.

el juez, *previa audiencia de las partes*, no pueda proponer a éstas que la resolución del asunto pasa por tomar en consideración determinados fundamentos jurídicos que no han sido aportados por las partes al debate procesal. Esta advertencia del juez debe abrir un trámite contradictorio con el fin de que las partes se pronuncien en relación con la propuesta del órgano judicial³⁸¹. La importancia de este trámite es decisiva, ya que lo que se pretende proteger con este derecho es que las partes puedan alegar y probar lo que estimen conveniente en relación con todos los aspectos que plantee la *litis*.

El principal problema que plantea esta versión de incongruencia es el límite al principio *iura novit curia*. Y es que según el TC “los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse a los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo «*iura novit curia*» les autoriza para ello” (STC 20/1982).

Además, tampoco se infringe el derecho a obtener una resolución congruente en los casos en los que el órgano judicial toma en consideración normas de orden público, ya sean éstas de carácter procesal o sustantivas o materiales, cuya aplicación es indisponible tanto para el órgano judicial como las partes, de ahí que puedan ser apreciadas de oficio por el órgano judicial aunque no hayan sido invocadas por las partes.

Al igual que en la modalidad de incongruencia *ex silentio*, la apreciación de este tipo de incongruencia exige valorar las circunstancias del caso concreto con el fin de determinar si las partes sufren una situación real de indefensión. Para realizar tal verificación, el TC contrasta los pedimentos de las partes con el fallo de la resolución judicial y examina las actuaciones con el fin de determinar si las partes pudieron alegar y rebatir las cuestiones que finalmente fueron tenidas en cuenta, es decir, constituyeron la *ratio decidendi*. En general, la doctrina considera que el control ejercido por el TC para verificar el respeto de los órganos judiciales a este derecho no ha desplegado una

³⁸¹ Este trámite suele estar previsto en las distintas leyes procesales. En este sentido, puede verse los arts. 33.2 y 65.2 de la LJCA. Algunos recursos de amparo, como el resuelto por la STC 40/2006, han sido estimados precisamente por la falta de cumplimiento de este trámite. Y es que, el hecho de que juez deba sujetarse no sólo a los pedimentos de las partes, sino también a los motivos de la acción y la oposición cobra especial relevancia en el proceso contencioso-administrativo. *Vid.*, en este sentido, las SSTC 146/2004, 95/2005 y 40/2006, entre otras.

actividad invasora por parte del TC, ya que éste se limita, por regla general, a analizar las actuaciones en el sentido anteriormente expuesto³⁸².

a.3.) La incongruencia por error.

La primera sentencia que, quizás, sea el antecedente –lejano– de la llamada incongruencia por error, es la 14/1984³⁸³. En este caso, como consecuencia de un error fáctico sufrido por el juzgador, se acaba absolviendo a una entidad que ni siquiera compareció en juicio. Aunque el asunto, debido a esta última peculiaridad que se ha reseñado, se limitaba a la concurrencia de un error de tipo fáctico, el TC lo deriva hacia el vicio de incongruencia, debido a que se había mostrado hasta entonces absolutamente taxativo con el principio de invariabilidad de los hechos. Como se verá más adelante, en esta etapa el TC reconducía lo que hoy es el error patente al vicio de incongruencia que, en este caso, la denominó “por error”.

La terminología adoptada en esta sentencia fue retomada años más tarde por el propio Tribunal en los casos en los que el juez yerra y se pronuncia sobre algo ajeno al debate procesal, dejando a su vez imprejuzada la cuestión sometida a su conocimiento. Pero, insisto, esta construcción tarda años en asentarse en la jurisprudencia constitucional, por lo que sólo en la última década es posible encontrar resoluciones dictadas en amparo en las que, de forma nítida, se contengan los elementos típicos de la incongruencia por error.

Se produce este tipo de incongruencia cuando el órgano judicial realiza su razonamiento a partir de una premisa errónea. La sentencia judicial, considerada como un hecho asilado, esto es, sin ponerse en conexión con los hechos que han dado lugar al proceso y con *iter* procesal de éste, aparece como una sentencia motivada, que, en consecuencia, contiene una respuesta judicial. Sin embargo, una vez que la resolución judicial es puesta en relación con el litigio concreto, se puede constatar que ésta resuelve una cuestión, no sólo no sometida a contradicción en el juicio, sino ni siquiera integrante del *petitum* aducido por las partes. En realidad y como ha puesto de manifiesto la doctrina y la propia jurisprudencia, este tipo de incongruencia, contiene las dos modalidades de este vicio apuntadas anteriormente: por un lado, incongruencia

³⁸² *Vid.*, entre otros, C. Viver Pi Sunyer y H. López Bofill, cit., pág. 118-119.

³⁸³ Para otros autores (C. Viver Pi-Sunyer y H. López Bofill, cit., pág. 122), el antecedente más remoto de la incongruencia mixta o por error, es la STC 28/1987.

omisiva, en la medida en que el órgano judicial no responde a las pretensiones de las partes y que fueron el objeto del debate procesal; por otro, la extra *petitum*, porque el juez se pronuncia sobre algo ajeno a los pedimentos de las partes³⁸⁴.

El TC admite la existencia de este tipo de incongruencia como consecuencia de “cualquier género de error” sufrido por el órgano judicial. Así, el error puede venir motivado por una mala comprensión del *petitum* de la demanda, por la utilización de resoluciones judiciales-tipo que se encuentran previamente informatizadas y que, por error en el manejo de la informática se imputan a un determinado asunto, por la confusión de ciertas categorías jurídicas, etc. De cualquier manera, el TC no indaga el hecho que motiva el error del juzgador, salvo naturalmente, que éste tenga su origen en la actuación de la parte que posteriormente se ve perjudicada por la resolución judicial.

La actividad desempeñada por el TC para determinar la existencia de este vicio no presenta, a priori, problemas desde el punto de vista de la delimitación de funciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. O, expresado en otros términos, no se han producido fricciones entre ambas como consecuencia del control de este tipo de vicio, ya que el TC, por regla general, limita su actuación a comprobar a partir de las actuaciones si se produjo o no el error en los términos descritos más arriba. Además, suelen ser casos en los que el error es tan llamativo, que no exigen si quiera un examen pormenorizado de las actuaciones.

a.4) La reforma peyorativa: una forma especial de incongruencia.

Por regla general, el derecho a no sufrir reforma peyorativa es considerado por los estudiosos del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho autónomo y como tal, es decir, de forma autónoma, se acomete su estudio. Por la conexión que este derecho fundamental presenta con el derecho a obtener una sentencia congruente y a la prohibición de indefensión, se inserta su análisis en este apartado³⁸⁵.

³⁸⁴ Así lo pone manifiesto, entre otros, J. Garberí Llobregat, *Constitución y Proceso. Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Cizur Menor, 2009, pág. 184

³⁸⁵ La conexión de este derecho tanto con la prohibición de indefensión como con la exigencia de congruencia fue pronto puesto de manifiesto por el TC. En este sentido se afirma en la STC 84/1985: “(...) aunque [la reforma peyorativa] no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, ya que, por un lado, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión, y, por otro, es una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso”.

Esta garantía procesal tampoco nace con la Constitución de 1978, ya que está tremendamente ligada al principio *tantum devolutum quantum appellatum* que regía en el proceso civil antes de la entrada en vigor de la Norma Fundamental. Lo que ha hecho la Constitución, como en tantos otros casos referidos a los derechos que se derivan del de tutela judicial efectiva, ha sido elevarlo a rango de derecho fundamental. No obstante, su significación como principio en cuanto a legalidad procesal, no coincide plenamente con el alcance que el TC le ha dado al derecho a no sufrir reforma peyorativa. Asimismo, y por lo que respecta al ámbito penal, la *reformatio in peius* está tremendamente relacionada con el principio acusatorio, también elevado a categoría de derecho fundamental en la Constitución de 1978.

Y es que el derecho a no sufrir reforma peyorativa es, en realidad, una modalidad de incongruencia que tiene lugar en la fase recursiva y se produce “cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación” (STC 203/2007, FJ 2º). No es admisible, en consecuencia, que el órgano judicial, actuando de oficio, agrave la situación del recurrente, ya que, en ese caso, “se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales” (STC 126/2010).

Ahora bien, no siempre la reforma peyorativa tiene trascendencia constitucional. Según el TC sólo la adquiere en tanto que se manifieste como una forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión, por lo que ésta no se produce ni cuando el empeoramiento de la situación se debe a la pretensión impugnatoria de la contraparte, ni cuando el órgano judicial se ve en la obligación de aplicar normas de orden público, aunque estas no hayan sido alegadas por ninguna de las partes. En el primer caso, porque el recurrente cuya situación se ve empeorada, tuvo la oportunidad de defenderse de los pedimentos de la contraparte en el proceso por lo que queda descartada la existencia de indefensión y, en el segundo de los supuestos, porque la aplicación de las normas que tienen ese carácter son indisponibles para el juzgador, que queda sometida a éstas.

Esta última hipótesis es la que más problemas le causa al TC y la que puede ser causante de importantes fricciones con la jurisdicción ordinaria, ya que, por un lado, obliga a determinar al TC qué normas gozan o no de ese calificativo y, en consecuencia, a determinar si es disponible o no su aplicación para el órgano judicial sin que haya mediado debate en el proceso³⁸⁶. Pero en términos generales, la constatación por parte del TC de cuando se entiende vulnerado el derecho no implica una revisión de la legalidad aplicada por el órgano judicial, ya que basta en muchos casos con un realizar un examen de las actuaciones judiciales, en especial de los términos en los que fueron planteados los recursos y el alcance de la resolución judicial.

b) La exigencia de motivación.

El producto del proceso, la sentencia o, en su caso, la resolución absolutoria de la instancia, también es objeto de control por parte del TC para determinar si está motivada, es decir, si contiene las razones para sostener lo ordenado en su parte dispositiva.

Antes de realizar un análisis sistemático a propósito de las exigencias que se derivan del derecho fundamental a obtener una resolución judicial motivada, conviene detenerse un momento en la proximidad que esta vertiente del derecho presenta con otras facetas del genérico derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, como ya se ha puesto de relieve en relación con el derecho a obtener una resolución judicial congruente, es evidente la conexión de este derecho con el de la motivación de las resoluciones judiciales. Una resolución incongruente, en cuanto no da respuesta, es también una resolución no motivada. Me remito a lo que ya se ha expuesto anteriormente en relación con los casos en los que se ha producido una mixtificación por parte del TC de ambos derechos fundamentales. Además, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se ha conectado también por el TC con el derecho a obtener una resolución *fundada en derecho*. Según esta faceta del derecho, el órgano judicial sólo puede aducir razones fundamentadas en Derecho para justificar el *decisum*, de tal manera que si la resolución judicial es huérfana en este tipo de razonamientos, la exigencia de motivación será sólo aparente, no real³⁸⁷. Así, no es

³⁸⁶ Vid. en este sentido C. Viver Pi-Sunyer y H. López Bofill, cit., pág. 126.

³⁸⁷ Vid., en este sentido STC 23/1987.

infrecuente encontrar recursos de amparo en los que se afirme que se ha vulnerado el derecho a la motivación de la resolución judicial porque ésta contiene una motivación arbitraria o irrazonable, lo que equivale, según el TC, a ausencia de motivación³⁸⁸. Recientemente, la STC 64/2010 ha establecido en este sentido que, aunque “es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (FJ 4), criterios éstos que hemos reiterado posteriormente (por todas, STC 96/2006, de 27 de marzo, FJ 6; y muy recientemente STC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 2”).

Admitiendo esta deducción, lo que en realidad se vulnera en estos casos, más que la falta o ausencia de motivación, es la obtención de una resolución jurídicamente fundada³⁸⁹. De ahí que el tratamiento de la motivación que se va a realizar en este apartado versa sobre la exigencia de motivación en sentido estricto, es decir, al margen de las conexiones que tal derecho puede presentar con el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, que será objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

Una vez hechas estas aclaraciones, procede estudiar las notas esenciales que, según el TC, caracterizan a este derecho fundamental. Empezaré por realizar una aproximación, según el TC: (i) al fundamento del deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales, para posteriormente centrarme (ii) en las resoluciones judiciales que deben ser objeto de motivación, (iii) en la exigencia de motivación

³⁸⁸ Esta es la idea que está claramente expuesta en la STC 61/1983: “Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, este derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada, según establece además el art. 120.3 de la CE, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente. Existen supuestos, sin embargo, como cuando se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones, en que, en relación a las mismas, no puede sostenerse que se ha dictado una resolución fundada en Derecho, (...)”³⁸⁸. Esta es una de las primeras –o la primera salvo error— referida a la exigencia constitucional de la motivación de las sentencias y en la que aparecen conectados ambos derechos fundamentales.

³⁸⁹ *Vid.*, en este sentido, J. Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, cit., págs. 162-164, para quien la motivación es “un requisito externo de las resoluciones judiciales”, y la fundamentación en Derecho un elemento que configura su “estructura interna”.

constitucionalmente adecuada y (iiii) en el alcance del control del TC del deber judicial de la motivación de las sentencias.

(i) Dentro del estudio de la motivación de las resoluciones judiciales, destaca el de los fundamentos del deber de motivar, al que el TC también se ha referido en sus resoluciones. Tal y como apunta A. Gómez Montoro, los fundamentos aducidos por el Alto Tribunal pueden agruparse en torno a dos consideraciones³⁹⁰: por un lado, las que tienen que ver con los derechos del justiciable y, por otro, las que se derivan de las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE) y, en especial del sometimiento de los órganos judiciales al imperio de la ley (art. 117.1CE).

Respecto al primer grupo de justificaciones, el TC ha señalado de forma reiterada que, aunque el deber de motivar las sentencias está expresamente contenido en el artículo 120.3 CE como un deber específico de los órganos judiciales, es “también y principalmente un derecho de los intervinientes en el proceso, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE” y que constituye “una *garantía esencial para el justiciable*, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad” (STC 119/2003). Desde esta perspectiva, la finalidad de la motivación es, en definitiva, el presupuesto para el control de la arbitrariedad judicial (STC 14/1991). Según el TC “la Constitución requiere que el juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control jurisdiccional” (STC 55/1987). Esta idea se ha vinculado por el TC con el derecho de acceso a los recursos del que son titulares, en los términos anteriormente referidos, las partes del proceso, ya que la motivación es un requisito “igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución” (STC 14/1991). Entre los recursos que cabe oponer para impugnar la arbitrariedad, según el propio TC, se encuentra también el amparo constitucional. En definitiva, desde esta perspectiva, la fundamentación de la motivación implica que “el ciudadano tiene derecho a conocer” las razones por las que se dicta una resolución en un sentido determinado, sin que tal derecho tenga sólo por objeto satisfacer la curiosidad del litigante, sino hacer posible la impugnación y el control jurisdiccional de aquellas resoluciones que sean fruto de la

³⁹⁰ “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 493.

arbitrariedad³⁹¹. Más recientemente, el TC ha añadido a estos fundamentos la potenciación de la seguridad jurídica y lo que es más importante, sigue señalando el recurso de amparo, a pesar de su objetivación, como un instrumento idóneo para controlar las resoluciones judiciales. Así, ha establecido en la STC 68/2011 que la exigencia de motivación “tiene una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, *potenciando la seguridad jurídica*, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, *incluido el amparo*”³⁹².

Naturalmente, esta finalidad de la motivación también tiene que ver con la afirmación de un Estado de Derecho ya que, en la medida en que los órganos judiciales sólo están sometidos al imperio de la ley, la exigencia de motivación es el medio a través del cual se verifica que las resoluciones son fruto de la aplicación de la legalidad y no expresión de un simple arbitrio. Así, en la STC 13/1987, FJ. 3º, se afirma que la motivación de las sentencias “tiene su origen en exigencias de organización del Poder Judicial, como lo demuestra la colocación sistemática del art. 120.3, y expresa la relación de vinculación del juez con la Ley y con el sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución”. Esta vinculación es, además, la que sirve para afirmar la legitimidad de la función jurisdiccional (STC 55/1987).

(ii) Según el TC, a pesar de que el art. 120.3 hace referencia a que “las sentencias serán siempre motivadas”, el art. 24.1 CE exige que todas las resoluciones, salvo las interlocutorias, esto es, las providencias, estén siempre motivadas. Así, también pesa sobre los autos el deber de motivación. Basta además con ojear la doctrina constitucional para llegar a la conclusión de que el TC ha estimado recursos de amparo en los que la falta de motivación se imputaba respecto a un auto³⁹³. También se ha conectado con la exigencia de motivación prevista en el art. 120.3, la obligación impuesta por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de que el veredicto contenga una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o se han rechazado declarar determinados hechos como probados (art. 61.1.d LOTJ). Aunque el veredicto no es equiparable a una resolución judicial, ni la obligación de motivar las sentencias a

³⁹¹ El derecho del ciudadano a conocer las razones en las que se basa la resolución judicial, lo ha extendido el TC, esta vez en forma de interés legítimo, a “la comunidad jurídica en general” (STC 13/1987).

³⁹² La cursiva la añadió yo.

³⁹³ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC 207/1996, 205/2005, 35/2008.

la obligación de consignar una “sucinta exposición” en el veredicto, la falta de cumplimiento de este último requisito o su incumplimiento defectuoso puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a la motivación de las resoluciones judiciales (STC 169/2004)³⁹⁴.

La motivación, además, es exigible tanto en los casos en los que el órgano judicial se pronuncia sobre el fondo del asunto, como en aquellos otros en los que se acuerda la inadmisibilidad del acto procesal de parte, ya sea un recurso, una demanda, una petición de medidas cautelares, etc.

(iii) Respecto a la motivación constitucionalmente exigible, el TC ha afirmado hasta la saciedad que del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no se deriva el derecho a que éstas tengan una determinada estructura ni extensión, ni deban contener un razonamiento pormenorizado y exhaustivo de todas de todas las cuestiones, perspectivas y matices que han sido aducidas por las partes en el curso del curso del proceso. El derecho a la motivación se ve satisfecho cuando de la resolución judicial se infieren las razones en las que se ha apoyado el *decisum*, esto es, cuando permiten conocer cual ha sido la *ratio decidendi*. Tampoco este derecho se ha conectado con una determinada calidad de las resoluciones judiciales. Así, resoluciones parcas e incluso lacónicas, en la medida en que expresen las razones que han fundado la decisión, deben considerarse suficientemente motivadas desde una perspectiva constitucional.

En consonancia con esta línea doctrinal, se ha admitido –aunque también desaconsejado— la motivación por remisión e incluso la utilización de resoluciones judiciales estereotipadas o de formularios en la medida en que “no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación” (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, 39/1997, de 27 de febrero), pues “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta” (ATC 73/1993, de 1 de marzo) (...). De forma que lo relevante es que sea posible conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, esto es, la *ratio decidendi*.” (STC 67/2000). Respecto a la motivación por remisión, el TC ha admitido que una resolución judicial haga suyos los argumentos contenidos previamente en una resolución administrativa, o en otra de carácter jurisdiccional en los casos en los que quien resuelve es un juez de apelación si la remisión se hace respecto a

³⁹⁴ No obstante, hay que señalar que este es un tema controvertido ya que, a pesar de ser una sentencia de Pleno dictada en un recurso de amparo, esta es objeto de un voto particular al que se adhieren dos magistrados y que niegan que la obligación prevista en el art. 61.1.d) LOPJ respecto al veredicto pueda conectarse con el deber de motivar las resoluciones judiciales.

las alegaciones realizadas por el juez que conoció en primera instancia. Evidentemente, también en los casos en los que la sentencia dictada en casación se remite a la fundamentación vertida en primera instancia o, en su caso, en la de apelación³⁹⁵. Lo que se exige en estos supuestos es que dicha remisión se produzca de forma expresa e inequívoca.

También se ha aceptado por el Alto Tribunal, aunque de forma excepcional, la motivación tácita o implícita. Ésta se produce en aquellos casos en los que, del razonamiento general de la resolución judicial, puede inferirse la posición del órgano judicial respecto a determinadas cuestiones respecto de las cuales no se ha dado una explicación pormenorizada. Esta práctica suele darse en materia de costas, especialmente en los supuestos en los que el órgano judicial no motiva expresamente acerca de la existencia de temeridad para ordenar en el fallo la condena en las costas procesales³⁹⁶. La apreciación de la resolución judicial en conjunto y no de forma fragmentada, permite apreciar los motivos concretos que han llevado al juez a concluir acerca de la existencia de temeridad.

No obstante, el TC no sólo exige que la resolución contenga las razones de la decisión, sino también que éstas se consideren *suficientes* para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. La STC 55/1987 abre la espita de esta exigencia derivada del artículo 24.1 CE y parece consolidarse en las primeras sentencias dictadas en la década de los noventa. La STC 122/1991, citando a su vez un caso similar resuelto en la STC 14/1991, afirma que el TC “no sólo deberá comprobar si existe motivación, sino también, si la que existe es o no suficiente para considerar satisfecho el derecho constitucional de las partes”. El TC se ha referido incluso a que en la función de control acerca de si se ha cumplido con la obligación de motivar las sentencias, se han de manejar “criterios materiales”³⁹⁷ con el fin de evitar la validez de motivaciones que son simple apariencia y que, en consecuencia, frustran la “real efectividad”³⁹⁸ del derecho a la motivación.

Esta última alusión no tiene que confundir al lector en cuanto al alcance del que el TC ha dotado al derecho a la motivación de las sentencias. En efecto, según apunta I. Díez-Picazo Giménez, resulta muy difícil encontrar en la jurisprudencia constitucional

³⁹⁵ *Vid.*, por ejemplo, la STC 223/2003.

³⁹⁶ *Vid.*, por ejemplo, la STC 131/1986. Tomo el dato de A. Gómez Monto, cit., pág. 497.

³⁹⁷ Tal afirmación se contiene entre otras en la STC 122/91.

³⁹⁸ *Vid.*, también STC 122/1991.

supuestos en los que se estime que una resolución judicial esté carente de motivación debido a la “extrema delgadez de esta vertiente del derecho”³⁹⁹.

El TC, como ya se ha puesto de manifiesto respecto de otros derechos insertos en el art. 24.1 CE, ha afirmado que la valoración de cuándo se ve satisfecho el derecho a una motivación suficiente, se ha de hacer caso por caso. En este sentido, se afirma en la STC 122/1991 que “el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no sólo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola han conformado el debate procesal; es decir, valorando todas las circunstancias que estén presentes, expresa o implícitamente en la propia resolución recurrida, como las que, no estándolo, constan en el proceso”. Sólo por poner un ejemplo de lo difícil que resulta extraer reglas generales para todos los casos, el TC ha entendido que la mera y escueta calificación de los hechos probados en una norma jurídica vulnera en algunos casos el deber de motivación⁴⁰⁰, mientras que en otros, ha aceptado como motivada una resolución judicial que ha utilizado “como único argumento las propias palabras de la Ley, cuya claridad excusa un mayor abundamiento”⁴⁰¹. Los autores que se han ocupado de estudiar la motivación de las sentencias según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, también han señalado la importancia que, para determinar si se vulnera o no el derecho fundamental, tienen las circunstancias que concurren en el caso concreto, siendo incluso respecto a esta vertiente del derecho mucho más acusada que respecto a otras facetas del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰².

Ahora bien, una vez afirmado lo anterior, hay que aclarar que el alcance del deber de motivación no es idéntico para todas las resoluciones judiciales con independencia de la materia a la que se refieran. El TC ha exigido un plus de motivación o lo que se ha denominado “motivación reforzada” en aquellas resoluciones judiciales que resuelvan asuntos referidos a derechos fundamentales sustantivos⁴⁰³. Lo que en estos casos exige el art. 24.1 CE “para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente

³⁹⁹ Vid. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, cit., pág. 35. En el mismo sentido, A. Gómez Montoro, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” cit., pág. 501.

⁴⁰⁰ Vid. STC 55/1987

⁴⁰¹ Vid. STC 209/1993.

⁴⁰² Vid., en este sentido A. Gómez Montoro, “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” cit., págs. 495-496.

⁴⁰³ Vid., en este sentido las SSTC 68/2001, 14/2002, 251/2005, entre otras.

con el derecho fundamental que se encuentra en juego”⁴⁰⁴. Esta última particularidad, la coherencia con el derecho fundamental que se encuentra en juego, “hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas”⁴⁰⁵. El control de la motivación en estos casos es mucho más incisivo que en el resto de los supuestos, llevándose a cabo por parte del TC una valoración de la interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales en juego –en especial de la ley que los desarrolla— llevada a cabo por el juez ordinario y que puede asemejarse a la jurisdicción de apelación⁴⁰⁶. Aunque el TC se ha encargado de señalar que a través del amparo no se controla el acierto judicial, sí se observa esta actuación en algunos casos referidos a derechos fundamentales sustantivos y a la interpretación de las normas que los regulan. A través de este tipo de control el TC ha corregido interpretaciones “restrictivas del derecho y de su efectividad”⁴⁰⁷, interpretaciones que, aun siendo posibles de conformidad con el tenor literal de la norma, desconocen los fines con los que el legislador la incorporó al ordenamiento jurídico⁴⁰⁸, etc.

En algunas ocasiones en las que se produce una motivación insuficiente en resoluciones limitativas de derechos fundamentales, el TC ha manifestado que el derecho vulnerado no es el 24.1 en su vertiente a obtener una resolución judicial motivada, sino el derecho fundamental en juego. Así, según la STC 99/2005 “la ausencia de motivación de las resoluciones limitativas de derechos fundamentales lesiona el propio derecho fundamental sustantivo y no el derecho a la tutela judicial

⁴⁰⁴ STC 37/2011, FJ 6°.

⁴⁰⁵ STC 224/2007. También en el mismo sentido SSTC 14/2002 y 251/2005.

⁴⁰⁶ No se puede afirmar que la función que realiza el TC en estos casos sea casacional o en interés de ley, ya que el TC sólo puede llevar a cabo el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales que no tutelan derechos fundamentales, no respecto de aquellas otras en las que el juez ordinario aplica la norma reguladora del derecho por exceso, esto es, concediendo un derecho, pero no en los términos en los que está prescrito en el ordenamiento jurídico. Sólo habría un supuesto en el que el TC puede desempeñar esta función: en aquellos casos en los que se alega simultáneamente dos derechos fundamentales. Vid. en este sentido P. Cruz Villalón, “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 105-106.

⁴⁰⁷ Esto sucede en la STC 37/2011, en relación con la interpretación de determinados preceptos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴⁰⁸ STC 63/2005, referida al instituto de la prescripción penal que para ser apreciada no basta con que la decisión judicial que no aprecia su concurrencia esté razonada, sino que además debe ser posible “apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican” (FJ 6°)

efectiva, de modo que el análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales para entrar en el más estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de la libertad”. Lo mismo puede decirse en aquellos casos en los que el juez acuerda la intervención de las comunicaciones, las intervenciones corporales, etc. Ahora bien, si en la actualidad el TC se mantiene fiel a esta doctrina, no siempre ha sido así, ya que en otras ocasiones el TC imputaba al juez tanto la vulneración del artículo 24.1 en su vertiente a la motivación de las sentencias, como del derecho sustantivo, práctica ésta que ha sido criticada por parte de un sector doctrinal, no sólo por la falta de rigor que entraña la imputación de la doble vulneración, sino sobre todo porque los efectos del recurso de amparo, en uno u otro caso, no serán los mismos⁴⁰⁹.

También se exige un canon reforzado en la motivación en las condenas penales, debido a que el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal. En estos casos, según el TC la motivación “incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7)” (STC 21/2008). Por extensión y, sobre todo por la vinculación que tienen con el derecho a la libertad personal también se ha exigido este tipo de motivación en algunos casos que afectan a determinados beneficios penitenciarios, como la libertad condicional. Asimismo, y no sin una gran polémica dentro y fuera del TC, se ha impuesto esta exigencia de modalidad de motivación reforzada al instituto de la prescripción penal (STC 63/2005).

Recientemente, también se ha extendido esta exigencia a aquellas resoluciones judiciales que ordenan el sobreseimiento de actuaciones penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ I. Díez-Picazo Giménez (“Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ...”, cit., pág. 36) ha señalado en este sentido que lo coherente si se imputa al órgano judicial una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación sería retrotraer las actuaciones para otorgar al órgano judicial una segunda oportunidad para volver a pronunciarse sobre la medida limitativa del derecho fundamental, solución ésta que no parece plausible si lo que en realidad se ha vulnerado es el propio derecho sustantivo.

⁴¹⁰ La STC 34/2008 basa esta exigencia de “motivación reforzada” en la jurisprudencia del TEDH (SSTDH de 16 de diciembre de 2003, as. Kmetty c. Hungría y de 2 de noviembre de 2004, as. Martínez Sala y otros c. España) y afirma al efecto: “Es de señalar que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial

Hay, además de los apuntados, un caso típico en el que también se exige un plus de motivación al órgano judicial. Se trata de los casos en los que un mismo órgano judicial modifica su doctrina anterior y, en consecuencia, resuelve de forma contradictoria supuestos de hecho sustancialmente iguales. El principio de igualdad ante la ley no garantiza el derecho de los justiciables a obtener una resolución judicial igual, tanto en fallo como en los fundamentos jurídicos, a las que haya dictado con anterioridad un determinado órgano judicial. Si esto fuera considerado un derecho fundamental se produciría una petrificación de la jurisprudencia no deseada por el ordenamiento jurídico que podría ser contraria, entre otros, al principio de independencia judicial. De ahí que se admita con toda la naturalidad que un órgano judicial modifique la interpretación que ha venido realizando de un determinado precepto en atención a diversas circunstancias. Ahora bien, dicho cambio de criterio, para evitar que sea fruto de un mero voluntarismo judicial, del capricho o del favoritismo, requiere de una motivación que exprese, no sólo que el cambio de criterio ha sido adoptado de forma consciente, sino también las razones que justifiquen la diferencia de trato. Una vez cumplido este requisito a través de la motivación, el TC no entra a valorar cual de las dos interpretaciones de la legalidad es la más acertada, ya que esto supondría incurrir en un exceso de jurisdicción.

(iii) Queda, por último, hacer una breve referencia, al control que realiza el TC en relación con la motivación de las sentencias. Según afirmó el TC en la STC 61/1983, la adecuación de la motivación, esto es, el razonamiento esgrimido en la resolución judicial, queda “confiado al órgano judicial competente”, lo cual implica que la exigencia de motivación no tiene que llevar aparejada un control material o de fondo sobre la fundamentación jurídica. El control realizado es, en consecuencia, sólo externo o formal en la medida en que tiende a verificar si la resolución judicial contiene o no las razones, la *ratio decidendi*, en la que se basa el *decisum*. Así, en muchos casos, el control sobre la motivación se produce a partir de un examen de las actuaciones judiciales o de sus antecedentes para verificar si existió o no una motivación por remisión. Como ya se ha dicho anteriormente, el control ejercido por el TC no puede considerarse invasivo de las competencias de los órganos judiciales ordinarios. Así lo ha considerado de forma prácticamente unánime la doctrina, incluso el sector más

frente a una vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela”.

crítico con el control que el TC ejerce a través del art. 24.1 CE⁴¹¹. Sin embargo, como ya se ha dicho anteriormente respecto a los casos en los que el TC exige una motivación reforzada, el control por parte del TC es mucho más incisivo ya que no sólo controla la existencia de motivación *suficiente* sino también del razonamiento jurídico esgrimido en la resolución judicial. Me remito a lo que ya se ha expuesto anteriormente respecto a este punto concreto.

No obstante, como ya se ha apuntado al inicio de este epígrafe, hay casos, además de los que referidos a derechos fundamentales, en los que el TC controla no sólo la existencia de motivación, sino también el razonamiento jurídico del órgano judicial. Pero su estudio y el control ejercido por el TC en estos casos será objeto de estudio inmediatamente, en el derecho a obtener una resolución judicial *fundada en Derecho*.

c) El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho

Para que una resolución judicial sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva no basta con que resuelva de forma congruente el fondo del asunto o acuerde su inadmisibilidad, en ambos casos de forma motivada, sino que además ha de estar, también en ambos casos, *fundada en Derecho*. Por ello si una resolución judicial contiene unos razonamientos que, aunque tildados de “jurídicos”, resulta que no lo son por ser contradictorios, irrazonables o arbitrarios o incluso incursos en error patente, no puede considerarse fundada en Derecho, vulnerando en consecuencia, el artículo 24.1 CE. O, dicho en palabras del TC: “Este Tribunal ha declarado repetidamente que para que quepa admitir, desde la perspectiva constitucional, que una resolución constituye la prestación de tutela judicial a que da derecho el art. 24.1 CE es necesario que la misma responda a un verdadero razonamiento. Cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la interpretación y aplicación de preceptos legales que no afectan a derechos fundamentales susceptibles de amparo, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier

⁴¹¹ Aunque no puede considerarse el sector más crítico, pero sí uno de los que más en serio se ha tomado este tema, I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández- Farreres (*El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, cit., pág. 63) afirman que los matices recaídos en la jurisprudencia constitucional referida a la motivación son “inobjetables”. Otra cosa es, según los mismos autores, que el control de la motivación se haya desplazado a la decisión a través del derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho.

observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento” (STC 243/2006).

Esta doctrina del TC es superadora de otra, implementada en uno de los primeros recursos de amparo resueltos por el TC, en los que el Alto Tribunal se pronunciaba en los siguientes términos: “La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera «al plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. (...) Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le esté encomendada. La pretensión apoyada en la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede exigir así que este Tribunal analice y pondere, como en muchas ocasiones ha hecho, la interpretación y aplicación de las normas *procesales* que los órganos del Poder Judicial han efectuado en un caso concreto, pues ese derecho ha de entenderse vulnerado cuando indebidamente se impide el acceso a los Tribunales o se anulan o reducen las posibilidades de defensa. *Es difícilmente imaginable, sin embargo, un supuesto en el que, a partir exclusivamente de una pretensión de este género, deba este Tribunal enjuiciar la aplicación de las normas legales sustantivas llevadas a cabo por la jurisdicción ordinaria y de la que, por hipótesis, no se sigue ningún otro daño para un derecho fundamental*”⁴¹².

En coherencia con esta última doctrina, la adecuación de la motivación, esto es, el razonamiento esgrimido en la resolución judicial, queda “confiado al órgano judicial competente” (STC 61/1983), sin que el TC tenga nada que decir respecto a este asunto, salvo si la resolución judicial versa sobre derechos fundamentales.

Como es sabido, aunque fue este el punto de partida, el TC ha ido mucho más lejos en el control de la motivación de las sentencias. Ya en el año 1987, el TC, en su sentencia 23/1987, admitió un recurso de amparo en el que analizó si la decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo vulneraba el derecho a una resolución “fundada en

⁴¹² La cursiva la añadió yo.

Derecho”. La resolución, aunque estaba motivada, es decir, contenía motivos y razones, fue tachada de “arbitraria” por el recurrente en amparo, llegando éste a la conclusión de que al participar de tal carácter no podía afirmarse que la sentencia estuviera fundada en Derecho. El TC, aunque desestimó el recurso de amparo, admitió que el derecho a una sentencia fundada en derecho podía vulnerarse si la motivación era sólo aparente por hacer una interpretación de la legalidad ordinaria, arbitraria o manifiestamente irrazonable. A renglón seguido el TC añadió: “el juicio sobre la arbitrariedad y falta de fundamento jurídico de una resolución judicial debe distinguirse cuidadosamente de las discrepancias que pueden tenerse con la forma en que el juzgador ordinario (...) interpreta y aplica las leyes”.

Y lo cierto es que desde el inicio de la andadura del TC, esta doctrina ha convivido con la otra apuntada anteriormente, hasta tal punto que es difícil encontrar un año en la jurisprudencia constitucional en la que no se halle alguna sentencia de estas características, esto es, que declare la inconstitucionalidad de una resolución judicial porque contiene una interpretación irrazonable o arbitraria en la selección o aplicación de la norma respecto de supuestos en los que no está en juego ningún derecho fundamental sustantivo ni de carácter procesal⁴¹³.

La inclusión de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva hace que el art. 24.1 CE esté dotado no solamente de contenidos típicamente procesales, sino también sustantivos. La exigencia de razonabilidad y, por supuesto, la ausencia de arbitrariedad son test de constitucionalidad que el TC aplica con alguna frecuencia para revisar aquellas resoluciones judiciales referidas a derechos fundamentales sustantivos y, sobre todo, a los derechos de carácter procesal que forman parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva y respecto de los que ha ido perdiendo fuelle la vigencia de test más incisivos, como el de proporcionalidad. Pero su alusión en este momento se realiza a propósito, no de los supuestos descritos anteriormente, sino de aplicaciones de la legalidad ordinaria ajenas a la regulación de los derechos fundamentales, ya sean estos sustantivos o procesales. Así, una resolución judicial que, versando sobre cualquier materia, incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o contenga un error patente será vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a obtener una resolución judicial fundada en Derecho.

⁴¹³ Hay años, como 2007, en los que el TC no dicta ninguna sentencia –tampoco desestimatoria– en la que declare que la interpretación de la legalidad ordinaria de carácter no procesal es arbitraria o irrazonable.

Y es que, aunque la regla general reiterada hasta la saciedad por el TC es que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el acierto judicial en la aplicación del derecho, ya sea en su interpretación o en la selección de la norma, ni tampoco el triunfo de las propias pretensiones⁴¹⁴, “sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes, o en su caso, a la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho. Y para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en error patente” (STC 334/2006)

Según ha afirmado el propio TC, extender el derecho a la tutela judicial efectiva hasta estos extremos “permite que este Tribunal pueda, y aun deba, examinar aquella motivación de las resoluciones judiciales a fin de verificar no sólo su mera existencia, sino también su carencia de arbitrariedad o su razonabilidad”⁴¹⁵. Naturalmente, para realizar esta verificación, el TC tiene que analizar la resolución judicial no sólo externa o formalmente, sino también su coherencia y racionalidad interna. Esta competencia que se ha arrogado el TC a través del entendimiento que se le ha dado al artículo 24.1 CE, ha supuesto que accediera una cantidad importante de recursos de amparo al TC con el objeto de que se revisara la legalidad ordinaria aplicada –no procesal o no conectada con las vertientes típicamente procesales del art. 24.1 CE— con el fin de que el Alto Tribunal, a modo de órgano jurisdiccional casacional o incluso de tribunal de apelación, fijara otra interpretación de la legalidad más ajustada al caso, o seleccionara otra norma como *ratio decidendi* para una mejor solución del pleito. Sin duda, esta práctica ha alentado el hecho de que el recurso de amparo haya sido considerado por algunos como un recurso más para agotar las posibilidades de obtener una resolución favorable a las propias pretensiones. Otra cosa es hasta donde haya llegado el TC, pero el intento de convertir el amparo en un recurso más, sí se ha producido.

De ahí, que la inclusión de esta vertiente en el derecho a la tutela judicial efectiva esté relacionada con una de las cuestiones más importantes que afectan a la jurisdicción constitucional, como es la de los límites de ésta en el conocimiento y resolución de los recursos de amparo. Aunque la extralimitación del TC en cuestiones de legalidad ordinaria puede producirse también a través de la interpretación de otros preceptos que reconocen derechos fundamentales –en especial de los arts. 14, 25 y 28—, el riesgo es

⁴¹⁴ Son incontables las veces que el TC ha reiterado que del art. 24.1 CE no puede derivarse un supuesto derecho al acierto judicial ni al triunfo de las propias pretensiones. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC 256/200, 82/2001

⁴¹⁵ STC 159/1989, F.J. 6º

especialmente evidente en esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que el Alto Tribunal puede penetrar en cualquier ámbito de la legalidad ordinaria. El control de esta vertiente del derecho, no debería ser nunca la de la mayor o menor razonabilidad o corrección en la interpretación de la legalidad ordinaria, o en la selección de la norma aplicable al caso. De ahí que sea tan importante definir los contornos de lo que haya de entenderse por irrazonabilidad y arbitrariedad, que como se expondrá más adelante, no ha sido un aspecto especialmente cuidado por el TC, quizás por la dificultad que entraña la definición de estos conceptos *a priori*.

Aunque el TC ha venido recibiendo muchas críticas, tanto por parte de un sector doctrinal como de los propios órganos jurisdiccionales, por incluir dentro del art. 24.1 esta vertiente del derecho⁴¹⁶, es innegable que en la actualidad ha triunfado y se ha asentado la primera de las tesis apuntadas, esto es, aquella según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse afectado si la fundamentación de la resolución judicial incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, a pesar de que dicha resolución no resuelva cuestiones referidas a derechos fundamentales, ya sean éstos sustantivos o procesales.

A continuación se analiza el significado que el TC ha otorgado a cada uno de estos conceptos indeterminados. Es preciso apuntar, sin embargo, que la frecuencia con la que el TC estima que se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho ha disminuido considerablemente en los últimos años en los casos en los que tal conclusión se alcanza por considerar a la resolución judicial irrazonable o arbitraria, ya que, salvo alguna excepción, sólo se ha aplicado a casos que podríamos considerar extraordinarios. Por el contrario, la frecuencia en la apreciación de los casos en los que una resolución judicial no está fundada en Derecho por concurrir un error patente ha ido aumentando, o al menos, se ha mantenido en los últimos años.

c.1.) La exigencia de ausencia de arbitrariedad e irrazonabilidad.

⁴¹⁶ Vid. por todos, en este sentido, I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, cit., pág. 71. Para dichos autores “esta doctrina debería ser lisa y llanamente abandonada. (...) carece de fundamento teórico alguno y de conexión con el resto de los contenidos a la tutela judicial efectiva que todos tengamos un derecho fundamental a que ningún tribunal de este país, en ningún litigio, cometa un error patente o realice una aplicación del Derecho arbitraria o manifiestamente errónea”.

Como ya se ha expuesto, una resolución judicial que incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad vulnera el derecho a la obtener una resolución fundada en Derecho y, en consecuencia, puede ser anulada por el TC. El problema fundamental que denota este derecho es la fragilidad, o si se prefiere, la ambigüedad de los conceptos que pueden dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de una resolución judicial⁴¹⁷. Y este es, en buena parte uno de los problemas del recurso de amparo, ya que, como se ha expuesto anteriormente, no sería deseable, so pena de extralimitar los propios contornos de la jurisdicción constitucional, que el asunto se planteara en términos de mayor o menor razonabilidad de la resolución judicial.

Con carácter general, el TC ha establecido que no pueden considerarse fundadas en derecho “aquellas decisiones judiciales en las que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 4)” (STC 134/2008).

No obstante, a la hora de intentar definir tanto la irrazonabilidad como la arbitrariedad, el TC ha sido incapaz de diferenciar ambos conceptos, por lo que se utilizan indistintamente cuando se aplican para fundamentar una lesión de este derecho fundamental⁴¹⁸. A pesar de la confusión con que se utilizan ambos conceptos, me parece que la tendencia del TC es la de utilizar el criterio de la irrazonabilidad para aquellos casos en los que en la resolución judicial se produce una quiebra de carácter lógico, mientras que utiliza el test de arbitrariedad para aquellos casos en los que se produce una corrección desde el punto de vista jurídico. Mientras que en el primer caso, el TC, por regla general, se pronuncia sobre la coherencia interna de la resolución, en el segundo entra a analizar la forma en la que el juez interpretó o seleccionó la norma aplicada al caso. Es más, me atrevería a afirmar que la arbitrariedad suele ser utilizada por el TC como complemento a la vertiente del derecho

⁴¹⁷ Este problema ha sido destacado por la doctrina que se ha ocupado de este asunto. Vid. por todos, A. de la Oliva Santos, que ha señalado que es inherente a la apreciación de la concurrencia de tal característica la “*extrema subjetividad*”, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, escrito con I. Díez-Picazo Giménez, Madrid, 1996, pág. 35.

⁴¹⁸ Vid. J. Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, cit., pág. 170.

a no obtener una resolución incurra en error patente, en los casos en los que el error manifiesto se produce sobre la fundamentación jurídica, ya sea en la interpretación o en la selección de la norma aplicada al caso. Debido a que a través del derecho a no sufrir error patente no se pueden alegar errores de tipo jurídico, cuando estos existen de forma manifiesta o evidente, el TC aplica el test de arbitrariedad.

Además de la alusión de carácter general expuesta para concluir que una resolución judicial vulnera el derecho a estar jurídicamente fundada, el TC ha establecido más criterios para determinar cuando puede afirmarse que una resolución judicial incurre en arbitrariedad o en irrazonabilidad. Según apunta en la STC 334/2006, “(1) a validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas” (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4)”. Tampoco podrán tener este carácter aquellas resoluciones en las que “el razonamiento judicial como consecuencia del error de partida” (STC 134/2008), o cuando la resolución es “mera apariencia de Justicia” (STC 148/1994), o “fruto del mero voluntarismo judicial o consecuencia de un proceso deductivo «irracional o absurdo» (STC 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2)” (STC 64/2010). También cabe incluir aquellas interpretaciones de la legalidad que son totalmente ajenas a las reglas de la lógica, o que son indiscutiblemente extravagantes, lo que las hace absolutamente insostenibles. En este sentido, se afirma en la STC 126/1994 que “es evidente que se subvierte el deber de fundamentar «en Derecho» cuando se resuelve sobre las pretensiones ejercitadas por las partes con arreglo a una norma que con toda evidencia no contempla en absoluto el supuesto de hecho”.

A modo de ejemplo, se han considerado vulneradoras del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho aquellas resoluciones judiciales en las que, a pesar de que la ley no contemplaba plazo alguno al efecto, se rechazaba por extemporánea la presentación de avales en caución de las consecuencias de la anotación preventiva de demanda (SSTC 213/2003 y 302/2005, en este último caso, además, incurriendo el órgano judicial en un desconocimiento de la doctrina constitucional sentada en la STC 213/2003); se tenía por no acreditado el hecho constitutivo de una pretensión de condena al pago de una cantidad, a pesar de existir en las actuaciones pruebas fehacientes que demuestran lo contrario (STC 334/2006); se argumentaba sobre una cuestión partiendo de un error no puramente fáctico (STC 134/2008); se concluía que la normativa aplicable a una solicitud administrativa viene determinada por la fecha en que la solicitud accede al órgano administrativo que debe resolver y no por la fecha en que la solicitud es presentada por el interesado (STC 64/2010); etc. Como puede observarse, la apreciación de irrazonabilidad o de la arbitrariedad no tiene solamente por objeto la interpretación de la legalidad, sino también la valoración de la actividad probatoria del órgano judicial (SSTC 334/2006, 134/2008).

Pero no cualquier incoherencia, quiebra lógica, error o extravagancia en la interpretación de la legalidad puede justificar la estimación de un recurso de amparo. Es necesario, en palabras del TC que “el razonamiento que funda [la resolución] incurra en *tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error* que, por su evidencia y contenido, sean tan *manifiestos y graves* que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento” (SSTC 214/1999, 64/2010)⁴¹⁹. Según el TC, el grado y la intensidad de la irrazonabilidad o arbitrariedad del argumento esgrimido por el juez se convierten en elementos decisivos, lo que, según creo, no se entiende bien, ya que, aunque es ciertamente difícil de determinar qué debe entenderse por tales conceptos, una vez definidos, es más fácil apreciar su concurrencia para estimar vulnerado el derecho, ya que, la irrazonabilidad, como la arbitrariedad, o se producen o no. O, dicho de otro modo, no es lo mismo optar por un entendimiento muy laxo o muy restringido de los conceptos de arbitrariedad o irrazonabilidad, pero en todo caso, esta opción me parece más acorde que atender a los grados o la intensidad de los mismos. Quizás esta dificultad tanto a la hora de definir los conceptos, como sobre todo, a la hora de juzgar los grados e intensidades para

⁴¹⁹ La cursiva la añado yo.

apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha manifestado en la falta de acuerdo en el seno del propio TC a la hora de acordar que una resolución judicial es “manifiestamente irrazonable o arbitraria”. No son pocos los casos en los que se adicionan votos particulares, destacando en este sentido el formulado por el Magistrado P. Cruz Villalón a la STC 126/1994, en el que afirma que “no debería quedar excesivo espacio para discrepar sobre lo arbitrario, o manifiestamente irrazonable; en otros términos, la irrazonabilidad manifiesta no debería requerir un excesivo esfuerzo de argumentación”⁴²⁰. La realidad es que no siempre ha sido así, aunque en los últimos años hay que reconocerle al TC grandes esfuerzos para no extralimitarse al manejar un concepto excesivamente amplio de lo que deba entenderse por “manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad”, sobre todo en aquellos casos en los que no opera la exigencia de motivación reforzada, ya sea porque la resolución judicial resuelva un caso de derechos fundamentales o porque, aun no lo estando, la materia sobre la que verse está conectada con éstos⁴²¹. En definitiva, el riesgo de subjetivismo que supone la apreciación de la irrazonabilidad y de la arbitrariedad es un hecho que, creo, tiene a estas alturas difícil solución a no ser que debido a la objetivación del recurso de amparo, destierre del amparo este tipo de asuntos por tener “trascendencia constitucional” en los términos establecidos por el TC en la STC 155/2009.

En los casos en los que se constata la existencia de arbitrariedad, el TC se pronuncia en términos absolutamente tajantes, al afirmar que se produce una “negación *radical* de la tutela judicial”⁴²² (STC 302/2005), términos, por cierto, que no se utilizan con tanta frecuencia y con tanta contundencia cuando se produce una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con vertientes netamente procesales del

⁴²⁰ Es cierto que también existen casos en los que el sentido del voto particular lo es para poner de manifiesto que sí existió arbitrariedad. Un ejemplo lo constituye la STC 165/1991, que contiene dos votos particulares, uno de F. Tomás y Valiente y otro de G. Sendra. Se trataba de un amparo electoral y por los recurrentes se adujo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC llegó a conclusión de que la lesión del derecho no se había producido y, en consecuencia, denegó el amparo. Los dos votos coinciden en señalar que, bajo la apariencia de una motivación minuciosa, la sentencia es absolutamente incomprensible hasta tal punto que no se puede revisar, lo que llevó a afirmar en el voto que “lo que no se puede revisar constituye un tipo de motivación inadmisibles en términos jurídicos”.

⁴²¹ A pesar de ello, sigue habiendo casos, aunque excepcionales, en los que llama poderosamente la atención la división interna del TC a la hora de apreciar la concurrencia de irrazonabilidad o arbitrariedad. Uno de los ejemplos más llamativos, lo constituye la STC 64/2010, dictada en Sala y resolutoria de amparo, al que se formula un voto particular al que adhieren dos Magistrados, es decir, la mitad de la Sala se manifiesta rotundamente en contra de la opinión de la mayoría. En el voto se afirma que “la sentencia incurre en las mismas quebras lógicas y manifiesta falta de razonabilidad que pretendidamente dice corregir” y concluye que “la desviación metodológica puede calificarse de tan acusada y la invasión en el campo de la legalidad tan injustificada que ni siquiera la sentencia acaba siendo congruente con su punto de partida”. Cuanto menos, la resolución puede tildarse de llamativa.

⁴²² La cursiva la añado yo.

derecho fundamental. O, como en la STC 243/2006, en la que se afirma que “el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes *se erige en un elemento esencial* del contenido del citado derecho fundamental y que si la aplicación de la legalidad es manifiestamente irrazonada o irrazonable la resolución no podría considerarse fundada en Derecho⁴²³”. La utilización de tales apelativos parece justificar el hecho de que el TC entre a amparar estos casos, sobre todo en aquellos en los que es el propio TC el que de oficio, es decir, sin invocación del recurrente en amparo, rechaza las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por la parte y reconduce el amparo a verificar la existencia de arbitrariedad⁴²⁴.

Existen, además de los ya apuntados, otros datos que permiten afirmar la debilidad de la construcción doctrinal referida a la existencia de arbitrariedad e irrazonabilidad manifiestas. La aplicación de una norma claramente derogada no se ha considerado arbitraria ni irrazonable en la década de los noventa (STC 90/1990), pero años más tarde sí lo ha sido, tal y como expresamente se pone de manifiesto en la STC 144/2003⁴²⁵. Téngase en cuenta que me estoy refiriendo a casos en los que el objeto del debate procesal no ha consistido precisamente en determinar cuales, de entre varias normas, era aplicable a una determinada situación por razones de vigencia, pues en ese caso, creo que sería una extralimitación que el TC corrigiera el criterio sentado por un

⁴²³ La cursiva es añadida por mí.

⁴²⁴ *Vid.*, en este sentido, la STC 184/1992.

⁴²⁵ Aunque es cierto que en la STC 144/2003 se alega también por el recurrente en amparo que la aplicación de la norma derogada produce asimismo una discriminación por razón de sexo, el TC estima el recurso de amparo con base en la siguiente doctrina: Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que “convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE” (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, “el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia”. Sin embargo, en la STC 90/1990, se afirmó: “el problema de «cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que no corresponde resolver a este Tribunal» (STC 211/1988, fundamento jurídico 2.º, entre otras), en tanto que «la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución (STC 178/1988, fundamento jurídico 2.º, igualmente entre otras). Es, pues, facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido y cuál o cuáles son la o las normas derogadas. Determinación que podrá constituir vulneración de la legalidad ordinaria, pero no lesión de la Constitución. El control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (STC 23/1987, fundamento jurídico 3.º), o ha sido fruto de un error patente”

órgano judicial. En la actualidad, todo apunta que se ha asentado como un supuesto típico de arbitrariedad la aplicación de derecho derogado, ya que se ha estimado también en otros casos, como el resuelto por la STC 38/2006, según la cual “el hecho de que la Sentencia recurrida omita toda consideración acerca de la Ley de procedimiento administrativo común, según la modificación introducida por la Ley 4/1999, evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los arts. 9.3 y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión. En suma, como se dijo en la STC 99/2000, citada, «El derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia» (FJ 6).” En este caso, además, el TC no sólo reprendió al juzgador por la aplicación del derecho derogado, sino también por desconocer la doctrina legal del TS recaída en un recurso de casación en interés de ley.

c.2.) La exigencia de la no concurrencia de error patente.

El error patente en la doctrina constitucional ha pasado de ser sólo alegable como canon de control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales a convertirse en un derecho fundamental autónomo inserto en el artículo 24.1 CE. Y es que, en efecto, en los primeros años de jurisprudencia constitucional el error patente sólo salía a relucir para examinar la vulneración de alguno de los derechos del art. 24.1, pero no existía un derecho en sí mismo inserto en el art. 24.1 a obtener una resolución judicial no incurso en error patente⁴²⁶. De esta manera, en la actualidad, el error patente no sólo es utilizado por el Tribunal Constitucional como un parámetro de control a la hora de realizar juicios de constitucionalidad, sino como un derecho con entidad propia que se inserta como una modalidad específica en el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. En las líneas que siguen a continuación, me referiré al derecho a la ausencia del error convertida en una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴²⁶ El error patente era un canon de control que además se utilizó con frecuencia para determinar si las vertientes del artículo 24.1 CE se habían vulnerado.

La historia del error patente no es ni mucho menos lineal en la doctrina constitucional. Tras una primera etapa en la que fue sistemáticamente negado, se reconoció para casos absolutamente extraordinarios a finales de la década de los ochenta y, en la actualidad, se ha consolidado como un derecho fundamental tutelable en amparo si en el caso concreto se dan los requisitos para apreciar su concurrencia. Veamos a continuación cómo se ha producido esta evolución.

La primera doctrina del TC sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva era netamente procesal, de tal manera que se hacía impensable dotar a tal derecho de un contenido material o sustantivo. Desde esta perspectiva, las solicitudes que recibía el TC en relación con los errores patentes o evidentes cometidos por los jueces no eran examinados por el TC, salvo si el error era el motivo por el que se vulneraba alguna de las vertientes procesales del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, como por ejemplo en los casos en los que se denegaba el acceso a la jurisdicción o a un medio de impugnación debido a un error del órgano judicial en el cómputo de los plazos. En el resto de los supuestos, el Alto Tribunal ni siquiera comprobaba si el error alegado por el recurrente en amparo se había producido o no, sino que, sencillamente, negaba tener la capacidad para entrar a conocer de la existencia misma del error. El argumento principal utilizado por el TC para llegar a tal conclusión fue el principio de invariabilidad de los hechos. El ATC 63/1983 lo expresa con gran claridad: “(...) el conocimiento y valoración o calificación de los hechos que han dado lugar al proceso en el curso del cual se ha producido el acto u omisión del órgano judicial del Poder Judicial que se recurre en amparo no es competencia del TC, sino competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios, de acuerdo con los artículos 117.3 de la CE y 44.1.b) de la LOTC. (...) Aplicando esta doctrina al presente recurso, es preciso concluir que este TC *no puede entrar a examinar* si la categórica afirmación de la sentencia impugnada contenida en el primero de sus considerandos y que el recurrente estima que es fruto de un error al haber confundido, según él, la prueba de una parte (la demandada), con la de la otra (el actor y ahora solicitante de amparo), se corresponde o no con la realidad de los hechos. Este TC ha de considerar, en efecto, intangible la declaración de hechos declarados probados por la resolución del Juez o Tribunal ordinarios, (art. 44.1.b LOTC)”⁴²⁷. Es evidente que si hoy aplicáramos la doctrina del error patente a este supuesto, el TC, al menos, examinaría si se ha producido el error o

⁴²⁷ La cursiva es mía. En el mismo sentido pueden verse los AATC 61/1987, 86/1988.

no alegado por el concurrente. Naturalmente, si no era admitido por el TC tal derecho con el fin de corregir la parte fáctica de las resoluciones judiciales, tampoco lo fue para corregir los yerros producidos en la fundamentación jurídica⁴²⁸.

Ahora bien, una vez asentado en la jurisprudencia el derecho a no sufrir error patente, el lugar que éste ocupa en las estadísticas no es baladí. Aunque me ocuparé de esta cuestión en los próximos capítulos, es conveniente advertir desde ya, que la frecuencia en el conocimiento y en la estimación de recursos de amparo en los que se alega la existencia de error patente es bastante más elevada que la de los casos de existencia de arbitrariedad e irrazonabilidad. Las consecuencias de la inserción de esta vertiente del derecho en el artículo 24.1 CE suponen, al igual que en el caso anterior, un entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva no solamente procesal sino también material. Además, constituye una clara excepción, eso sí muy cualificada, a la doctrina insistentemente sostenida por el TC respecto a que del artículo 24.1 CE no se deriva un supuesto derecho al acierto judicial. Por otro lado, puede suponer elevar a la categoría de derecho fundamental algunos errores judiciales que, en principio y por aplicación del art. 121 CE, deberían, al menos prima facie, quedar extramuros del amparo judicial⁴²⁹. No obstante, también sobre estas cuestiones, volveré más adelante, por lo que sólo se apuntan en este momento.

A pesar de las dudas que la inclusión de tal vertiente del derecho en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva pueda generar, el TC lo ha relacionado con la “efectividad” de la tutela para justificar su inclusión en el amparo. Así, se afirma en la STC 171/2001: “En consecuencia, ha de concluirse que se produjo *un error judicial manifiesto y determinante* para la resolución del recurso de suplicación, resultando por ello incompatible con la *efectividad del derecho a la tutela judicial* (art. 24.1CE)”⁴³⁰.

⁴²⁸ Un claro ejemplo de esto lo encontramos en el ATC 151/1993, en el que el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de amparo por haberse producido un error patente al aplicarse a un caso una norma que claramente no resultaba de aplicación. El TC estableció al respecto: “Este Tribunal, que no es un órgano de revisión, no puede entrar en el conocimiento y corrección de los hipotéticos errores que hayan podido cometer los Tribunales ordinarios al resolver cuestiones de mera legalidad si ese juicio de legalidad ordinaria además de erróneo, no impide al mismo tiempo, por ejemplo el acceso al proceso o a los recursos, o no produce indefensión a alguna de las partes, o no conlleva una inejecución de los juzgado, o en fin, si no se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del amparo”.

⁴²⁹ Esta idea ha sido también apuntada por I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres en el libro *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, cit., pág. 72 Señalan al respecto que los “errores fácticos o jurídicos, manifiestos o no, de los tribunales ordinarios, tienen su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permita, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”.

⁴³⁰ La cursiva la añadido yo.

El TC ha establecido una serie de requisitos para determinar en qué casos debe entenderse que una resolución judicial está incurso en tal vicio, ya que no todo error o inexactitud contenida en una resolución judicial, tiene trascendencia constitucional. Los requisitos que han de concurrir para que se dé el supuesto de error patente son cuatro. En primer lugar ha de tratarse de un error notorio, evidente o patente cuya existencia pueda verificarse de forma clara a través de las actuaciones judiciales. Quedan excluidos del control del TC aquellos errores que, para determinar o no su concurrencia, exigen un estudio exhaustivo o una profundización en las actuaciones que hacen que no pueda ser apreciado con facilidad. En segundo lugar, el error ha de ser, bien la *ratio decidendi* de la resolución judicial o bien su soporte fundamental, de tal manera que sería imposible conocer cuál hubiera sido la decisión del órgano judicial de no haber incurrido en error. En tercer lugar, el error ha de ser imputable al órgano judicial, de ahí que quedan también extramuros del control por parte del TC aquellos errores que son producto de la negligencia o del descuido de la parte que los sufre. Por último, el error judicial ha de producir efectos jurídicos negativos al litigante que lo sufre. Es importante destacar respecto a este último requisito que la intensidad del daño sufrido no ha servido para cribar los casos en los que debe concederse el amparo. Así, mientras hay casos en los que, de no corregirse el daño, habrían causado serios daños al que lo sufrió, en otros, por el contrario, puede estimarse que son mínimos o casi inexistentes.

De este modo, y resumiendo, puede afirmarse que: “Para que alcance relevancia constitucional el error ha de ser patente, determinante de la decisión, atribuible al órgano judicial que lo comete y debe producir efectos jurídicos negativos en la esfera jurídica del ciudadano”. (STC 221/2007)

En definitiva, de un amparo absolutamente tópico en los primeros años en los que se empezó a admitir por el Tribunal Constitucional, se ha convertido en un amparo típico o aplicable siempre y cuando se verifique la concurrencia de los requisitos para su estimación.

A diferencia con lo que sucede en relación con los casos en los que se aprecia irrazonabilidad o arbitrariedad, o al menos con una intensidad mucho menor, el control de la concurrencia de error patente por parte del TC no supone, en la gran mayoría de los casos, una actuación invasiva de las competencias de los órganos judiciales ordinarios, si por tal se entiende una corrección en la interpretación de la ley o en la valoración de las pruebas tal y como fue realizada por los órganos judiciales ordinarios.

Los requisitos exigidos para su concurrencia son tan rígidos que es difícil que se produzcan extralimitaciones por parte del TC. No obstante, hay que señalar que, aunque aislados, sí se pueden encontrar en la jurisprudencia casos de error patente que cuentan con algún voto particular. O, al contrario, sentencias en las que se desestima el recurso de amparo por no apreciarse la existencia de error patente con votos particulares en los que se afirma que éste sí se produjo⁴³¹. Este dato permite afirmar que también en esta vertiente hay zonas grises en las que el TC puede incurrir en alguna extralimitación. Esto se debe principalmente a que no puede trazarse una línea divisoria entre los hechos y el Derecho.

c.3.) La obtención de una resolución judicial basada en el sistema de fuentes.

Por último, queda por exponer una doctrina que, aunque ha sido en parte superada tal y como fue formulada al inicio, no por ello ha dejado de estar inserta en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata del derecho a obtener una resolución judicial basada en el sistema de fuentes en los términos establecidos en la STC 23/1988, según la cual “la tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan secundum legem y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución (STC 17/1981, de 1 de julio)”. Esta vertiente del derecho muestra algunas de las consecuencias negativas que produce un sistema dual de justicia constitucional. El juez ordinario, aún en los casos en los que se aprecia una inconstitucionalidad maniesta –casos que serán absolutamente

⁴³¹ Vid. por ejemplo la STC 45/2005.

extraordinarios— está obligado a elevar cuestión de inconstitucionalidad al TC. La evidencia de la inconstitucionalidad –aún siendo una posibilidad remota— no cambia las reglas de juego.

La misma doctrina hay que aplicar en aquellos casos en los que el órgano judicial inaplica una ley, aprobada bien por las Cortes Generales o por los Parlamentos autonómicos de las Comunidades Autónomas, por considerarla contraria al Derecho de Unión Europea en aquellos supuestos en los que, a pesar de existir una duda razonable en relación con la adecuación del Derecho nacional al de la Unión, no se plantea la oportuna cuestión prejudicial⁴³².

Como es sabido, en los últimos el TC ha reformulado la doctrina contenida en la STC 123/1988 y la ha reubicado, o al menos relacionado, con en el artículo 24.2 CE en cuanto que reconoce el derecho a un “proceso con todas las garantías”. Así, se establece en la STC 58/2004: “No se está, sin embargo, ante una resolución judicial falta de motivación o con una motivación escueta, parca o por remisión, sino, simplemente, ante una resolución judicial no fundada en Derecho (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 7), que en este caso es *además lesiva de las garantías del proceso debido (...)*”⁴³³. Añadiendo a renglón seguido: “también es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), *debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario*”⁴³⁴.

2.3.4. Los derechos que operan tras la fase decisoria del proceso.

- a) Derecho a la ejecución de la sentencia.

⁴³² Vid., entre otras, la STC 58/2004.

⁴³³ La cursiva ha sido añadida por mí.

⁴³⁴ Se añade la cursiva.

A pesar de que la ejecución de las sentencias se encuentra expresamente proclamada como exigencia institucional en el art. 118 CE, fue también incluida por el TC como parte del genérico derecho a la tutela judicial efectiva en una de sus primeras resoluciones. En efecto, en la STC 32/1982 el Alto Tribunal declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva “exige también que el fallo se cumpla (...): lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de una de las partes, en meras declaraciones de intención”. Por ello, y al igual que el TEDH, el TC ha conectado este derecho fundamental con la llamada “efectividad” de la tutela⁴³⁵. Asimismo, se convierte, según el TC, en un elemento “de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático, que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 1 17.3 de la Constitución” (STC 92/1988).

El derecho del que doy cuenta guarda una estrecha conexión con el derecho, también integrado en el art. 24.1 CE, a la invariabilidad o inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, de ahí que en muchos recursos de amparo ambas vertientes del derecho se invoquen de forma simultánea e incluso se confundan sus contornos. Y es que, como ha tenido oportunidad de señalar el TC, en determinados supuestos, el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes “se integra dentro del derecho a la ejecución de Sentencias en sus propios términos, pues no en vano ya hemos señalado en este orden de ideas que presupuesto lógico para el ejercicio del derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado es el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 2).” (STC 115/2005). No obstante, acometeré su estudio de forma independiente.

También se pueden confundir los contornos de este derecho con la prohibición de dilaciones indebidas previsto en el art. 24.1 CE. Como se verá más adelante, el derecho a la ejecución de las sentencias se puede vulnerar en aquellos casos en los que los órganos judiciales no realicen, por pasividad, las medidas tendentes para ejecutar lo juzgado, demorándose en el tiempo la ejecución. El TC ha dado algunas claves para determinar cuando se vulnera uno y otro derecho. Así, en la STC 298/1994, señala al

⁴³⁵ Según la STC 1/1981, el derecho a la tutela judicial en la que se integra el derecho a la ejecución “se califica por la nota de efectividad” en nuestra Constitución.

efecto: “A la hora de delimitar el ámbito propio de cada uno de estos derechos, íntimamente comunicados entre sí (SSTC 109/1984 y 149/1989), este Tribunal ha declarado que el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales se satisface cuando el juzgador adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución con independencia de la celeridad temporal en que las dicte (STC 28/1986); es la eficacia, y no el tiempo, la que sirve de pauta para determinar en cada caso los márgenes constitucionales de una pretendida vulneración de ese derecho. Por el contrario, cuando las medidas se adoptan por el órgano judicial con una tardanza excesiva e irrazonable, al margen de su eficacia objetiva, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas será el eventualmente conculcado (STC 26/1983, fundamento jurídico 3.).”

A través de esta vertiente del artículo 24.1 CE, se protege el derecho a que las resoluciones judiciales firmes sean ejecutadas *en sus propios términos*, esto es, al cumplimiento del contenido del fallo sin que sea posible su alteración o modificación una vez emitido. De ahí, que lo relevante a efectos de exigir el cumplimiento efectivo del derecho sea, por un lado, determinar e interpretar el alcance del fallo a ejecutar – cuestión que no siempre es fácil— y, por otro, la realización de cuantas actuaciones sean pertinentes para llevarlo a efecto, de tal manera que si la resolución no se ejecuta, bien debido a la pasividad o al desfallecimiento de los órganos judiciales, también se producirá una vulneración del derecho (SSTC 167/1987, 194/1993, entre muchas otras). O dicho más brevemente en palabras del TC: “El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros.” (STC 18/1997).

Al igual que se ha expuesto con otras vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no sólo impone límites a los órganos judiciales a la hora de interpretar la ley, sino que el legislador también está limitado por el derecho. Comenzaré por referirme a los límites que su regulación impone al legislador, para, posteriormente analizar como vincula el contenido del derecho a los órganos judiciales.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como el resto de las vertientes del art. 24.1 CE, es de configuración legal, por lo que las condiciones concretas para su ejercicio corresponde determinarlas al legislador que creará los

cauces adecuados al respecto⁴³⁶. No obstante, el hecho de que sea un derecho de configuración legal no implica que el legislador disponga de total libertad a la hora regularlo, ya que, como verdadero fundamental que es, tiene un contenido esencial indisponible para el legislador. Éste puede limitar el contenido del derecho fundamental con el fin de salvaguardar otros bienes o derechos dignos de protección⁴³⁷, siempre y cuando, la medida limitadora respete el principio de proporcionalidad, por lo que “serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución” (STC 113/1989).

En aplicación de esta doctrina que exige, no sólo que la medida sea razonable sino también proporcionada, se ha previsto en la legislación procesal la ejecución por equivalente en aquellos casos en los que no pueda ejecutarse la resolución judicial firme en sus propios términos⁴³⁸, e incluso se admite la posibilidad de que la resolución judicial no se ejecute. También la prohibición de inembargabilidad de algunos bienes de carácter patrimonial, como los planes de pensiones (STC 88/2009), en la medida en que dicha limitación “respete el canon de proporcionalidad, ya que el sacrificio de los acreedores es muy inferior a la amenaza que para la viabilidad y estabilidad financiera de los planes y fondos de pensiones representaría la embargabilidad de los derechos consolidados”. No obstante, también ha habido casos en los que el legislador ha rebasado los límites constitucionalmente impuestos. Tal fue el caso resuelto en la STC 166/1998 en la que se declaró que la inembargabilidad de determinados bienes patrimoniales de los entes locales no afectos a un uso o servicio público resulta contraria al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes⁴³⁹. Por el contrario, como manifestaciones de la gran libertad de legislador para configurar el

⁴³⁶ Señala asimismo el TC que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes “participa de la naturaleza de *derecho de prestación* que caracteriza a aquel en que bien integrado” (STC 73/2000). La cursiva la he añadido.

⁴³⁷ Aunque se hace referencia en el texto principal a “intereses dignos de protección”, el TC suele ser más estricto, exigiendo que la justificación de los límites impuestos se haga para salvaguardar “valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos” (vid. entre muchas otras, las SSTC 113/1989 y 73/2000).

⁴³⁸ El artículo 18.2 LOPJ dispone al efecto que “si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no puede ser objeto de cumplimiento pleno”. Normas de similar contenido se encuentran insertas en las distintas normas procesales reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales.

⁴³⁹ También lo hizo previamente, en la STC 113/1989, respecto a la inembargabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social declarada por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

derecho, se ha afirmado que el derecho a la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes no es una exigencia que quepa derivar del derecho a la ejecución de resoluciones judiciales, por lo que el legislador será libre a la hora de adoptar o no esa medida en la legislación correspondiente⁴⁴⁰.

Otra cosa es el hecho de que el legislador emane una ley con el *único propósito* de dejar sin efecto y privar de virtualidad a una determinada resolución judicial. Naturalmente se trata de un caso especialísimo, ya que la aprobación de una ley con los típicos efectos de generalidad que opera una modificación del ordenamiento jurídico es el único motivo que cabe oponer a la ejecución de resoluciones judiciales firmes⁴⁴¹. En estos casos y siguiendo la doctrina del TEDH⁴⁴², el TC ha considerado que “no tiene cabida en nuestra Constitución aquella Ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, expresado en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas «las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia» (SSTC 153/1992, de 3 de mayo FJ 4 y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3), cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción «entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto» (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)” (STC 73/2000)⁴⁴³.

Por lo que respecta a la vinculación que este derecho fundamental depara a los órganos judiciales, hay que distinguir entre las diversas hipótesis señaladas anteriormente, es decir, si el derecho se ha visto vulnerado debido a una actividad interpretadora que, o bien vacía de contenido o bien altera de forma sustancial el fallo a

⁴⁴⁰ *Vid.* STC 80/1990.

⁴⁴¹ En la STC 73/2000 se afirma al efecto que “una vez firme la sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador”. Tal es lo que acontece, por ejemplo en la STC 92/1999. Tomo este último dato de J. Huellin Martínez de Velasco, “El derecho a la ejecución de las sentencias. El derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los procedimientos judiciales, El artículo 24 de la Constitución: Algunos problemas pendientes”, *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto, 2000, pág. 64.

⁴⁴² El TEDH ha considerado que pueden ser contrarias al art. 6.1 CEDH “las injerencias del poder legislativo en la Administración de Justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial del litigio” Sentencia de 9 de noviembre de 1994, as. Stran y Stratis c. Grecia.

⁴⁴³ La STC 73/2000 resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un órgano judicial que consideró que la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Espacios Naturales Protegidos, se había aprobado únicamente para impedir que se ejecutaran determinadas resoluciones judiciales recaídas en relación con la construcción de la presa de Itoiz. El TC desestima la cuestión, al considerar que la norma no constituía una solución *ad casum*. Además, determinó que los bienes y derechos que trataba de proteger mediante su aprobación guardaban la necesaria proporción con el sacrificio del derecho a la ejecución de sentencias.

ejecutar, o por el contrario, su vulneración se produce por la desidia o desfallecimiento del órgano judicial para adoptar las medidas necesarias y tendentes a ejecutar el fallo. El derecho puede verse vulnerado entonces, no sólo por el defectuoso cumplimiento de lo dispuesto en el fallo a través de una actividad interpretadora, sino también por la omisión o pasividad del órgano judicial. En este sentido se ha afirmado por el TC que “sí le corresponde corregir y reparar [a través del recurso de amparo] las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o en el desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de los propios fallos” (STC 167/1987).

Comenzando por esta última modalidad, el derecho a la ejecución de las sentencias obliga a los órganos judiciales a que tomen todas las medidas necesarias para que el derecho se lleve a efecto, no sólo en los casos en los que el juez se muestra indiligente o con desidia, sino también en aquellos casos en los que el juez, a pesar de los esfuerzos realizados mediante la realización de diversas actuaciones, tira la toalla y desiste de seguir adelante con la ejecutoria. En estos casos lo constitucionalmente correcto no es ordenar el archivo de las actuaciones, sino proseguir con ellas para intentar que lo juzgado sea llevado a efecto⁴⁴⁴. No obstante, también ha matizado el TC que cuando los órganos judiciales realizan todos los actos necesarios para dar cumplimiento a lo ejecutado, sí procederá acordar el archivo, ya que el art. 24.1 CE no garantiza la solvencia de los deudores ni tampoco la aplicación del régimen de inmunidad de ejecución a ciertos bienes de los Estados extranjeros⁴⁴⁵. Este deber judicial de procurar “con la intensidad necesaria”⁴⁴⁶ que se ejecute lo ordenado en los fallos ha de llevarse a cabo “muy particularmente”⁴⁴⁷ en los casos en los que quien no acata la ejecución del fallo es un ente público ya que, en este último supuesto, se produce un “grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedirse en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales

⁴⁴⁴ En este sentido la STC 18/1997 estima un recurso de amparo al considerar vulneradora del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes la diligencia del archivo de la ejecutoria llevada a cabo en el año 1993, debido a que todas las actuaciones realizadas por el órgano judicial para ejecutar una sentencia de despido dictada en el año 1986 habían sido infructuosas. El TC, una vez examinadas las actuaciones, considera que el órgano judicial había desfallecido en su obligación de hacer ejecutar lo juzgado debido a que el ordenamiento jurídico aún le dotaba de instrumentos para seguir intentado la ejecución.

⁴⁴⁵ *Vid.* en relación con la inmunidad de ejecución de bienes extranjeros las SSTC 107/1992 y 176/2001.

⁴⁴⁶ *Vid.* la STC 298/1994.

⁴⁴⁷ *Vid.* la STC 298/1994.

firmes. (...); éste [el ente público] ha de llevarla [la ejecución] a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 C.E.; y cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria –y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias, que le impone –como antes decíamos— el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarlas a cabo (SSTC 64/1987, 298/1994).”

En definitiva, los órganos judiciales han de remover los comportamientos dilatorios, impeditivos e incluso fraudulentos que se produzcan, ya sea por particulares o por los poderes públicos, para eludir el cumplimiento de lo ordenado en las resoluciones judiciales, ya que una actitud pasiva o incluso de desfallecimiento, hará que sea el órgano judicial el vulnerador del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Por lo que respecta al resto de los supuestos de ejecución, hay que distinguir también entre aquellos en los que el órgano judicial realiza una actividad interpretadora o de concreción del sentido del fallo y aquella otra mediante la cual el órgano judicial acuerda la ejecución por sustitución o, incluso, la inejecución de la resolución. Las obligaciones a las que está sujeto el órgano judicial en estos casos no son exactamente coincidentes.

En relación con la actividad judicial interpretadora del fallo para determinar su alcance, el TC ha señalado reiteradamente que es competencia exclusiva de los órganos judiciales ordinarios la interpretación que daba darse al sentido de la parte dispositiva de las resoluciones judiciales firmes, por lo que el TC “se limita a comprobar si esas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva.” (STC 115/2005). Debido a que el control que el TC ejerce en estos casos es “externo” y superficial –en el sentido de no incisivo—, en el recurso de amparo no puede debatirse de nuevo, como si de una nueva instancia se tratase, del contenido de la sentencia que se ejecuta, ni tampoco sobre la interpretación de su parte dispositiva.

También se ha considerado conforme a la Constitución que los órganos judiciales acuerden la ejecución por equivalente en aquellos casos en los que sea

imposible una ejecución en los términos previstos en el fallo. A tal efecto ha señalado que “tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una resolución en la que, por motivos atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación” (STC 322/1994). Lo que no es posible es que el órgano judicial, ante la imposibilidad de ejecutar en sus propios términos la resolución judicial, dé únicamente cuenta de tal extremo de forma motivada, sin que acuerde además la ejecución sustitutoria⁴⁴⁸. Naturalmente, es preciso que el juez acuerde de forma motivada “y por razones atendibles” la ejecución por sustitución. De esta manera, “corresponde al órgano judicial tanto la interpretación de los preceptos legales que eventualmente prevean la sustitución mencionada como la determinación y ponderación de las circunstancias y razones atendibles que puedan justificarla (SSTC 33/1987, 194/1991, 61/1992 y AATC 393/1984, 700/1984), tareas éstas que, con independencia del acierto con que se lleven a cabo en términos de legalidad ordinaria, no pueden ser revisadas en amparo, salvo que la decisión de los órganos judiciales exceda de aquellos términos y alcance a vulnerar derechos fundamentales (STC 58/1983)” (STC 3/1998).

Por último, en los supuestos en los que el órgano judicial declara la inejecución de lo ordenado en el fallo, los test aplicados por el TC son más rigurosos, ya que exige que la decisión de inejecución se base necesariamente en una causa legal que además debe ser interpretada en el sentido más favorable para la eficacia del derecho o, al menos, dicha interpretación no puede ser ni irrazonable o restrictiva del derecho⁴⁴⁹. El objetivo fundamental que se persigue en estos casos es que la inejecución de las resoluciones judiciales sea la excepción, por lo que no se admitirán interpretaciones de las causas legales que lo determinen en un sentido amplio, es decir, restrictivo con el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Pero lo que no está claro es que en todos los casos el TC exija que el juez deba interpretar en el sentido más favorable las normas en las que se base la inejecución de las resoluciones judiciales firmes. Así, en la STC 89/92, aunque se solicitó expresamente por el

⁴⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, la STC 153/1992.

⁴⁴⁹ La alusión a los test de constitucionalidad de interpretación más favorable y de razonabilidad, aparecen, por regla general, conjuntamente invocados. En este sentido se afirma en la STC 92/1998, con cita en la STC 33/1987: “corresponde al Tribunal Constitucional en esta vía de amparo comprobar si la decisión de inejecución se ha fundado en una causa legal, *interpretada en el sentido más favorable* para aquel derecho, ya que la denegación de ejecución no puede ser *ni arbitraria ni irrazonable*, ni puede fundarse en una causa inexistente o en una *interpretación restrictiva del derecho fundamental implicado* (STC 33/1987, de 12 de marzo).” La cursiva la he añadido.

recurrente en amparo que se aplicara la interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, basándose además en que esa interpretación ha sido seguida por el TS en varias ocasiones, el TC, sin embargo, afirma que no es de aplicación tal principio y que la caducidad de la acción de ejecución de sentencia se basó en una causa legal interpretada de forma *razonable*.

Queda por último, hacer una referencia a las distintas modalidades que pueden dar lugar a la vulneración del derecho y que son objeto de control por parte del TC. En buena parte de los casos, el control que ejerce el TC no le obliga a supervisar la interpretación de la ley. Y es que, como ha señalado el TC “la aplicación del canon constitucional de fiscalización reseñado exige el contraste del fallo de la resolución objeto de ejecución (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito) con lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, para apreciar si hubo una correcta ejecución o, por el contrario, una separación irrazonable, arbitraria o errónea en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 207/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6).” (STC 115/2005).

Hay que apuntar, sin embargo, que la doctrina ha puesto de manifiesto que, a través del control que el TC ejerce para determinar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales, ha penetrado en cuestiones de legalidad que debían haber escapado del control de constitucionalidad a través de la vía de amparo⁴⁵⁰.

b) Derecho a la intangibilidad o inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva está conectada con el deseo de pacificación jurídica que todo proceso persigue, con el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 CE y con el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Así lo expresa el TC en la STC 53/2007: “El principio de invariabilidad, intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes

⁴⁵⁰ *Vid.*, por ejemplo, lo apuntado por C. Sáez Lara “Tutela judicial efectiva y proceso de Trabajo” *Comentarios a la Constitución Española*, dir. M. E. Casas Bahamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Madrid, 2009, pág. 63, en relación con la ejecución provisional de determinadas sentencias y lo resuelto en la STC 191/2000.

es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como sobre todo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que 'este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello' (SSTC 180/1997, 27 de octubre, FJ 2)". Desde esta perspectiva, se puede afirmar que "un ordenamiento procesal que permitiese a los jueces y tribunales modificar *sine die* sus decisiones sería contrario al artículo 24.1 CE"⁴⁵¹.

Este derecho garantiza que, una vez que ha recaído resolución judicial definitiva en un determinado proceso, ésta sólo podrá ser modificada o alterada a través del sistema de recursos o medios de impugnación si los hubiera. Se trata, tal y como han sostenido algunos autores, "de un derecho fundamental a la cosa juzgada"⁴⁵². Este apelativo no debe llevar a la confusión en relación con las resoluciones judiciales respecto de las cuales se puede afirmar este derecho fundamental. Y es que éste opera no sólo frente a las resoluciones judiciales firmes, sino también frente a las definitivas. Existe, sin embargo una diferencia de grado en ambos casos. En efecto, tal y como ha señalado el TC 305/2006, "el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones judiciales firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión".

Está formulado, sobre todo, como un derecho de las partes frente a los órganos del Poder Judicial y me centraré, en consecuencia, en poner el acento en las obligaciones que tal derecho impone a éstos. Pero antes conviene hacer algún tipo de referencia a la vinculación de este derecho frente al legislador.

Tan sólo en una ocasión el TC ha declarado la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley por flexibilizar en exceso los efectos de cosa juzgada, incurriendo con ello en una vulneración del principio a la seguridad jurídica establecido en el art. 9.3, y también, aunque no se diga expresamente en la sentencia, del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes. Me refiero a la STC 147/1986, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1/1984, de 9 de enero, que adiciona un

⁴⁵¹ J. Huellin Martínez de Velasco, "El derecho a la ejecución de las sentencias...", cit., pág. 66.

⁴⁵² Así lo ha definido J. Garberí Llobregat, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 230.

nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. La primera de las leyes apuntadas declaró la imprescriptibilidad de las acciones contenidas en la Ley de Amnistía de 1977, no sólo en los casos en los que los afectados no habían ejercido su derecho de acceso a la jurisdicción, sino también “incluso cuando haya habido resolución judicial que declare la inadmisión del proceso por prescripción de la acción”. Esta norma, en relación con la llamada “amnistía laboral” tenía consecuencias perjudiciales para los empresarios debido a que, en cualquier momento, ya que la ley no establecía plazos de prescripción al efecto, el trabajador podía acudir a la jurisdicción en defensa de estos derechos, pudiendo darse incluso el caso de que el empresario tuviera que volver a contratar al trabajador despedido en su día por la aplicación de la ley preconstitucional, a pesar de existir sentencia firme que corroborara lo contrario. Aunque el TC aplaudió la finalidad de la Ley de Amnistía del año 1977 y consideró que el sacrificio de la seguridad jurídica obedeció a una finalidad legítima⁴⁵³, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de 1984, mediante la que se reanudó la situación de provisionalidad generada en 1977 debido, sobre todo, a la desproporción existente entre la finalidad de la norma y el sacrificio que su aplicación conllevaba para los empresarios. Aunque el TC afirmó que el plazo de prescripción de acciones no es una exigencia derivada de la Constitución, “pueden existir casos en que se den circunstancias muy determinadas, en los que no establecer un plazo de prescripción – cualquiera que sea— puede vulnerar la Constitución, por implicar un excesivo sacrificio del principio de seguridad jurídica en beneficio del valor justicia”. No obstante, el TC, no llega a conclusiones apriorísticas, sino que acaba afirmando que para determinar su constitucionalidad “será preciso valorar las circunstancias concurrentes”. En el caso que nos ocupa, el TC afirmó además que la falta de respeto a la seguridad jurídica se acentúa respecto a la norma que permite incluso la imprescriptibilidad, a pesar de que haya habido resolución judicial firme declarando la inadmisión de la demanda por prescripción de la acción.

Me parece que de la doctrina expuesta puede llegarse a la conclusión de que el legislador goza de un amplio margen de libertad para limitar el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, por lo que sólo en casos extremos, como el apuntado, en los que el ordenamiento jurídico permitiera una revisión constante y sin limitación alguna las resoluciones judiciales, podría afirmarse, no sólo

⁴⁵³ “La amnistía pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político”.

la vulneración de este derecho fundamental, sino también, una de las características esenciales de la función jurisdiccional y de la supervivencia del propio ordenamiento jurídico⁴⁵⁴.

El derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales opera dentro del marco de los procesos ya regulados o establecidos por el legislador, por lo que el derecho a la cosa juzgada se tiene y se afirma cuando ya no hay más vías que permitan revisar la resolución judicial. Así, en algunos casos, el derecho a la cosa juzgada se tendrá una vez que ha recaído una única resolución judicial, en los casos en los que el legislador haya diseñado el proceso como de instancia única, o en aquellos otros en los que, a pesar de existir vías de recurso, éstas no sean utilizadas por ninguna de las partes contendientes, mientras que en otros casos, por haber establecido el legislador vías varias impugnatorias, el derecho a la invariabilidad se adquiere cuando éstas se agotan.

Además, el TC se ha pronunciado sobre la posibilidad que tiene el legislador de introducir mecanismos tendentes a flexibilizar la cosa juzgada y, en consecuencia, a permitir la rescisión o la anulación de resoluciones judiciales firmes, o, en algunos casos, a determinar expresamente que los efectos de las resoluciones recaídas en determinadas materias no tendrán efectos de cosa juzgada. Hay que adelantar, aunque más adelante trataré este asunto con más detalle, que nuestro legislador no se ha prodigado en establecer este tipo de mecanismos, sino que ha hecho uso de éstos de forma muy restrictiva. Así, con carácter general se apunta en la STC 89/2011 que, aunque el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos integrados en el Poder Judicial forma parte del cuadro de garantías que el art. 24.1 CE consagra, “no quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la «santidad de la cosa juzgada» en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; pero el derecho a la tutela judicial efectiva sí proscrib[e] que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes puedan dejarse sin efecto”. Y más concretamente, por lo que se refiere al antes llamado recurso de revisión, ha engarzado con el texto constitucional la propia existencia del mismo en los siguientes términos: “el recurso de revisión, encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa en consecuencia una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente

⁴⁵⁴ Según J. L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, pág. 139, “no hay sentencias firmes porque el ordenamiento jurídico quiera vencer, sino porque quiere sobrevivir”.

asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interposición estrictas. Sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del art. 24 de la Constitución, *su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político*, como uno de los «valores superiores» que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye. *Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia*, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad. Bien cabe afirmar que, dados los supuestos que para su interposición se exigen, tal recurso, independientemente de los ya existentes en el procedimiento en aras del descubrimiento de la verdad penal y de la consecución del fallo más adecuado, en un postulado inexcusable de la justicia, por cuanto la circunstancia que permite acudir a él implica un hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo. Y el fin del proceso penal, como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal, *no puede conducir a que el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria pueda prevalecer.*”⁴⁵⁵

De la anterior doctrina cabe derivar que el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes o los efectos que debe desplegar la santidad de cosa juzgada, no sólo puede, sino que en ocasiones debe, ser flexibilizada por el legislador para la salvaguarda de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos o que, al menos, sean dignos de protección. No se trata, en consecuencia, de un derecho absoluto, sino que puede y hasta debe modularse por el legislador en determinadas circunstancias.

Respecto de cómo opera frente al poder judicial el derecho a la invariabilidad o inmutabilidad de las resoluciones judiciales, dos son, principalmente, las limitaciones que impone, una de carácter negativo o de abstención y otra de carácter positivo, o de vinculación a lo decidido en otro proceso.

Respecto de la primera de las consecuencias señaladas, el derecho exige a los titulares del Poder Judicial una actitud de abstención. Por un lado, porque dicho derecho impide que la misma cuestión litigiosa pueda volver a ser sometida a juicio

⁴⁵⁵ La cursiva es añadida.

ante el mismo juez que la resolvió o ante cualquier otro órgano judicial, de tal manera que una vez verificada la coincidencia entre el objeto, el *petitum* y las partes del litigio, el órgano judicial debe necesariamente abstenerse de conocer de nuevo el asunto. Así, el desconocimiento por parte de un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, dará lugar a la vulneración del derecho. Por otra parte, porque implica necesariamente la indisponibilidad del contenido de la resolución judicial para el juez que la emitió: una vez que la resolución judicial ha sido firmada y notificada a las partes, ni siquiera el juez o tribunal autor de la misma puede alterar o modificar su contenido, incluso en los casos en los que el órgano judicial se percató de que es manifiestamente errada, ya sea en la parte fáctica o en la fundamentación jurídica. La resolución judicial definitiva, por injusta o errada que sea incluso para el que la emitió, se considera válida y goza del derecho a ser ejecutada salvo que la parte afectada por ella o terceros legitimados al efecto, interpongan, en el caso de ser procedentes, los recursos o las acciones de rescisión de resoluciones judiciales. En este sentido, establece el Tribunal en la STC 89/2011, que “el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad’ (SSTC 48/1999, 22 de marzo, FJ 2, 218/1999, 29 de noviembre, FJ 2, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)”.

Ni siquiera cede el derecho en el caso de que el juez fuera consciente de que la resolución judicial había sido dictada con manifiesta y evidente vulneración de los derechos procesales de una parte. Además, la justicia material, según el TC, no puede imponerse al derecho a la ejecución de las resoluciones ya firmes y, en consecuencia, intangibles, tal y como ha afirmado en la STC 89/2011, en la que ha apreciado, creo que sorprendentemente, que el asunto revestía “trascendencia constitucional”⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ La STC 89/2011 declara contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente al derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes, una resolución judicial que anulaba, a su vez, otras resoluciones judiciales recaídas en otros procesos judiciales mediante las cuales se determinaba el desistimiento en varios recursos contencioso-administrativos interpuestos. Debido a un error de la parte a la hora de presentar las solicitudes de desistimiento, que creyó que los actos administrativos iban a ser objeto de control por parte de la jurisdicción de forma acumulada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó auto acordando el desistimiento, pero no conoció de los actos administrativos respecto de los cuales se había producido el desistimiento, en el otro procedimiento. Una vez recae sentencia en el único procedimiento judicial, la parte pretende, mediante el instrumento para completar las resoluciones judiciales contemplado en el art. 267.5 LOPJ, que la Sala haga extensivo el fallo a los actos administrativos impugnados acumulados y respecto de los cuales se solicitó el

Como consecuencia del control que ha tenido que realizar el TC para determinar si se vulnera o no el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales, ha tenido que pronunciarse sobre las facultades reconocidas al órgano judicial en orden a la aclaración de sentencias o del incidente de subsanación y complemento de sentencias o autos defectuosos, conferida por el legislador en la LOPJ y en el resto de las leyes de procedimiento de los distintos órdenes jurisdiccionales. Como premisa previa a los límites que impone a los jueces y Tribunales la utilización de estos mecanismos, hay que señalar que el TC ha declarado la compatibilidad de estos instrumentos con el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales. En este sentido ha manifestado que “el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes resulta perfectamente compatible con la previsión legal del recurso de aclaración, esto es, con la articulación de un cauce excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones con fuerza de cosa juzgada formal, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia (por todas, STC 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)”. Un sector doctrinal ha considerado que este instrumento no es que sea sólo compatible con el art. 24.1 CE, sino que además “la integridad del mismo [del derecho a la tutela judicial efectiva] demanda su existencia”⁴⁵⁷.

La doctrina constitucional recaída a lo largo de los años muestra como los órganos judiciales han venido incurriendo en excesos a la hora de utilizar estos

desistimiento en otros recursos contencioso-administrativos interpuestos. El órgano judicial accedió a ello y no estimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto de contrario al considerar que hubo un “error que si no se solventara daría lugar a una situación de injusticia material, al no resolverse sobre la valoración de las fincas objeto de esos recursos. Por lo que, aplicando el art. 7 de la LOPJ y debiendo los Jueces y Tribunales velar por la tutela judicial efectiva, que asimismo se configura como un derecho fundamental en el art. 24.1 CE, procede dejar sin efecto los desistimientos realizados”. El TC, con aplicación de la doctrina indicada en el texto principal estimó el recurso de amparo al considerar que no puede sacrificarse el derecho a la invariabilidad de resoluciones judiciales firmes con el argumento de la existencia de razones de justicia material ya que “la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de los valores superiores del mismo (art. 1.1 CE), sin que sea lícito «sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional, en aras de una 'justicia material', que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador» (STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 4)”.

⁴⁵⁷ Así lo entiende J. Huellín Martínez de Velasco, *op. cit.*, pág. 68. Según el citado autor si el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva “es la obtención de una respuesta judicial, fundada en Derecho y razonada a las pretensiones que los titulares derechos e intereses legítimos llevan ante los jueces y tribunales, resulta obligada la apertura de un cauce que impida la consolidación de máculas en el contenido del razonamiento judicial que, en ocasiones, pueden afectar a la decisión”.

mecanismos y que el TC, a través del recurso de amparo, ha tenido que frenar estas extralimitaciones. En efecto, el recurso de aclaración permite a los órganos judiciales “aclarar algún concepto oscuro”, “suplir cualquier omisión” y “rectificar cualquier error material”. El TC ha intentado diferenciar estas categorías, e incluso determinar cuando procede la utilización de cada una de las figuras anteriormente señaladas⁴⁵⁸. Así y según el TC, mientras que en la aclaración e incluso en la adicción al fallo, el órgano judicial no debe “por definición (...) suponer cambio y sentido de sus palabras”⁴⁵⁹, la corrección de los errores materiales “entraña siempre algún tipo de modificación”⁴⁶⁰. Y es respecto de este último supuesto, esto es, de la corrección de errores, donde se aprecia alguna variación de la doctrina constitucional en los últimos años.

En efecto, el Alto Tribunal no ha sido siempre igual de contundente a la hora de sancionar los excesos en los que incurrieran los órganos jurisdiccionales mediante la utilización de este instrumento a la hora de corregir los errores materiales. En la década de los 90, el TC dejaba pocas opciones a los órganos judiciales para corregir aquellas resoluciones judiciales en las que, claramente por error del juzgador, se había producido un desajuste evidente entre lo manifestado en la *ratio decidendi* de la sentencia y su parte dispositiva. Todo lo que conllevara una modificación del fallo, por muy evidente que fuera el error, sólo tenía posibilidades de ser corregida a través del amparo constitucional y no a través del llamado entonces recurso de aclaración. La “corrección de errores materiales”, motivo recogido en el art. 267, quedaba prácticamente reducida a la nada a través de la interpretación que el TC hizo de ese precepto y, en consecuencia, sólo podía ser aplicado en aquellos casos en los que se había deslizado un error de tipo aritmético en el fallo de la resolución. Lo que de ninguna manera se admitía es que, como consecuencia de un error de este tipo, se alterara el fallo de la resolución judicial.

No obstante, en los últimos años y aun de forma un tanto oscilante, el TC ha venido admitiendo que a través del instituto de aclaración de sentencias los órganos judiciales puedan variar el contenido e incluso el signo del fallo en casos en los que sea absolutamente inequívoco que el juez simplemente se equivocó en el momento de trasladar su juicio al fallo, e incluso en aquellos casos en los que el error que da lugar a dictar una resolución equivocada sea tan grosero y tan evidente que pueda apreciarse a

⁴⁵⁸ Vid. las SSTC 48/1999 y 305/2006.

⁴⁵⁹ STC 305/1996.

⁴⁶⁰ STC 305/1996.

partir de la propia sentencia y sin necesidad de realizar ninguna interpretación de tipo valorativo⁴⁶¹. A tal efecto, se consideran errores susceptibles de ser corregidos a través del instituto de aclaración de resoluciones judiciales aquellos “cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2)”. (STC 305/2006).

Lo que no es admisible para el TC es que a través de la aclaración de resoluciones judiciales puedan los órganos judiciales variar el sentido del fallo haciendo determinadas consideraciones sobre lo que constituía el objeto del litigio. En este sentido ha establecido el TC que, aunque “la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, (...) no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que *excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial* (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2).” (STC 35/2006).

⁴⁶¹ *Vid.*, en este sentido las SSTC 59 y 140/2001. En este último caso, por cierto, el error no parece nada evidente porque el propio TC reconoce que la sentencia aclarada es oscura y no un modelo de claridad, lo que le obliga a interpretarla para determinar si se vulneró o no el derecho, más de lo que, en principio, sería coherente con la doctrina acerca de que sólo pueden corregirse aquellos evidentes o groseros que resultan de toda evidencia.

Tampoco puede ser utilizado el mecanismo de aclaración previsto en el art. 267 LOPJ para subsanar los vicios de incongruencia omisiva en los que haya incurrido la resolución judicial, si a su través se produce la modificación o rectificación del fallo. Ahora bien, uno de los casos típicos que ha dado lugar a una flexibilización importante en la doctrina constitucional referida la utilización de este instrumento cuando se produce una omisión de pronunciamiento en la resolución judicial, lo constituyen aquellos casos en los que el pronunciamiento omitido viene impuesto *ope legis*. Tal es lo acontece en materia de costas en el proceso civil, en el que la parte vencida respecto de todos los pedimentos realizados en el proceso debe ser condenada al pago de las costas procesales⁴⁶². Adicionar al fallo la omisión de la condena en las costas de la parte vencida en juicio, no vulnera el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Es interesante traer a colación que en algunos recursos de amparo, se ha intentado considerar al cauce previsto en el art. 167 LOPJ como el cauce procesal adecuado para evitar que el TC tenga que corregir a través del recurso de amparo los casos de error patente fáctico, que como ya se ha expuesto anteriormente, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. El instrumento de aclaración de sentencias se convertiría así en un instrumento idóneo para preservar la subsidiariedad del recurso de amparo. El TC, no obstante, ha negado esta posibilidad⁴⁶³.

Para finalizar el estudio de cómo opera este derecho frente al juez, falta una breve referencia a aquellos casos en los que se exige de los Jueces y Tribunales una actitud positiva, o de acatamiento, a lo decidido por otro órgano judicial en otro procedimiento. La exigencia que comporta este derecho no sólo se produce cuando concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando un órgano judicial desconoce lo resuelto por otros jurisdiccionales en otros procesos relacionados directamente con el que tiene que decir aquel. Aunque puede darse el caso de que la práctica de determinadas pruebas arroje conclusiones distintas en diversos procesos, el

⁴⁶² *Vid.*, entre otras, la STC 216/2001.

⁴⁶³ *Vid.* en este sentido la STC 55/2002. Es el Abogado del Estado el que manifiesta que aunque se produjo una alteración del fallo de la resolución judicial a través del instituto de la aclaración y del art. 161 LECr., el órgano judicial no hizo otra cosa que corregir un error patente o evidente, de los que dan lugar a la estimación del recurso de amparo, por lo que en realidad, la actuación del juez evitó un recurso de amparo en ese sentido y utilizó la corrección de errores prevista en el 167 LOPJ y en el art. 161 LECr. para preservar la subsidiariedad del recurso de amparo. No obstante, el TC niega esta posibilidad, entre otras razones porque consideró que el error que se corrigió a través del cauce del art. 167 LOPJ no podía considerarse patente según la doctrina del TC.

TC ha considerado que el deber de acatamiento por parte de un órgano judicial a determinados pronunciamientos anteriores de otro órgano judicial es consecuencia del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales en aquellos casos en los que exista prejudicialidad o, incluso, una estrecha conexión entre ambos procesos. En este sentido, el Alto Tribunal ha establecido en la STC 208/2009, con cita a la STC 47/2006, que “el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes «impide a otro órgano jurisdiccional reinterpretar o rectificar lo acordado con carácter de firme de modo precedente, incluso, aunque la situación consolidada resulte incurso en un patente desacierto judicial, cuando no se ataca la cosa juzgada por medio de alguno de los cauces extraordinarios previstos expresamente a tal fin por el legislador» (STC 47/2006)”.

c) Derecho a no obtener sentencias contradictorias.

Una de las últimas aportaciones de la doctrina constitucional en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a no sufrir resoluciones judiciales contradictorias. Esta nueva vertiente del derecho, quizás presente en algún pronunciamiento en los primeros años de funcionamiento del TC, se acaba reconociendo como un derecho inserto en el art. 24.1 CE a partir del año 2001, concretamente en la STC 150/2001.

Aunque algunos autores⁴⁶⁴ han señalado que en realidad este derecho aún no ha sido plenamente reconocido por el TC, en la medida en que son pocos y puntuales los amparos que se han estimado por este motivo, creo, por el contrario que, según la doctrina constitucional, nos encontramos ante un verdadero derecho fundamental inserto ya en el artículo 24.1 CE. Los datos en los que me apoyo para hacer tal afirmación no son menores. En primer lugar, no son tan pocos, ni mucho menos aislados, los amparos que han sido estimados por la vulneración de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Las SSTC que han amparado estas situaciones desde el año 2001 son, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: 150/2001, 162/2001,

⁴⁶⁴ Es de esta opinión J. Garberí Llobregat (*El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2008, pág. 275) para quien “en algunas pocas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha afirmado la existencia puntual de otros diferentes contenidos dimanantes del art. 24.1 CE, de otros distintos derechos fundamentales que, dado el escaso número de pronunciamientos habidos sobre los mismos, quizás no lleguen a constituir, como sí sucede de forma inequívoca con los anteriores, doctrina constitucional absolutamente consolidada”

229/2001, 74/2002, 46/2003, 91/2004, 96/2006, 326/2006. El reconocimiento de tal derecho ha sido tardío debido, me parece, a que no era posible incardinar este tipo de casos en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Como es sabido, los requisitos exigidos por la doctrina constitucional para considerar vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley son especialmente estrictos, de ahí que no se pudieran amparar con base en la vulneración de este derecho fundamental aquellas situaciones, sin duda especialmente patológicas, en las que un mismo litigante obtenía resoluciones contradictorias emitidas por el mismo órgano judicial sobre los mismos hechos. Ni está presente en estos casos el requisito de la alteridad, ni, en la mayoría de ellos, la composición del órgano judicial del que emanaban las resoluciones contradictorias era exactamente la misma. Este hecho, unido a que el amparo se ha ido convirtiendo en un instrumento corrector de la mayoría de las disfunciones que se producen en la actividad jurisdiccional, han provocado que se inserte en el artículo 24.1 CE un derecho a no obtener por parte de un mismo litigante resoluciones contradictorias sobre unos mismos hechos. Por otra parte, el número de amparos estimados por esta causa es mucho menor debido a que, afortunadamente, su vulneración se produce con mucha menor frecuencia en relación con otros derechos fundamentales insertos en el artículo 24.1 CE. Se trata de corregir a través de esta vía casos extremos y patológicos, que se producen en contadas ocasiones y que, en la mayoría de los casos, sólo pueden encontrar una posible solución a través del recurso de amparo constitucional. Por tanto, se puede afirmar que hay razones para aseverar que se trata de amparos escasos porque la frecuencia de su vulneración es baja o muy baja, pero en ningún caso pueden considerarse aislados, ya que el TC, desde el comienzo del nuevo milenio ha venido amparando todos los casos en los que se produce esta patología. En segundo lugar, la forma en que el TC se refiere a este derecho fundamental en varios recursos de amparo no ofrece ninguna duda acerca de su inclusión en el artículo 24.1 CE. Así, en la STC 326/2006, esto es, pasados cinco años desde que inició esta línea jurisprudencial, se refiere en estos términos al derecho a no obtener sentencias contradictorias: “Este tribunal *ha reiterado*, que no dándose el requisito de alteridad, resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que un mismo órgano judicial ...”⁴⁶⁵. Esta misma fórmula, que incide en la reiteración del argumento, se contiene también en otras sentencias. Así, en la STC 96/2006, estableció:

⁴⁶⁵ La cursiva la añado yo.

“La imposibilidad de apreciar una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no implica, sin embargo, que una situación como la denunciada en la presente demanda de amparo no pueda ser analizada desde la perspectiva de otros derechos fundamentales del recurrente y, en concreto, desde la de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). *Así lo hemos declarado en diversas ocasiones en los últimos años* al examinar la posibilidad de analizar desde las exigencias del art. 24.1 CE la queja de un cambio inmotivado del criterio judicial de aplicación de la ley respecto de una misma persona...”⁴⁶⁶. Estas constantes referencias del Tribunal a su doctrina, unidas al hecho de que no hay un pronunciamiento en el que el TC reconsidere expresamente su postura, me lleva a firmar que existe una voluntad del Tribunal de integrar en el derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a no obtener por una misma persona resoluciones contradictorias emanadas por el mismo órgano judicial sobre unos mismos hechos. Podría afirmarse incluso, que el contenido y alcance de este derecho pueden ser un serio problema para futuras resoluciones del TC, en la medida en que, como todavía faltan por perfilar algunos criterios sobre el alcance del derecho, no me parece que sea difícil justificar la “trascendencia constitucional” del recurso de amparo interpuesto por la vulneración de este derecho.

El TC ha hecho especial hincapié en no confundir esta vertiente del derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. A diferencia de éste último, el derecho a no sufrir sentencias contradictorias consiste en el derecho a no obtener por parte de un mismo sujeto dos resoluciones contradictorias emanadas de un mismo órgano judicial sobre un mismo objeto litigioso. Lo relevante en esta vertiente del derecho no consiste en proteger al litigante frente a la arbitrariedad de la decisión en la medida en que el órgano judicial se separa inmotivadamente de una línea jurisprudencial asentada. Lo que se trata de evitar es que un mismo litigante obtenga dos pronunciamientos contradictorios de un mismo órgano judicial sobre el mismo objeto. De ahí, que mientras que en el derecho a la igualdad en aplicación de la ley se exige que el órgano emisor de las diferentes resoluciones judiciales sea el mismo, no es así en el derecho a no obtener resoluciones contradictorias.

La tutela que se dispensa en estos casos es frente al *resultado* finalmente producido tras los procesos judiciales. En este sentido se pronuncia el TC en la STC 150/2001:

⁴⁶⁶ La cursiva la añadido yo.

“El contenido del derecho a la tutela judicial aquí en cuestión se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones orgánicas y funcionales que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva”. Por ello, el objeto de control que realiza el TC no recae sobre cada una de las resoluciones en contradicción, ya que, en relación con al menos una de ellas, el amparo podría ser extemporáneo⁴⁶⁷. Estas, aunque aisladamente consideradas cumplieran con el resto de los cánones de constitucionalidad derivados del artículo 24.1 CE, esto es, aunque fueran congruentes, fundadas en derecho y no incurtidas ni arbitrariedad, ni en irrazonabilidad ni en error patente, no dejan de producir un resultado arbitrario. Por esta razón, al TC le basta comprobar la existencia de la contradicción para declarar vulnerado el artículo 24.1 CE. De ahí que en estos supuestos no pueda considerarse la labor del TC como invasiva de las competencias atribuidas *ex Constitutione* a los órganos integrantes del Poder Judicial.

Los requisitos exigidos por el TC para otorgar el recurso de amparo en estos casos son, en esencia, dos. En primer lugar, el TC exige que existan resoluciones contradictorias en relación con supuestos prácticamente idénticos desde el punto de vista fáctico y jurídico, de tal manera que, ante casos con identidad en los datos con relevancia jurídica, se obtengan resoluciones judiciales contradictorias. El segundo de los requisitos está conectado con la parte procesal receptora de las resoluciones contradictorias. Para que pueda otorgarse el amparo por vulneración de este derecho, el TC ha exigido que sea el mismo sujeto procesal el que reciba las dos resoluciones contradictorias, aunque en ocasiones y por las circunstancias que concurren en el caso concreto, se ha estimado respecto de litigantes diferentes⁴⁶⁸.

Es importante llamar la atención acerca de la justificación que ofrece el TC para aceptar el conocimiento de estos supuestos a través del recurso de amparo constitucional: “Este Tribunal tiene declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los órganos (art. 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24.1 CE (SSTC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 81/1995, de 5 de junio, FJ 4). El presente caso es uno de ellos y, *al no existir otro remedio jurisdiccional*, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado a través de la vía de amparo, para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que tengan que

⁴⁶⁷ Téngase en cuenta que la vulneración del derecho no se produce hasta que el litigante no obtiene la segunda resolución judicial y se percató de la contradicción, por lo que la primera de ellas puede haberle sido notificada meses antes que la segunda.

⁴⁶⁸ *Vid.* en este sentido la STC 150/2001.

soportar una respuesta judicial diferente y no justificada (...)»⁴⁶⁹ (STC 150/2001, FJ 4º). Ergo, el hecho de que este derecho forme parte del art. 24.1 CE se debe, en buena parte, a la ausencia de mecanismos para tutelar este derecho en la jurisdicción ordinaria. El contenido del derecho se completa a partir de una laguna o un vacío en el sistema impugnativo. O dicho de otro modo: para que el TC pueda reparar este tipo de situaciones, se amplía el contenido del derecho fundamental.

d) Garantía de indemnidad.

La llamada garantía de indemnidad ha sido incorporada por el TC como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva en la década de los noventa. La primera sentencia que se refiere a esta garantía data del año 1993, concretamente se inserta en la STC 14/1993⁴⁷⁰.

A través de este derecho se trata de proteger a los ciudadanos a no sufrir represalias por el hecho de haber accedido a la jurisdicción –o incluso haber realizado actos extrajudiciales tendentes a evitar un proceso judicial⁴⁷¹– con el fin de solicitar al juez la tutela de algún derecho o interés legítimo. El sujeto activo de la vulneración de la garantía de la indemnidad, al contrario de lo que sucede en relación con el resto de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, no es el Estado-juez, sino una persona privada o un poder público distinto al Judicial⁴⁷². O, expresado en palabras del propio TC: “La trasgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionan privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo (...), se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.”⁴⁷³.

⁴⁶⁹ La cursiva la añado yo.

⁴⁷⁰ A esta sentencia le han seguido muchas más dictadas en amparo en las que se solicita la protección de esta vertiente del derecho. Vid recientemente, entre otras, las SSTC 92/2009, 10/2011.

⁴⁷¹ Vid. STC 55/2004.

⁴⁷² Es cierto, sin embargo, que en algunos casos en los que se produce una incongruencia *extra petita*, agravando la situación del que acude a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, puede suponer también un efecto disuasorio para el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, estos supuestos han sido tratados en la jurisprudencia constitucional como incongruencias, no residenciándose en lo que se ha venido denominado garantía de indemnidad. Puede verse a este respecto la STC 206/1987.

⁴⁷³ STC 10/2011.

Su aplicación suele estar limitada al campo de las relaciones laborales, ya sean éstas en la empresa privada o en la pública, y se concreta en la imposibilidad de que se adopten medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de los derechos. La garantía no sólo opera frente a la sanción más grave, esto es, el despido, sino también a cualquier otra medida tendente a “impedir, coartar o represaliar el ejercicio a la tutela judicial”⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ STC 14/1993, FJ 2.

CAPÍTULO IV. DEL MODO DE TUTELAR LAS LESIONES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA IMPRESCINDIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.

1. Punto de partida o presupuesto: el art. 24.1 CE y su necesidad de tutela judicial.

Nadie discute que los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión son derechos fundamentales. El debate doctrinal acerca de qué derechos de los contenidos en la Constitución tienen la nota de fundamentales nunca se ha puesto seriamente en cuestión respecto de los derechos⁴⁷⁵ contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución⁴⁷⁶. Y es aquí, en este núcleo, en el que se insertan tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como la prohibición de indefensión. Más allá de la ubicación de tal precepto en la Constitución, que no es un criterio absolutamente determinante para atribuir el calificativo de fundamental a un determinado derecho⁴⁷⁷, los previstos en el artículo 24.1 CE, a pesar de ser derechos de configuración legal, tienen un contenido esencial que vincula al legislador y que, en consecuencia, impide a éste regular el derecho con absoluta libertad. Así, el art. 24.1 CE goza de la única nota característica que, según la doctrina, nos sirve para identificar o concluir que un derecho es fundamental. En efecto, si existe una cuestión acerca de la teoría general de los derechos fundamentales sobre la que existe unanimidad es precisamente esta: los derechos fundamentales se caracterizan por su resistencia frente

⁴⁷⁵ Es evidente que en la Sección Primera hay normas que no contienen derechos fundamentales y que, en consecuencia, no deben ser consideradas como tales a pesar de su ubicación. Así, por ejemplo, no es considerada como tal la previsión del art. 17.4 CE que establece un mandato al legislador para que regule un procedimiento de *habeas corpus*. En consecuencia, no toda lesión de las normas contenidas en la Sección Primera implica, *per se*, la vulneración de un derecho fundamental. Por otra parte, hay normas, como el art. 27.10 que, aunque ha sido considerada por el TC como un derecho fundamental, una parte de la doctrina ha creído más conveniente calificarla de garantía institucional.

⁴⁷⁶ Como es de sobra sabido, ha existido un debate del máximo interés, aún hoy de actualidad, a propósito de los derechos constitucionales que tienen el calificativo de fundamentales. Son tres las tesis que se han sostenido: para algunos autores, sólo son derechos fundamentales los contenidos en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución; para otros, por el contrario, lo son todos los incluidos en el Capítulo Segundo del Título Primero; y, por último, hay autores que consideran que tal calificativo lo han de tener todos los derechos contenidos en el Título I.

⁴⁷⁷ *Vid.* en este sentido las críticas de F. Rubio Llorente (“Constitución y derechos fundamentales”, *La forma del poder*, Madrid, 1993, pág. 626-627) realizadas, además, de forma temprana a la doctrina inicial del TC (SSTC 160/1986, 26/1987), según la cual sólo son derechos fundamentales los contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la CE.

al legislador⁴⁷⁸. Según apunta un sector doctrinal, hay otras notas, además de la expuesta, que son útiles para identificar a los derechos fundamentales. Entre ellas cabe destacar su eficacia directa, su vinculación a todos y su tutela jurisdiccional⁴⁷⁹.

Me interesa, por razones obvias, centrarme en esta última, en la tutela judicial de los derechos fundamentales. Según reputados autores, ésta constituye un elemento central o capital no sólo para la eficacia de los derechos fundamentales, sino también para asegurar que pertenecen al conjunto de normas que ostentan ese *nomen iuris*⁴⁸⁰. No obstante, no todos los constitucionalistas comparten esta idea, en la medida en que consideran que la fundamentalidad no le viene dada al derecho por su justiciabilidad. En este sentido, J.J. Solozábal Echavarría ha señalado que “los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero obviamente no deben su importancia a su protección”⁴⁸¹. En el mismo sentido, J. Jiménez Campo ha afirmado que el rango o el carácter de fundamental no le viene dado a un derecho “por su posibilidad de defensa jurisdiccional”⁴⁸². Ésta, la justiciabilidad de los derechos, es un presupuesto inherente a la forma jurídica “Constitución”, de ahí que resulte irrelevante la previsión específica de su tutela judicial en el texto constitucional. Según J. Jiménez Campo la articulación legal del art. 24.1 CE “es lo que permite que los derechos fundamentales, y cualesquiera otros creados por la ley, sean efectivamente «derechos»”⁴⁸³. A estos argumentos habría que añadir que así lo exige la cláusula del Estado de derecho (art. 1.1 CE)⁴⁸⁴.

En efecto, no existe el derecho subjetivo sin tutela judicial, sin la posibilidad de instar al juez su protección, ya sea aquél fundamental o legal. De ahí que los derechos insertos en el art. 24.1 CE, para ser verdaderos derechos, deban también gozar de efectiva protección jurisdiccional. Es cierto que este tipo de protección, la

⁴⁷⁸ Vid. en este sentido J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, 1999. Otra cosa es, sin embargo, lo que deba entenderse por “contenido esencial”, cuestión intensamente discutida por la doctrina.

⁴⁷⁹ Estas notas o características son las que definen a los derechos fundamentales según P. Cruz Villalón, que ha sido lo ha venido manteniendo en diversos estudios dedicados al estudio de éstos, (“Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC* núm. 25, 1989, págs. 35-62; Voz “Derechos Fundamentales”, *Temas básicos de Derecho Constitucional, T. II: Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, coord. M. Aragón Reyes, Madrid, 2001, pág. 109)

⁴⁸⁰ Vid. por todos, P. Cruz Villalón, *ops. cit.*

⁴⁸¹ J. J. Solozábal Echavarría, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *REP* núm. 105, 1999, pág. 22.

⁴⁸² J. Jiménez Campo, *op. cit.* pág. 23.

⁴⁸³ *Ibid.*, pág. 23.

⁴⁸⁴ L. Díez-Picazo y Ponce de León, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial* núm. 5, 1987, pág. 42

jurisdiccional, la pueden otorgar también otros órganos no judiciales. Tal es el caso del recurso de amparo en aquellos sistemas, como el nuestro, en los que existe un Tribunal Constitucional que no está inserto en el Poder Judicial⁴⁸⁵. Cuando el TC ampara los derechos fundamentales, y entre ellos, los del art. 24.1 CE, los está protegiendo jurisdiccionalmente. Sin embargo, no es ésta la protección jurisdiccional de la que me quiero ocupar ahora, sino de la judicial, en la medida en que es ésta la única que en realidad se erige en derecho fundamental, a pesar de las manifestaciones que ha realizado el TC en relación con un pretendido derecho al amparo constitucional. O, en otros términos, lo que en realidad garantiza la Constitución es la tutela judicial que se lleva a cabo por los órganos jurisdiccionales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional y que, además, tiene su concreción legal en el art. 7.1 LOPJ, en la medida en que establece la vinculación a todos los Jueces y Tribunales de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, que “están garantizados bajo la tutela de los mismos”. No existe, me parece, un derecho fundamental a acceder al recurso de amparo constitucional⁴⁸⁶.

Por todo lo expuesto, es indiferente el hecho de que la tutela judicial de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE sea o no una exigencia derivada de su calificación como fundamentales, ya que, aunque fueran simplemente derechos, también deberían gozar de esta garantía. Ahora bien, si la tutela jurisdiccional judicial de los derechos fundamentales presenta problemas y peculiaridades, con más intensidad sucede en relación con los derechos del art. 24 CE⁴⁸⁷. El que esto sea así se debe, sin ninguna duda, a que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental y, a su vez, una esencial garantía de todos los derechos –también de los fundamentales— en la medida en que es la “única al alcance de los ciudadanos”, salvo

⁴⁸⁵ J. L. Requejo Pagés (“La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Base de conocimiento jurídico*, Iustel, www.iustel.com) hace especial énfasis en la distinción entre la tutela jurisdiccional judicial y jurisdiccional no judicial de los derechos fundamentales, subrayando que en nuestro ordenamiento “no existe una correspondencia perfecta entre la función jurisdiccional y los órganos judiciales, dado que éstos únicamente ejercen una parte de la jurisdicción, quedando reservadas la jurisdicción constitucional y la contable a órganos especiales no judiciales”.

⁴⁸⁶ Así lo han puesto de relieve J. Jiménez Campo (*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 108, cuando afirma: “El art. 53.2 de ninguna manera crea un «derecho subjetivo» al amparo constitucional”. También en este sentido, M. Aragón Reyes, “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, *Tribunales y Justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coords. J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa, México D.F., 2002, págs. 44-45.

⁴⁸⁷ P. Cruz Villalón señaló como uno de los problemas más relevantes del “buque insignia de la garantía judicial de los derechos, precisamente éste: “Cómo dar cumplimiento a este precepto cuando de la garantía del art. 24 CE, en sus dos apartados se trata y, en general, cuando se invocan vulneraciones cometidas por los órganos judiciales”. *Vid.*, “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003, pág. 45.

claro está, respecto de los fundamentales que tienen la oportunidad de ser tutelados también por el TC⁴⁸⁸. Los jueces cumplen un papel esencial a la hora de proteger y hacer efectivos todos los derechos, no sólo los fundamentales. Desde esta perspectiva, “la garantía judicial de los derechos fundamentales es ella misma expresión de un derecho fundamental, del genérico derecho a la tutela judicial efectiva”⁴⁸⁹.

Esta exigencia de tutela de los derechos incardinados en el art. 24.1, en la medida en que algunas, si no todas sus vertientes, coinciden con la que ha realizado el TEDH del art. 6.1 CEDH, es exigible también desde un plano internacional. En la obra interpretativa realizada por el TEDH y dirigida a establecer los elementos constitutivos del citado precepto, ha tenido una importancia decisiva el canon o principio de *efectividad* de los derechos contemplados en el artículo 6.1, lo que le ha llevado en los últimos años a que las vulneraciones de ese precepto que se produzcan en los distintos Estados contratantes cuenten, en sus legislaciones internas, con el “recurso efectivo” al que se refiere el at. 13 CEDH para la defensa y tutela de todos derechos garantizados en el Convenio. Así, un Estado que, a pesar de afirmar en su ordenamiento tales garantías, no establece mecanismos *eficaces* para repararlas, no sólo incumplirá el art. 6.1 CEDH, sino también el 13 del mismo texto normativo. Enseguida me referiré a esta cuestión con más detenimiento.

2. El carácter problemático de la tutela jurisdiccional de las vulneraciones de las distintas vertientes del artículo 24.1 CE.

El problema de la tutela de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE, en especial cuando su vulneración es imputable a los órganos judiciales, no es un problema menor o marginal, sino de primer orden en nuestro ordenamiento jurídico. Tiene implicaciones no sólo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sino que también repercuten —y mucho— en la jurisdicción constitucional. Pero no es, en modo alguno, una peculiaridad nuestra. Otros ordenamientos, como el alemán, que cuentan con un recurso de amparo frente a vulneraciones de derechos fundamentales que tienen su origen en el Poder Judicial, e incluso el TEDH que también ha participado de esta experiencia, llevan a concluir que “este fenómeno está, de algún modo en la naturaleza

⁴⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 44. Se añade énfasis.

⁴⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 37.

de las cosas”⁴⁹⁰. Lo primero que cabe decir, en consecuencia, es que no se trata de una patología doméstica. Como ha señalado J. A. Xiol Ríos “[A] nadie pude extrañar que el derecho a la tutela judicial esté permanente presente en las actuaciones de los tribunales⁴⁹¹.

A continuación traeré a colación dos cuestiones que, sin duda, hacen especialmente peculiar el hecho de abordar el estudio de la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 CE: el papel protagonista que tienen los órganos judiciales tanto en la vulneración como en la reparación del derecho y el mandato de tutela reforzada contenido en el art. 53.2 CE.

2.1. El doble protagonismo del juez en la vulneración y en la reparación del derecho.

En la actuación protectora y tuteladora de todos los derechos e intereses legítimos, los órganos judiciales pueden vulnerar también derechos de los litigantes. Los órganos judiciales integrados en el Poder Judicial están sometidos a límites en su actuación que son, además de obligaciones del poder público, derechos fundamentales de los litigantes. En estos casos, la tutela jurisdiccional de los derechos vulnerados por los propios órganos judiciales resulta problemática pues la forma de garantizarla, con la salvedad de la posterior actuación del TC en el caso de que sean fundamentales y que el ordenamiento jurídico cuente con la previsión de un amparo constitucional, no es otra que la tutela judicial a dispensar por los propios órganos judiciales ordinarios. La situación se complica aún más, cuando lo que vulneran los órganos judiciales son algunos derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE. En este caso, la garantía jurisdiccional, aun habiendo sido abierta para la defensa de otros derechos o intereses legítimos, se ve abruptamente arruinada por la falta de respeto por parte del encargado de dispensar la tutela a las propias reglas de juego que conforman la propia garantía jurisdiccional. La tutela de los derechos e intereses legítimos, aun aparentemente otorgada, quiebra por no cumplir con las exigencias constitucionalmente —y legalmente— previstas para ser considerada como tal. Es evidente que el proceso en el que esto sucede no es concreción de la idea de proceso constitucionalmente

⁴⁹⁰ *Ibíd.*, págs. 33-34.

⁴⁹¹ “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en el proceso constitucional de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1996, pág. 79.

garantizada. Así, una sentencia dictada *inaudita parte* por causas imputables únicamente al órgano judicial no responde a lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, en la medida en que en este precepto se prohíben de forma taxativa las situaciones de indefensión. La necesaria invocación del derecho a ser oído surge así como una pretensión autónoma, necesitada por primera vez de tutela, en el propio proceso judicial cuyo objeto principal era *ab initio* la tutela de otros derechos e intereses legítimos que, con carácter general, serán sustantivos⁴⁹². No obstante, no siempre aparece tan clara la distinción entre la nueva pretensión de tutela de los derechos del art. 24.1 CE y la de aquellos que motivaron el acceso a la jurisdicción. Piénsese, por ejemplo, en los casos de motivación insuficiente. Aun en estos supuestos, el hecho de que ambas pretensiones vayan de la mano, no deben relajar la necesidad de tutela, aunque quizás sí las formas de articularla. La vulneración de un derecho fundamental en un Estado de Derecho, requiere, al menos, *una* posibilidad de ser tutelada por los Tribunales. De esta manera, los mismos que originan la lesión del derecho deben ser los responsables de su reparación.

Debido a las peculiaridades a propósito de la complejidad que presenta la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 CE, podría pensarse y hasta en algún caso se ha puesto sobre la mesa tal cuestión, que no tiene sentido plantearse o tomarse tan en serio el problema de la tutela de estos derechos, pues a través de los mecanismos para su tutela pueden volverse a vulnerar, en la medida en que el órgano judicial al que se le atribuye su garantía y reparación también puede incurrir en una nueva vulneración de los mismos derechos⁴⁹³. Con más razón incluso, en el caso de que tales lesiones se produzcan respecto de procesos judiciales de los que conocen los Tribunales situados en la cúspide del sistema. En relación con este último supuesto, I. Borrajo se ha

⁴⁹² El objeto principal de un proceso puede versar, no obstante, sobre derechos estrictamente procesales. Es lo que acontece en aquellos casos en los que se inicia un proceso de revisión con el objeto de probar que el demandante en un determinado proceso judicial llevó a cabo “maquinaciones fraudulentas” con el fin de evitar que la contraparte pudiera comparecer en juicio y defenderse.

⁴⁹³ *Vid.* en este sentido D. Córdoba Castroverde, “El amparo judicial en los contencioso-administrativo”, *Amparo judicial. Jurisprudencia Constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, 1994, pág. 295. El mencionado autor consideró en el año 1994 que uno de los problemas del orden contencioso-administrativo era que no contaba con cauces para la reparación de los derechos procesales en aquellos casos en los que tenían lugar en única o última instancia. Y al respecto apuntó: “Pero lo cierto es que, cualquiera que fuesen los recursos previstos, siempre existiría la posibilidad de que la última de las sentencias que se dictasen fuese susceptible de lesionar derechos fundamentales, con lo que, salvo que se crease un procedimiento en vía judicial previo al recurso de amparo constitucional, tales lesiones no pueden ser remediadas en la vía judicial previa, y aun en este caso la sentencia recaída en dicho procedimiento podría ser la causante de dicha lesión”.

mostrado partidario de “hacer recaer plenamente la responsabilidad de proteger la Constitución sobre los Tribunales del recurso, y no seguir construyendo una pirámide inacabable de grados judiciales para asegurar la tutela judicial de los derechos fundamentales”, con algunas salvedades⁴⁹⁴. Tampoco han sido inusuales las apelaciones a la “parvedad de la materia”⁴⁹⁵.

Tales argumentos no me parecen en absoluto convincentes y conducen a negar la calificación de “derechos” que sin duda han de tener la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión. Además, se ha alegado en este sentido, que la exigencia de que existan tales vías impugnatorias, anulatorias o rescisorias, no tienen mucho sentido ya que es imposible corregir, en todos casos, las vulneraciones de los derechos contenidos en el art. 24.1. Esta reflexión conduce a la inutilidad de plantearse seriamente si debe ser una preocupación del legislador instaurar cauces procesales para la tutela de los derechos fundamentales del artículo 24. La pregunta que se formula, que tiene un engarce constitucional evidente, no tiene como pretensión la afirmación de que toda lesión de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión, en cualquier momento o proceso que ésta produzca, deba tener la necesaria reparación. Este planteamiento resulta del todo inútil, pues es evidente que es una imposibilidad jurídica asegurar que en último procedimiento que tenga por objeto tan sólo conocer si se vulneró la garantía de alguno de los derechos comprendidos en el art. 24.1 CE en un procedimiento anterior, puede también ocasionarse una nueva vulneración de alguno de estos derechos. Se trata, en términos generales y abstractos –al menos de momento— de intentar que la mayoría de las lesiones de tales derechos puedan ser tutelas por el ordenamiento jurídico. En este sentido y como acertadamente señala J. Jiménez Campo, “no cabe un disparatado *regressus ad infinitum* en la articulación de vías y remedios, pero el ordenamiento sí

⁴⁹⁴ “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, *REDC* núm. 43, enero-abril 1995, págs. 41 y 42. Sólo para los casos en los que se produjera algún tipo de indefensión patente en la tramitación de los propios recursos, Borrajo admite la previsión de otros recursos, y particularmente, del de audiencia o rebelde al incomparecido. También, en el mismo sentido D. Córdoba Castroverde (“El amparo judicial en lo Contencioso-Administrativo”, cit., pág. 295) No obstante, el citado autor sí reconoció (en el año 1994) que el sistema impugnativo establecido en la LJCA de 1956 era bastante deficiente a la hora de dotar al órgano judicial de mecanismos para tutelar los derechos fundamentales vulnerados en el propio seno del proceso, ya fueran estos sustantivos o procesales.

⁴⁹⁵ *Vid.* en este sentido A. Desdentado Bonete, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”; *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pág. 231. Según el mencionado autor, el recurso de suplicación no debería estar abierto para casos de escasa cuantía, aun cuando el motivo de su interposición fueran el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, incluido el sufrimiento de indefensión.

debe, cuando menos, habilitar vías extraordinarias para la rescisión de la cosa juzgada cuando sólo de ese modo sea reparable la indefensión padecida”⁴⁹⁶. Está latente en esta reflexión que la Constitución exige flexibilizar los efectos de cosa juzgada en determinados casos y, entre ellos, en los que se produce una vulneración del genérico derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

También podría aducirse, para acabar cuestionando la necesidad de tutela de estos derechos, que su carácter es únicamente instrumental y que en consecuencia, los jueces deben estar sólo orientados a la tutela de los derechos sustantivos o materiales. Una de las primeras objeciones que cabe hacer esta tesis es que es errónea en su presupuesto. Como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, la configuración que el TC ha realizado del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, no tiene sólo un alcance procesal, sino también material. El reconocimiento como vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva los derechos a obtener una sentencia que no incurra en error fáctico patente, o no incurra en incongruencia por error, o irrazonable o arbitraria, no tienen una proyección sólo procesal. En segundo lugar, porque las garantías de corte sobre todo procedimental son necesarias para legitimar la actuación judicial. El constituyente –no sólo el español como resulta evidente— ha considerado que sólo un proceso judicial revestido de determinadas garantías –que no formalidades— podrá dar lugar a un juicio justo. La legitimación de la actuación del juez durante el proceso y, sobre todo de su decisión, sólo puede considerarse constitucional si es respetuosa con esas garantías que la Constitución establece con carácter de mínimos. Así, la exigencia, por ejemplo, de la motivación de las resoluciones judiciales, como ya se ha visto, está íntimamente relacionada con la afirmación del mandato de sometimiento del juez a la ley. Nuestro ordenamiento no tolera que el juez, bajo el pretexto de asegurar la primacía de la Constitución, inaplique una ley postconstitucional sin plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Además y como se verá más adelante cuando se aborde el estudio del tratamiento constitucional del derecho de audiencia en Alemania, la necesidad de asegurar algunos derechos de carácter procesal, como el de ser oído, entroncan necesariamente con la cláusula de la dignidad humana.

Estas posturas, las que niegan la necesaria protección a los derechos fundamentales del art. 24.1 CE, por fortuna, no han sido la que han triunfado, al menos

⁴⁹⁶ *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 104. Se añade la cursiva.

en la teoría, entre los estudiosos del Derecho. El hecho de que la tutela jurisdiccional de la tutela judicial sea problemática, no exime a ésta de la necesaria protección, ya que es considerada, sobre todo, como un derecho. En este sentido L. Aguiar de Luque ha sostenido incluso que las garantías procesales previstas en el artículo 24.1 CE, más que mecanismos aseguradores de los derechos fundamentales –que lo son—, constituyen, sobre todo, un “derecho fundamental, que aunque desempeñando un importante papel en el aseguramiento de los restantes derechos fundamentales, no es ésta su función primaria”⁴⁹⁷. Otros autores, a pesar de reconocer la dificultad de tal cometido, no dudan en afirmar la necesidad de que tales derechos deban ser objeto de la necesaria tutela. J. L. Requejo Pagés ha escrito que “como quiera que ha de proveerse también a la adecuada reparación de esas infracciones, abstracción hecha de su procedencia, la lógica del régimen constitucional de los derechos fundamentales debe implicar una suerte de derecho a la tutela judicial frente a vulneraciones judiciales de los derechos fundamentales”⁴⁹⁸. I. Díez-Picazo Giménez también se ha mostrado contundente al respecto, al afirmar que “los derechos consagrados en el artículo 24.1 CE, son verdaderos y propios derechos subjetivos, consistentes en un haz de garantías frente al Estado –concretado en la figura del Juez— y que obligan a éste a ciertos deberes de abstención o de prestación. Esto significa que también existe un derecho a la tutela judicial frente a las vulneraciones de los derechos fundamentales que causen los órganos judiciales. Incluso, llegando a una aparente paradoja, existe el derecho a la tutela judicial del derecho a la tutela judicial”⁴⁹⁹.

La conclusión que hay que extraer de todo lo anterior es que no debe ser un impedimento el hecho de que sea el juez el protagonista tanto en la vulneración como en la tutela del derecho para afirmar su necesidad de garantía, a pesar de las paradojas que esta situación pueda generar. Ahora bien, ¿qué supone para los órganos judiciales ser la garantía de estos derechos? El problema para realizar o dotar de efectividad al derecho es que han de ser de nuevo los órganos judiciales los que han de amparar esta nueva pretensión, lo que en principio obligaría a que el ordenamiento jurídico procesal contara con cauces que hicieran posible la reparación del derecho, exigiendo en algunos

⁴⁹⁷ Vid. L. Aguiar de Luque, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *RDP* núm. 10, 1981, pág. 109.

⁴⁹⁸ Vid. en este sentido, J. L. Requejo Pagés, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, cit.

⁴⁹⁹ “El artículo 53.2 de la Constitución: Interpretación y alternativas de desarrollo”, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, con A. de la Oliva Santos, Madrid, 1996, pág. 154.

casos la anulación o la rescisión de la resolución aquejada de inconstitucionalidad, como por ejemplo en aquellos casos en los que se produce una vulneración del derecho de audiencia en una resolución firme e irrecurrible. A no ser, naturalmente, que se optara por la vía indemnizatoria para la reparación de este tipo de vulneraciones, opción ésta que, como se verá más adelante, no es la más adecuada, ni hoy por hoy la que permite en algunos casos la jurisprudencia. La necesidad de que existan cauces procesales adecuados para la defensa de estos derechos debe ser una preocupación del órgano judicial en la medida en que, también realizando esta función de garantía, no puede ignorar la ley para asegurar los derechos previstos en la Constitución. El protagonismo de los órganos judiciales no ha de limitarse en consecuencia, a procurar la reparación de las vulneraciones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE, sino también a asegurar, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que el ordenamiento procesal les permite realizar esta importante tarea. No obstante, esta afirmación ha de ser matizada en un doble sentido.

Por un lado, porque la vigilancia del juez no debe relajar la responsabilidad del legislador. Aunque es a las Cortes Generales a las que les corresponde el establecimiento de vías procesales, la desidia o el desinterés de aquellas en su establecimiento debe ser cuestionada por los órganos judiciales ante el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que la falta de vías para su aseguramiento implica la inexistencia del derecho. Desde esta perspectiva, llama poderosamente la atención que haya tenido que ser el TC, y no los órganos judiciales, el que se autocuestionara la constitucionalidad de algunos instrumentos procesales que no permitían a los órganos judiciales reparar vulneraciones palmarias de los derechos causadas por ellos mismos. Me refiero al control de constitucionalidad del que fue objeto el art. 240.1 LOPJ en su redacción original, en la medida en que impedía al órgano judicial declarar la nulidad de actuaciones una vez que había recaído sentencia definitiva. Los órganos judiciales se limitaron entonces a sugerir y recomendar a los litigantes en situación de indefensión que acudieran al Tribunal Constitucional en amparo, pero no tuvieron protagonismo alguno en el control de constitucionalidad de la ley que les imponía serias restricciones a la hora de tutelar los derechos. La actuación del juez en estos casos, es la garantía de los derechos ciudadanos, puesto que éstos no cuentan con la posibilidad de someter las leyes al control del TC. Por otro lado, el hecho de instar la cuestión de inconstitucionalidad no debe impedir que los órganos judiciales hagan una lectura posible –dentro de los márgenes que permite el tenor literal

de la disposición— pero flexible de los instrumentos procesales que sirvan de cauce de reparación de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE. Así, no es lo mismo manejar criterios estrictos en aquellos casos en los que a través del acceso al recurso de apelación se solicita revisar una determinada aplicación de la legalidad, que en aquellos otros en los que a través del mismo instrumento procesal se pretenden invocar lesiones de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE. Es decir, la colaboración del juez en la tutela de los derechos del artículo 24.1 no sólo ha de ir orientada a asegurar que el ordenamiento procesal permita dispensarla, sino a interpretar de forma flexible los instrumentos ya insertos en dicho ordenamiento para que realmente puedan servir a dicha finalidad.

Esta necesidad de tutela judicial de la tutela jurisdiccional y de la prohibición de indefensión, necesaria para la afirmación de aquéllos como verdaderos derechos, ya no fundamental, sino simplemente como derechos, y el necesario protagonismo que deben tener los órganos judiciales en su protección y reparación en los casos en los que alguna de sus facetas sea vulnerada, no hay que entenderla en términos exclusivos. Se ha llegado a sostener que la reparación de estos derechos “sólo puede producirse en situaciones pre o intraprocesales y, consiguientemente, *sólo* puede obtener adecuada reparación dentro del proceso mismo, principalmente dentro del sistema de recursos previstos por las leyes”⁵⁰⁰. Esta idea, lanzada desde la judicatura para evitar que el recurso de amparo sea un especial protagonista en la tutela jurisdiccional de estos derechos, no es la que necesariamente cabe derivar de la Constitución y, en consecuencia, no la comparto en absoluto⁵⁰¹. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que tal manifestación se produce en un momento en el que el TC tenía un protagonismo excesivo en este cometido, debido, en buena parte, al diseño de los medios de impugnación y a las acciones de nulidad y rescisión de la cosa juzgada, que no dotaban de los suficientes instrumentos a los órganos judiciales ordinarios para garantizar los derechos insertos en el art. 24.1 CE⁵⁰². No obstante, a pesar de reconocer que la

⁵⁰⁰ P. Sala Sánchez, *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de derechos fundamentales. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el solemne año inaugural del año judicial el día 12 de septiembre de 1994*, Madrid, 1994, pág. 36. El énfasis es añadido.

⁵⁰¹ En el mismo sentido A. Martínez Escribano, “El marco constitucional del amparo judicial ordinario”, *Amparo Judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal civil y contencioso-administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 27, 1994, pág. 61.

⁵⁰² Precisamente por ello, el entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en el discurso de apertura del año judicial, solicitó la intervención del legislador al efecto. *Vid.* P. Sala Sánchez, *op. cit.*, págs. 30-31.

inexistencia de vías para reparar la lesiones de los derechos del art. 24.1 CE se debía a la inactividad del legislador y de la labor fundamental que el amparo cumplía en este campo, no se dudó en sugerir al TC que relajara el control efectuado por éste sobre los órganos judiciales ordinarios bajo el paraguas de la protección de los derechos del artículo 24.1 CE. La confusión de problemas que están detrás del amparo del art. 24.1 CE se presentan aquí al unísono, como si fueran uno sólo. Una cosa es que el TC se haya extralimitado a través del amparo del art. 24.1 CE en el ejercicio de su función y otra distinta, aunque relacionada, es que el TC tenga que hacer el trabajo de podrían hacer perfectamente los jueces y tribunales porque el ordenamiento procesal no dispone de vías procesales adecuadas para hacerlo. Estas reivindicaciones de la jurisdicción ordinaria han sido sólo selectivas y han puesto su único punto de mira sobre la interpretación del Derecho, pero no sobre otros aspectos, al menos igual de importantes o fundamentales, desde el punto de vista de las obligaciones derivadas del ejercicio de la función jurisdiccional. A este fenómeno me referiré más adelante en diversas ocasiones⁵⁰³.

Por último, quisiera poner el acento en una cuestión que, aunque también se ha traído a colación por algunos autores, merece algún comentario en este mismo epígrafe. Se trata de la existencia o no de intencionalidad por parte del poder público, y más concretamente por los órganos judiciales, en la vulneración de los derechos fundamentales. Se dice, con razón, que muchas de las vulneraciones de los derechos del art. 24.1 CE se deben, sobre todo, a las disfunciones de nuestro sistema procesal y a la falta de recursos tanto materiales como humanos de los que están aquejados tanto los órganos judiciales como la Administración de Justicia en general. Estoy de acuerdo en que el ser realistas es una gran ventaja, pero también tiende al conformismo y la desidia y, lo más importante, a resignarse a la falta de efectividad de los derechos que se tienen frente el juez y que redundan, en la mayoría de los casos, en los derechos sustantivos respecto a los que se impetra la tutela judicial. Así lo ha considerado también el TC, entre otras muchas resoluciones, en la STC 59/2010 en la que afirma: “A estos efectos, ciertamente, este Tribunal ya ha reiterado que no desconoce las dificultades en que deben desarrollar su actividad muchos órganos judiciales, pero también ha sido muy contundente al destacar que, por más que las lesiones traigan causa de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que

⁵⁰³ P. Sala Sánchez, *op. cit.*, pág. 23-25

sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica no puede llegar a alterar el juicio de constitucionalidad que corresponde realizar a este Tribunal (por todas, STC 215/2007, de 8 de octubre, F.J. 4º)". Por ende, tampoco debería ser un criterio relevante para cuando el resto de los órganos judiciales juzgan las lesiones, supuestas o manifiestas, lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva.

A mayor abundamiento, aunque salvando también las importantes diferencias entre ambos poderes, que son tremendamente significativas, hay que señalar que la falta de intencionalidad en la lesión, no ya de los derechos fundamentales sino de cualquier precepto de la Constitución, no es un criterio ni mucho menos relevante a la hora juzgar si el legislador observó o no su sujeción a la Constitución. Es evidente que el Parlamento no es en la actualidad el enemigo de la Constitución, sino más bien todo lo contrario: es un intérprete cualificado de la norma fundamental que, en tiempos de normalidad democrática, "actúa movido por lo que considera una interpretación razonable del texto constitucional"⁵⁰⁴, de lo que se derivan consecuencias que no es éste el momento de analizar. Si esto es así respecto del legislador, no hay razones de peso para tener una especial consideración con los órganos judiciales en los casos en los que la infracción de los derechos fundamentales no se lleve a cabo de forma deliberada. Además, respecto de ellos y de la función que realizan no hay tampoco que presumir en modo alguno, sino más bien todo lo contrario, que en su labor vulneran de forma intencionada los derechos fundamentales. Los órganos judiciales son, ante todo, los guardianes de los derechos, o en palabras de F. Rubio Llorente, el juez es "el protector inmediato y eficaz de todos los derechos y muy en particular, de los derechos fundamentales"⁵⁰⁵. De ahí que el sistema de controles y garantías de los derechos no se haya pensado sobre todo para los casos en los que se produce un ataque "deliberado" a los mismos.

En definitiva, a pesar de que la tutela judicial a dispensar a estos derechos sea problemática, o más aún, en exceso problemática, no ha de llevarnos a considerar, con argumentos incluso comprensibles, la inutilidad de su previsión, ya que tal opción nos llevaría, sencillamente, a que los derechos enunciados en el art. 24.1 fueran simples

⁵⁰⁴ V. Farreres Comella, *Justicia Constitucional y democracia*, 2º ed., Madrid, 2007, pág. 195, que critica duramente (en pág. 196) la Constitución de Bielorrusia en la medida en que posibilita al TC, a instancias del Presidente de la República, extinguir prematuramente el mandato parlamentario en aquellos casos en los que se aprecie que ha existido una "violación flagrante o sistemática de la Constitución por parte de las Cámaras del Parlamento".

⁵⁰⁵ "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional", *La forma del poder*, cit., pág. 492.

declaraciones de intenciones cuyo cumplimiento quedaría a disposición de los poderes públicos que quedan vinculados por tal precepto. Otra cosa es cómo deba articularse. Pero esto es otro tema del que me ocupo a continuación.

2.2. ¿Tutela jurisdiccional reforzada del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión? Los artículos 24.1 y 53.2 CE.

La tutela de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales ordinarios ha suscitado grandes debates en la doctrina motivados, en buena parte, por lo dispuesto en el artículo 53.2 CE. Dicho precepto establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos previstos en la Sección primera, además del consagrado en el art. 14, a través de procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad. Naturalmente, esta previsión normativa no obliga a los ciudadanos que han sufrido una lesión en alguno de los derechos antes indicados a que necesariamente articulen su defensa jurisdiccional a través de estos cauces, en el caso de estar creados por el legislador, sino que el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos consagrado en el art. 24.1 CE también incluye a los derechos fundamentales, de ahí que la vía ordinaria, prevista para la tutela del resto de los derechos y de los intereses legítimos, también sea idónea para instar la protección de los fundamentales si así lo permite la legalidad procesal⁵⁰⁶.

Los derechos fundamentales, para ser considerados como tales, no requieren una forma específica de tutela, diferente a la prevista en la Constitución para el resto de los derechos e intereses legítimos⁵⁰⁷. Es más, no es posible encontrar preceptos equivalentes a nuestro 53.2 CE en otros ordenamientos jurídicos. La tutela de los derechos fundamentales, dicho en palabras de I. Díez-Picazo Giménez, “no la asegura el 53.2, sino que la asegura el art. 24.1 CE”⁵⁰⁸.

Sin embargo, una vez que está prevista por el constituyente esta forma específica y singularizada de tutela, no cabe echarla en saco roto, desconociendo un mandato constitucional inserto además en el Capítulo IV del Título I de la Constitución

⁵⁰⁶ Hay casos, como sucede con el proceso de habeas corpus o en el de tutela del derecho de reunión, en los que el legislador ha optado por establecer un único cauce adecuado para la tutela de estos derechos, excluyendo que ésta pueda dispensarse a través del proceso ordinario. Naturalmente, en estos casos el litigante no dispone de la libertad de opción a la que he aludido en el texto principal.

⁵⁰⁷ P. Cruz Villalón, “Nota: Derechos fundamentales”, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pág. 252.

⁵⁰⁸ “El artículo 53.2 de la Constitución...”, cit., pág. 110.

que lleva por rúbrica “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”. Evidentemente, no es cosa menor. No pretendo concluir de lo anterior que del art. 53.2 pueda derivarse un derecho de los ciudadanos a la existencia de esos cauces específicos, ni tampoco de una garantía institucional, ya que la norma contenida en tal precepto es un mandato al legislador que tiene además, un carácter finalista, no formal⁵⁰⁹. O expresado en palabras de I. Díez-Picazo Giménez, el artículo 53.2 CE “no puede ser objeto de una visión reduccionista que lo equipare a la simpleza de crear un proceso declarativo especial, o varios, desentendiéndose de su eficacia”⁵¹⁰. Por el contrario, y citando en esta ocasión a M. Carrasco Durán, “la interpretación del artículo 53.2 debe encaminarse hacia un entendimiento funcional que mire al objeto de favorecer la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales”⁵¹¹. De ahí que la opción del legislador por aglutinar en un mismo texto legal los distintos cauces procedimentales para la defensa de los derechos fundamentales en los distintos órdenes jurisdiccionales, no sea la única opción disponible. En consecuencia, sólo los principios de preferencia y sumariedad “y la finalidad a la que éstos sirven, limitan la acción del legislador”⁵¹².

Lo que signifiquen y comprometan al legislador tales principios, ha sido también una cuestión debatida por la doctrina, cuyo análisis en profundidad excedería con mucho de la pretensión de este trabajo. Baste en este momento señalar que por preferencia hay que entender prioridad en la tramitación de los asuntos en los que alegue la vulneración de los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 CE⁵¹³. Y por sumariedad, rapidez⁵¹⁴, no sólo a la hora de resolver el asunto en primera

⁵⁰⁹ Esta es la tesis, entre otros, de I. Díez-Picazo que comparto plenamente. Puede verse en “El artículo 53.2 de Constitución...”, cit., págs. 117- 122.

⁵¹⁰ *Ibíd.*, pág. 121.

⁵¹¹ *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pág. 72.

⁵¹² J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 94.

⁵¹³ Otra cosa es si esa preferencia debe ser absoluta, tal como ha puesto de relieve el TC en alguna ocasión o, por el contrario, si el legislador puede establecer alguna matización que permita que otros asuntos, ajenos a este ámbito material, puedan ser tramitados de forma preferente a los que tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales. Es partidario de esta tesis J. Jiménez Campo (*Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, cit., pág. 99), aunque con dos salvedades importantes: la anteposición o la preferencia en la tramitación de determinados asuntos respecto a los que tengan por objeto la tutela de derechos fundamentales ha de realizarse de forma ponderada y no puede acogerse por el legislador “en abstracto”. Otros autores, como L. Aguiar de Luque, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española”, cit., pág. 124, entienden por el contrario que “estos procesos habrá que entenderlos preferentes respecto a cualquier otro”.

⁵¹⁴ *Vid.* por todos V. Fairén Guillén, “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución”, *RAP* núm. 89, 1979, pág. 208, que denomina a este tipo de procedimiento “de medio procesal ordinario, plenario y rápido”.

instancia sino también en las sucesivas, en el caso de que la resolución judicial sea impugnabile⁵¹⁵.

En definitiva, del artículo 53.2 CE no se deriva si quiera que el legislador haya de implementar uno o varios mecanismos procesales específicos, ya que sería también conforme a la Constitución que de no hacerlo, por considerar que el procedimiento ordinario es el más adecuado para la tutela de los derechos fundamentales, estableciera un mandato que asegurara la preferencia y sumariedad en su tramitación respecto de otro tipo de acciones que se presenten ante los órganos judiciales, en aquellos casos en los que los ciudadanos deciden hacer uso de esa vía específica. Esta fórmula es la que, por lo demás, ha utilizado el legislador a la hora de establecer las normas procesales reguladoras de los derechos fundamentales sustantivos en el orden jurisdiccional civil. En efecto, a pesar de que el legislador opta por imponer el juicio declarativo ordinario como el idóneo para la tutela de los derechos fundamentales de carácter extraprocesal, renunciando a crear un procedimiento *ad hoc*, se prevé en el artículo 249.2 LEC “que su tramitación tendrá carácter preferente”. Esta misma técnica también se ha utilizado en el orden laboral en el que el procedimiento llamado para “la tutela de los derechos fundamentales”, no es el cauce procesal adecuado para instar la reparación de las vulneraciones de derechos fundamentales que se producen en todas las relaciones laborales⁵¹⁶.

Como pasa con respecto a casi la totalidad de los temas, la doctrina no ha sido unánime a la hora de interpretar el art. 53.2 CE. Tal divergencia no sólo se refiere a las obligaciones que se derivan del mismo para el legislador, sino también para optimizar la tutela de los derechos fundamentales. Uno de los criterios que se ha manejado y que creo es fundamental para concluir que no todos los derechos fundamentales requieren el mismo tipo de tutela, es su carácter heterogéneo, realidad ésta que impide configurar de forma homogénea la manera en que se dispense la tutela jurisdiccional de todos ellos. Y es que no es lo mismo el tipo de protección que debe procurarse al derecho a la

⁵¹⁵ M^a. A. Catalina Benavente, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, Valencia, 2010, pág. 179.

⁵¹⁶ El art. 182 de la LPL de 1995 establece que las “demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente.”

libertad frente a detenciones inconstitucionales, que el derecho a no sufrir indefensión⁵¹⁷.

Si ha generado desacuerdo en la doctrina el cómo debe articularse la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de carácter sustantivo, muchos más lo ha sido en relación con la posibilidad de que tal precepto, el 53.2 CE, sea aplicable a los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE, precisamente por las peculiaridades y paradojas que tal asunto pone en evidencia y a las que ya se ha hecho referencia anteriormente. Las posturas doctrinales sostenidas al respecto han tenido pocas notas de unanimidad.

Para algunos autores, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de carácter procesal debería llevarse a cabo a través de un procedimiento especial que fuera concreción de lo que dispone el artículo 53.2 CE. Desde estos planteamientos, se han propuesto varias formas de articular ese procedimiento, así como la competencia para su conocimiento. Aunque con dudas sobre si su propuesta es o no concreción de las exigencias derivadas del art. 53.2 CE, J. Gabaldón López propuso ya en el año 1994, la creación de un recurso de *amparo judicial* del que conocerían las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuyo objeto se circunscribiría al conocimiento de la lesión de los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 CE y que procedería contra las resoluciones judiciales que no fueran susceptibles de casación o de cualquier otro recurso⁵¹⁸. El procedimiento a través del cual se ventilaría, sería tan simple y sumario, que podría ser, según Gabaldón, desarrollo del art. 53.2 CE.

⁵¹⁷ Muchos han sido los autores que han subrayado este criterio. *Vid.*, entre otros, J. Gabaldón López, “¿Hacia un amparo judicial?”, *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XXVII, 1994, págs. 23-24; I. Díez-Picazo Giménez, “El artículo 53.2 de la Constitución...”, *cit.*, págs. 124-125; también, M^a. A. Catalina Benavente, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales...*, *cit.*, pág. 45 y ss; A. Martínez Escribano (“El marco constitucional del amparo judicial ordinario”, *cit.*, págs. 63-64) también ha resaltado la importancia de las diferencias entre los distintos derechos fundamentales como un criterio de primer orden para no apostar por una regulación uniforme de lo dispuesto en el art. 53.2.

⁵¹⁸ *Ibid.*, pág. 30. Los derechos que se podrían invocar y, en consecuencia, poder ser tutelados por los Tribunales Superiores de Justicia también los enumera el citado autor en la nota 20 del trabajo citado: “Tutela efectiva sin indefensión. Derecho al acceso al proceso y a los recursos, una resolución fundada y no arbitraria, sea o no favorable, a la ejecución de las resoluciones judiciales. La indefensión puede tener lugar si se dicta la sentencia sin la comparecencia o audiencia de la parte, en primera o segunda instancia, efecto en el cual se fundan multitud de recursos y que frecuentemente se origina por actos de comunicación defectuosa. Pero también, en el seno del proceso, por vulneración de otras formas de este derecho como la falta de defensa o de asistencia letrada, o de adecuada aplicación del principio acusatorio y de audiencia bilateral (falta de acusación o de adecuada formulación o traslado de la misma, etc.).

Derecho a un proceso con todas las garantías, la publicidad en primer término. El respeto al principio de la buena fe procesal, la subsanación de defectos procesales no esenciales. El derecho a la prueba y sus

También P. Sala Sánchez, siendo Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, propuso como desarrollo del art. 53.2, “arbitrar un procedimiento que podría, en líneas esenciales, reducirse a una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e Informe del Juez o Tribunal a quien se le atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de recursos de amparo deducidos frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales del correspondiente territorio que no fueran susceptibles de ulterior recurso. Las resoluciones susceptibles de casación, en sus distintas modalidades, encontrarían en estos recursos el amparo adecuado, dada su naturaleza de constituir los medios mediante los que se lleva a cabo la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las leyes. Las vulneraciones, por último, atribuidas a las distintas Salas del Tribunal Supremo en los asuntos que conocen en única instancia, podrían ventilarse ante la Sala del art. 61 LOPJ”.⁵¹⁹

Asimismo, G. Fernández Farreres también ha aportado una propuesta, eso sí, más orientada a resolver el problema del amparo que ha reforzar la tutela de los derechos del art. 24.1 CE⁵²⁰. El referido autor es partidario de crear una Sala especial o *ad hoc* en el Tribunal Supremo que conocería de un “amparo judicial ordinario” que procedería únicamente frente a las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) cuando su lesión fuera imputable a los órganos judiciales ordinarios y sólo en el caso de que se hubiesen agotado todos los recursos útiles para instar la reparación de la misma⁵²¹.

Esta tesis, la de dispensar al art. 24.1 CE la tutela específica del art. 53.2 CE, no sólo ha sido defendida por un sector doctrinal, sino que también ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional que, mostrando su hartazgo por tener que reparar lesiones de derechos fundamentales de carácter procesal cuya vulneración había sido incluso reconocida por el mismo órgano judicial que la causó, culpa al legislador “de la insuficiencia del desarrollo legislativo del artículo 53.2

derivados, como el derecho a la prueba pertinente, la inferencia lógica y fundada en la prueba de presunciones. El derecho a que el proceso no se vea obstaculizado por dilaciones indebidas... (...)”.

⁵¹⁹ *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, cit., págs. 30-31.

⁵²⁰ *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, publicado por la Fundación Alternativas, Documento de trabajo 58/2004, págs. 36 y ss.

⁵²¹ Según el autor, el procedimiento y los requisitos de admisibilidad del recurso podrían ser similares a los que se exigían para el acceso al recurso de amparo antes de la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Asimismo, considera que la intervención del Ministerio Fiscal sería preceptiva.

CE al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales la corrección de esas vulneraciones”⁵²². Este diagnóstico del TC también ha sido compartido por un importante sector doctrinal, que ha venido denunciando sistemáticamente la tardanza del legislador en dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 53.2 CE respecto a la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE.

Hay que resaltar que hubo un intento de regular un cauce de tutela de estos derechos que iba a ser considerado desarrollo del art. 53.2 CE. El frustrado anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1983 estableció en su art. 19 un instrumento para tutelar no sólo estos casos, sino cualesquiera otros en los que la vulneración de un derecho fundamental tuviera “su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional”. Dicho instrumento recibió en el anteproyecto la denominación de “recurso extraordinario de protección” cuyo conocimiento se atribuía al mismo órgano jurisdiccional que había causado la alegada vulneración del derecho fundamental⁵²³.

⁵²² STC 185/1990. No hay que considerar que tal queja es un hecho aislado, ya que ha sido reiterada en otras resoluciones. A modo de ejemplo se pueden ver las SSTC 188/1992 y 279/1992. En ésta última, el pesar del TC por la falta de respuesta del Legislador se percibe aún más: “Una vez más, este tribunal se ve obligado a entrar a conocer directamente de una queja por vulneración de derechos fundamentales originada en el ámbito de la jurisdicción penal ante la omisión del legislador de dar acabado cumplimiento al mandato expresado en el artículo 53.2 CE (STC 185/1990), sin que los Tribunales de Justicia hayan tenido, previamente, ocasión de reparar la, por lo demás, reconocida vulneración del derecho”.

⁵²³ El artículo 19 del Anteproyecto establecía:

“1. Contra las violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 1º de esta ley [los derechos a los que se refiere el art. 53.2] que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrá interponerse recurso extraordinario de protección ante el órgano del que proceda la violación alegada.

2. La interposición del recurso extraordinario suspenderá, hasta su resolución, el transcurso de los plazos establecidos para la presentación de los recursos ordinarios previstos en las leyes.

3. El recurso, que deberá concretar con precisión el derecho fundamental que se reputa conculcado se interpondrá en el plazo de veinte días a contar desde que se tuvo conocimiento de la resolución a la que se impute la violación del derecho. De no mediar resolución judicial expresa o tener origen en una omisión, podrá interponerse el recurso en cualquier momento del procedimiento.

4. El órgano judicial ante el que se interponga el recurso admitirá éste sin más trámite, y dará traslado del mismo a las partes, si las hubiere, y al Ministerio Fiscal, para que aleguen lo que estimen procedente en el plazo de tres días.

5. Transcurrido con o sin alegaciones el plazo previsto en el apartado anterior, el órgano judicial resolverá mediante auto en el plazo de cinco días.

6. Recaído el auto resolutorio del recurso extraordinario previsto en el apartado 1º de este artículo, cabrán contra él y contra la resolución que dio lugar al mismo los recursos ordinarios previstos en las leyes.

No obstante, quien considere que el auto o la resolución violan algún derecho fundamental recogido en el artículo 1º de esta Ley, podrá optar por presentar recurso de amparo constitucional de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la LOTC. En tal caso se entenderán agotadas todas las vías judiciales utilizables.

Esta previsión, que en mi opinión nos habría traído más problemas que soluciones, no deja de resultar curiosa, pues venía a instaurar como mecanismo de la tutela prevista en el art. 53.2 CE un recurso no devolutivo que goza de las notas típicas de los medios de impugnación. Es decir, se proponía como solución un verdadero medio de impugnación que venía a alterar, de algún modo, el devenir del proceso judicial legalmente establecido en las leyes procesales, en la medida en que se incardinaba su utilización con anterioridad al momento en que resultaba procedente la interposición de otros medios de impugnación regulados en las leyes procesales, en el supuesto, naturalmente de que éstos existieran. Se contenía así una doble red, no de acciones, sino de recursos o medios de impugnación, para atacar y reparar las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran sido producidas por los órganos jurisdiccionales. Finalmente y como cláusula de cierre para evitar un sinfín de recursos, el Anteproyecto preveía el amparo constitucional en aquellos casos en los que el auto resolutorio del recurso extraordinario de protección vulnerara derechos fundamentales. En este último supuesto, además, se dispensaba al recurrente de agotar todas las vías impugnativas antes de acudir al recurso de amparo constitucional.

Para otro sector de la doctrina, no resulta adecuado el hecho de crear cauces o procedimientos paralelos a aquellos en los que se produce la lesión del derecho fundamental. Lo más lógico o natural para estos autores es que las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión se ventilen a través de los medios de impugnación que legalmente procedan contra la resolución judicial que supuesta o realmente es vulneradora de alguno de estos derechos⁵²⁴. Hace ya bastantes años, uno de los más insignes procesalistas de nuestro país, al estudiar el sentido de la norma incardinada en el art. 53.2 CE, mostraba su perplejidad por la sola posibilidad de una “tutela jurisdiccional del derecho a la tutela jurisdiccional”, en la

7. Procederá igualmente lo prevenido en el apartado anterior cuando hubiesen transcurrido quince días desde la interposición del recurso y no hubiere recaído auto que lo resuelva”.

⁵²⁴ Son partidarios de esta tesis entre otros, J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., págs. 101, para quien el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE “no se acomoda objetivamente –cualquiera que haya sido aquí la intención del constituyente– para dar tutela frente a las infracciones de derechos causadas por la propia jurisdicción”; P. García Manzano, “Las vías judiciales previas al amparo”, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981, pág.1165; P. Sala Sánchez, *op. cit.*, pág. 30; M^a. A. Catalina Benavente, (*El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, cit., págs. 53-54) considera, entre otras exigencias que ahora no vienen al caso, que el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE “sólo debería ser aquel que tiene por objeto la tutela de derechos fundamentales vulnerados en la realidad extraprocesal”, ya que las vulneraciones cometidas en el seno de un proceso deberían ser reparadas a través de los medios de impugnación previstos por el legislador.

medida en que obligara a crear cauces judiciales especiales, preferentes y sumarios para tal fin⁵²⁵.

La postura del procesalista De la Oliva no ha sido una excepción. Una buena parte de los autores que se han ocupado de este asunto han llegado a conclusiones similares. Los motivos que llevan a la doctrina a concluir que la norma prevista en el art. 53.2 CE no es aplicable al derecho a la tutela judicial efectiva son de diverso orden. J. Jiménez Campo ha señalado en este sentido dos tipos de argumentaciones, una de carácter material y otra procesal, para llegar a tal conclusión. Respecto a la primera, ha apuntado que, a diferencia de lo que acontece en la jurisdicción constitucional, que cuando tutela los derechos fundamentales de carácter procesal distingue entre cuestiones de constitucionalidad y las de mera legalidad para salvaguardar un cierto margen de autodeterminación de los órganos judiciales ordinarios, no tiene sentido tal separación cuando quien protege tales derechos es el juez ordinario. Los derechos del artículo 24.1 no son “«separables» o aislables del orden garantizador que es, en su conjunto, el Derecho Procesal”, de ahí que no quepa dispensar “un tratamiento procesal singularizado para aquellos derechos como el que reclama, con carácter general, en el artículo 53.2”⁵²⁶. No obstante, para el caso de que tal conclusión no fuera acertada, también apunta otras razones, en este caso de tipo exclusivamente procesal, que también han sido manejadas por otros autores y que tienden a justificar que el sistema impugnatorio en su conjunto sea el adecuado para la tutela de estos derechos. Los principios de “economía procesal, la certeza del Derecho y, en definitiva, el buen sentido” desaconsejan establecer una doble red de recursos o vías impugnatorias contra actos del poder judicial que sean presuntamente vulneradores de estos derechos⁵²⁷.

⁵²⁵ Me refiero a A. de la Oliva Santos, que cierra su libro *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980, pág. 143 con las siguientes palabras: “De donde resulta que, si se descartase el recurso de amparo para el caso, debe existir, eso sí, la posibilidad de que el «derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales...» sea, a su vez, tutelado, a petición de «cualquier ciudadano» (y no, insistimos, de «todas las personas», como reza el artículo 24), por los «Tribunales ordinarios», con arreglo a un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

Contengámonos en los límites de un benévolo comentario. Pero no silenciamos la extraordinaria rareza de esta resultante *tutela jurisdiccional del derecho a la tutela jurisdiccional*, que únicamente cabría obviar estimando incluido en el artículo 24.1, lo que dispone el artículo 53, retorcimiento hermenéutico quizás admisible para no caer en las consecuencias que, con la Constitución en la mano, serían inevitables, pero también absurdas.”

⁵²⁶ *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, cit., pág. 103.

⁵²⁷ *Ibidem*. También son partidarios de esta tesis, C. Conde-Pumpido, “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, pág. 219; M^a. A. Catalina Benavente, *op. cit.*, pág. 53.

Otras posturas doctrinales, como la sostenida por J. García Morillo, están a caballo entre las dos apuntadas anteriormente. La trascendencia de la omisión del legislador a la hora de crear un cauce de tutela de los derechos fundamentales de carácter procesal debe relativizarse, según el mencionado autor, en la medida en que la citada vía procesal “no sería, en puridad, sino un recurso ordinario más; dotado de todas las características de preferencia y sumariedad que se quieran, sí, pero no dejaría por ello de ser un recurso ordinario ante las instituciones judiciales ordinarias”⁵²⁸. En el fondo, la propuesta de García Morillo no se distancia mucho de la que antes se apuntó respecto a la sostenida por el TC. Éste, a la hora de concretar en qué consiste el desarrollo del art. 53.2 CE para la tutela de los derechos de carácter procesal, ha señalado expresamente a “un recurso jurisdiccional”⁵²⁹.

Hay que atender a la posición mantenida por I. Díez-Picazo Giménez, ya que, en mi opinión, es el autor que más acertadamente ha tratado este asunto. Según el reputado profesor, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales contenidos en el art. 24.1 CE “se debe canalizar a través de los distintos medios que establecen las leyes procesales”, entre los que cabe citar “los recursos ordinarios y extraordinarios, devolutivos y no devolutivos, medios de rescisión de la cosa juzgada, excepciones, específicos trámites de oposición u otros incidentes específicos”⁵³⁰. Aunque admite, en pura teoría, que las vulneración de los derechos producidas por órganos judiciales podrían dar lugar a un proceso autónomo de aquel en el que se produjeron, afirma que este tipo de lesiones tienen que encauzarse a través de los mecanismos procesales previstos en las leyes procesales, “por la sencilla razón de que las vulneraciones de derechos fundamentales son también infracciones objetivas de la legalidad procesal y tienen, en consecuencia, su propio *tratamiento procesal*, esto es, un específico sistema para poner de manifiesto en el proceso la infracción y ponerle remedio”⁵³¹. Un tratamiento unificado, mediante la creación de un procedimiento *ad hoc* para conocer de este tipo de vulneraciones está conducido al fracaso ya que “el hecho de que estas infracciones vengán vetadas por la norma de mayor rango no altera la heterogeneidad de las mismas, que es lo que hace impensable reconducir a la unidad lo que la técnica

⁵²⁸ *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994, pág. 193.

⁵²⁹ *Vid.* STC 185/1990. Tal apelativo hay que entenderlo en un sentido amplio, comprensivo también de las acciones de rescisión de la cosa juzgada, pues el TC no ha dejado de señalar tanto la acción de rescisión como la audiencia al rebelde como mecanismos adecuados para interesar la tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE.

⁵³⁰ “El art. 53.2 de la Constitución...”, cit., pág. 155.

⁵³¹ *Ibíd.*, pág. 155.

(y en sentido común) ha diversificado”⁵³². Estas consideraciones, sin embargo, no han restado un ápice la convicción del autor acerca de la necesidad de proteger jurisdiccionalmente los derechos insertos en el art. 24.1 y la necesidad de que estos gocen de la tutela prevista en el art. 53.2. Esta tesis no es en absoluto contradictoria con el hecho de que no crea conveniente la instauración de un proceso específico para la tutela de estos derechos. La tutela que el art. 53.2 CE exige en estos casos, aunque el autor no lo diga expresamente, es la que mejor sirve a la defensa de estos derechos y no es otra que la de la utilización de los distintos mecanismos procesales de los que dispone la legislación procesal. En este sentido, hay poco que inventar, pero inevitablemente, si convendría modificar o rescatar algunos de los institutos procesales para que sirvan mejor a esta finalidad.

Las propuestas consistentes en crear un procedimiento *especial* o *ad hoc* de tutela de derechos fundamentales de carácter procesal, a mi modo de ver, plantean muchos problemas, si tal cometido se entiende en el sentido de iniciar un nuevo proceso paralelo al que se produce la lesión del derecho fundamental. Además de los apuntados por la doctrina y expuestos anteriormente, hay que tener en cuenta, además, que en no pocos casos la lesión del derecho procesal es absolutamente inseparable de los derechos que estaban siendo objeto de tutela en el proceso en el que se produce la lesión de alguna de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva. Este hecho hace aún más difícil que se prevea un nuevo procedimiento judicial para el conocimiento únicamente de las lesiones del derecho fundamental inserto en el art. 24 CE.

Dicha opción, desde luego, sería una salida a tomar seriamente en cuenta, en el hipotético caso de que el legislador decidiera suprimir todos los recursos y acciones de rescisión o anulación de las resoluciones judiciales existentes, opción legislativa que ha sido tildada de compatible con la Constitución por parte del TC en numerosísimos recursos de amparo, como se ha tenido oportunidad de ver cuándo se ha expuesto el diseño que el TC ha realizado del derecho a los recursos⁵³³. A no ser que se considerara que las vías recursivas o impugnativas o las acciones rescisorias y anulatorias de la cosa juzgada son los verdaderos y *únicos* cauces, en la mayoría de los casos, a través de los que el legislador puede dar cumplimiento al mandato previsto en el art. 53.2 CE para la tutela de los derechos del art. 24.1, tesis ésta que, como se verá más adelante, es la que creo más acertada. Como se ha visto anteriormente, el frustrado anteproyecto del

⁵³² *Ibid.*, pág. 156.

⁵³³ *Vid.*, en este mismo capítulo la configuración que el TC ha realizado del derecho a los recursos.

año 1983, así lo entendió, ya que el tipo de procedimiento especial no era otra cosa que un recurso. De ser esto así, habría que matizar, o más aún, rectificar la conclusión a la que llega el TC en relación con el derecho a los recursos y su vinculación o no al legislador.

Desde mi punto de vista, el criterio más razonable de los que se han expuesto es el que descarta la obligación de abrir un nuevo proceso para reparar las lesiones de la tutela judicial efectiva acaecidas en el curso de otro proceso. Téngase en cuenta que en muchos casos, la infracción de los derechos del art. 24.1 CE está tan íntimamente conectada con el fondo del asunto que no sería ni razonable ni coherente alumbrar otro proceso para instar la protección de aquellos derechos. Lo lógico o natural, sería que las infracciones de los derechos insertos en el artículo 24.1 fueran depurados en el mismo proceso en el que se vulneraron o, en caso de no permitirlo así el ordenamiento procesal, a través de acciones de rescisión o anulación de la cosa juzgada, es decir, privando de los efectos de la cosa juzgada a una resolución judicial que no puede considerarse concreción del proceso debido por haberse dictado sin las garantías necesarias. Si a estas últimas se les quiere dar el calificativo de “amparo judicial ordinario” o de “acciones para la tutela de derechos fundamentales de carácter procesal” que son desarrollo del art. 53.2 CE creo que no habría inconveniente, ya que, como se ha señalado antes, la tutela judicial que reclama el citado precepto es la más eficaz y ésta es la que se dispensa a través de determinados mecanismos procesales, especialmente los medios de impugnación y las acciones de rescisión de la cosa juzgada. Otra cosa es que las acciones rescisorias (la revisión y la audiencia al rebelde) no hayan sido hasta ahora, por decisión del legislador, medios idóneos para dejar sin efecto resoluciones judiciales vulneradoras de los derechos del art. 24.1 CE. En todo caso, lo importante es que el ordenamiento jurídico tenga tales cauces o vías al margen del *nomen iuris* que les quiera atribuir.

Como se expondrá más adelante, así lo consideró también el legislador en el año 2000 en el momento de renovar una de las leyes más importantes del ordenamiento jurídico en su conjunto y, especialmente, del procesal. En efecto, según se afirma en la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 “sería del todo ilógico que a su eventual vulneración [de los derechos insertos en el 24.1 CE] respondiera el Derecho previendo, en el marco de la jurisdicción ordinaria, tanto uno o varios procedimientos paralelos como un proceso posterior a aquel en que tal violación se produzca y no sea reparada.

Es patente que con lo primero se entraría de lleno en el territorio de lo absurdo. Y lo segundo supondría duplicar los procesos jurisdiccionales”.

3. Los medios de impugnación: cauces necesarios para la reparación de la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 CE.

Partiendo del presupuesto, creo que incuestionable o al menos difícil de rebatir, de que los derechos fundamentales deben gozar de tutela judicial para poder ser simplemente *derechos*⁵³⁴, los recursos, remedios y las acciones autónomas de rescisión y anulación constituyen los mecanismos *esenciales y necesarios*, aunque no únicos, para la protección de los derechos procesales contenidos en el art. 24.1 CE cuando éstos han sido vulnerados por los órganos judiciales ordinarios.

Esta parece haber sido la opción del legislador, al incorporar en el art. 240 LOPJ, el mandato según el cual “la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinan efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”⁵³⁵. Es cierto que tal previsión engloba sólo algunas lesiones de los derechos enunciados en el art. 24.1 CE, dado que este precepto constitucionaliza más derechos que la sola prohibición de indefensión. No obstante, los desajustes y las incoherencias en las que ha incurrido el legislador a la hora de regular tanto las causas de nulidad, como las acciones o procedimientos tendentes a su declaración serán objeto de análisis en el siguiente capítulo, al que me remito en este punto.

Al margen de lo que establece el precepto, no es difícil concluir que la tutela de los derechos del art. 24.1 CE deba llevarse a cabo a través de los medios de impugnación en los casos en los que ha recaído resolución definitiva y respecto de los que el ordenamiento prevé mecanismos tendentes a su impugnación, o de acciones de rescisión o anulación de las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza y que, en consecuencia, sean ya inatacables. Esta afirmación es de carácter general, en la medida en que opera respecto a la mayoría de los casos en los que se emite una

⁵³⁴ Vuelvo a traer a colación las palabras de J. Jiménez Campo en *Derechos Fundamentales, Concepto y garantía*, cit., pág. 23.

⁵³⁵ Los casos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho están enumerados en el art. 238 LOPJ.

resolución judicial definitiva o firme. En efecto, pueden existir supuestos en los que la forma de tutelar determinadas vertientes de los derechos enunciados en el artículo 24.1 CE no pase necesariamente por la necesidad de variar, anular o rescindir el fallo. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que se produce una incongruencia omisiva respecto de las pretensiones o alegaciones sustanciales de las partes. En estos casos, la protección y reparación del derecho podría dispensarse sin necesidad de modificar lo dispuesto en el fallo a través de un incidente que tenga por objeto complementar la resolución incompleta⁵³⁶. Ahora bien, los casos en los que es posible reparar el derecho vulnerado sin alterar de alguna manera lo dispuesto en el fallo son sólo algunos, por lo que puede afirmarse, con carácter general, que la reparación de los derechos del art. 24.1 CE en los que haya incurrido una resolución judicial sólo puede llevarse a efecto a través del sistema impugnativo. Las especiales características de las que está revestida la función jurisdiccional no parecen dejar otra opción.

En primer lugar, porque resulta complicado –por no decir imposible— residenciar la garantía jurisdiccional del derecho a la tutela judicial en órganos que no actúen jurisdiccionalmente. Las propias características de las que está revestida la función jurisdiccional así parecen exigirlo. Es al órgano judicial al que, en virtud de su independencia, le corresponde decir el Derecho en los estadios finales del proceso de creación y aplicación del Derecho⁵³⁷. Si esto es así con carácter general, aún con más motivo lo será cuando de lo que se trata es de revisar, revocar, rescindir o anular el último (o penúltimo, según se mire) eslabón existente en la cadena del proceso de creación y aplicación del Derecho. No tendría absolutamente ningún sentido atribuir esta función ni al ejecutivo⁵³⁸, ni al legislativo. Es más, podría considerarse inconstitucional que el legislador atribuyera, a través de vías excepcionales, la

⁵³⁶ Como se verá en el próximo capítulo, se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico procesal un incidente que tiene por objeto completar y subsanar resoluciones judiciales. Ahora bien, como se verá, la ley no es del todo clara a la hora de establecer si a través de tal complemento puede modificarse o no el sentido del fallo.

⁵³⁷ Vid. J. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, cit., págs. 200-201

⁵³⁸ Dejando a un lado los supuestos excepcionales y con difícil explicación en nuestro sistema, del derecho de gracia. No obstante, éste no se activa como consecuencia del error en el que haya incurrido el órgano judicial, sino en atención a otros factores. Por tanto, no debe ser concebido como un instrumento al servicio de la tutela de los derechos del art. 24.1 a los que me he venido refiriendo. Vid. C. Aguado Renedo, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, 2001.

posibilidad de que el Jefe del Estado o el poder ejecutivo dejaran sin efecto sentencias civiles, laborales o contencioso-administrativa que fueran firmes⁵³⁹.

Por otro lado, por las propias características de las resoluciones judiciales. Éstas gozan de unos niveles de irrevocabilidad importantes, ya que tienen, a diferencia de otras resoluciones emanadas del poder público, de la “fuerza de cosa juzgada”⁵⁴⁰. En concreto y respecto de las resoluciones judiciales que son objeto de estudio en la tesis – las definitivas pero impugnables y las firmes y en consecuencia inatacables— sólo pueden ser modificadas o alteradas a través del sistema de recursos legalmente establecidos –las primeras— o a través de las acciones de rescisión o anulación –las segundas—. Así se establece con carácter general en el art. 18 LOPJ, que prevé que “las resoluciones judiciales sólo se podrán dejar sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes”⁵⁴¹. En efecto, una vez que una resolución judicial ha devenido firme desde una perspectiva formal por no disponer el ordenamiento jurídico de más instrumentos para ser impugnada, sólo puede ser rescindida o anulada por los propios órganos judiciales a través de las acciones autónomas de rescisión o de anulación⁵⁴². Tales acciones, denominadas en ocasiones como recursos por parte del legislador, se han considerado por un sector de la doctrina como “remedios jurisdiccionales contra sentencias firmes”⁵⁴³. Una vez que se produce el fenómeno conocido con el *nomen* de cosa juzgada formal, la resolución judicial deviene firme y es, en consecuencia, inatacable. Aunque la cosa juzgada formal despliega sobre todo sus efectos “ad *intra*” del proceso, puede tener repercusión también “ad *extra*”. Es el caso, tal y como apunta De la Oliva, de la acción de revisión o la audiencia al rebelde⁵⁴⁴. Fuera de estos remedios contra la cosa juzgada, no hay posibilidad de dejar una resolución judicial sin

⁵³⁹ *Vid.*, en este sentido T. Rubio Garrido, “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, pág. 289. No obstante, esta posibilidad, tal y como manifiesta el autor referido, con cita a Pugliese, resultó habitual en otros periodos históricos.

⁵⁴⁰ Con la excepción de las emanadas por otros órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, como el TC.

⁵⁴¹ Tal y como se ha expuesto anteriormente, tal afirmación encuentra su única excepción en el apartado 3º del mencionado artículo, que prevé expresamente que lo dispuesto en sus ordinales anteriores, “se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”.

⁵⁴² Naturalmente, también serán firmes aquellas resoluciones judiciales que, a pesar de contemplar el ordenamiento jurídico medios para ser impugnadas, no se utilizan por las partes legitimadas al efecto.

⁵⁴³ Así las califica A. de la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada. Civil, Contencioso-Administrativa y penal, con examen de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, pág. 22.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 22.

efecto salvo, naturalmente, que se impetire la protección del Tribunal Constitucional⁵⁴⁵. Pero como ya se ha dicho, el acceso a este órgano no está cubierto por el art. 24.1 CE, que lo que garantiza es la tutela *judicial* de los derechos e intereses legítimos, por más que alguna resolución del TC se refiera al “derecho al amparo”⁵⁴⁶.

Además de la firmeza —entendida como cosa juzgada formal—, pueden producirse los efectos típicos que despliega la cosa juzgada material, lo que se traduce en la “inatacabilidad indirecta o inmediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad”⁵⁴⁷. Es evidente que ésta se proyecta sobre todo *ad extra* del proceso en el que ha sido dictada. Así comprendida, la cosa juzgada material no sólo tiene una vertiente o vinculación negativa, en la medida que impide que el mismo asunto pueda ser conocido en un nuevo proceso, sino también positiva, ya que obliga a otros órganos jurisdiccionales a aceptar lo resuelto en la resolución judicial inatacable con motivo del conocimiento de un nuevo asunto no idéntico al ya resuelto y, en consecuencia, firme⁵⁴⁸. Como es sabido, este último efecto que despliega la cosa juzgada no es predicable de todas las resoluciones judiciales inatacables o inimpugnables, es decir, firmes desde un punto de vista formal. La doctrina sigue manteniendo importantes divergencias en cuanto a las resoluciones que gozan de este efecto⁵⁴⁹. Pero no es éste el lugar para profundizar en este asunto. Lo que sí debe quedar claro es que, por las propias características de las resoluciones judiciales no es posible reproducir en nuevo juicio lo ya resuelto en otro idéntico, ni siquiera con el argumento de que la resolución judicial recaída en este último proceso era vulneradora de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Las

⁵⁴⁵ No así la protección internacional, puesto que las resoluciones del TEDH no tienen efectos anulatorios o rescisorios de las resoluciones judiciales vulneradoras de los derechos reconocidos en el CEDH.

⁵⁴⁶ A pesar de que es un asunto controvertido, comparto la tesis de J. Jiménez Campo (derechos fundamentales... cit., pág. 115) en relación con la necesaria subsidiariedad del recurso de amparo, al exigirlo así los arts. 24.1 y 123.1 CE. A tal efecto ha señalado: “El artículo 24.1, por su parte creo que haría ilegítima la norma de ley que, sin fundamento constitucional suficiente, situara al amparo constitucional como cauce único y necesario para la defensa juidiccional de detrmnados derechos e intereses legítimos. La ley que así hiciera privaría, sin duda, del derecho a la tutela «judicial» efectiva. Dicho de manera abreviada: el art. 123.1 impide el modelo del amparo «alternativo»; el artículo 24.1, el del amparo «necesario», como sucedáneo del derecho constitucional a la tutela judicial”.

⁵⁴⁷ J. Guasp, *Derecho Procesal Civil I*, 3ª ed., Madrid, 1968, pág. 553.

⁵⁴⁸ Tal vinculación sólo podrá tener lugar en aquellos casos en los que, aun no siendo el segundo proceso repetición del primero, formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en la primera sentencia.

⁵⁴⁹ *Vid.*, en cuanto a las distintas posturas doctrinales existentes referidas a qué tipo de resoluciones judiciales despliegan los efectos de la cosa juzgada material, A. de la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., págs. 36-54.

posibilidades de modificación de lo ya decidido en un pleito por sentencia firme no sólo se arruinan para el órgano emisor de la resolución, sino también para el resto de órganos judiciales. Instar tal posibilidad debería necesitar previamente una rescisión o anulación de la resolución judicial inconstitucional. Por ello precisamente, es por lo que se hace muy difícil, por no decir imposible, articular la tutela judicial de los derechos del art. 24.1 en otro tipo de mecanismos que no sean los recursos y las acciones de rescisión o anulación.

Además, lo dicho hasta ahora no es sólo un principio o efecto procesal, sino que se ha convertido también en una proyección más del derecho a la tutela judicial efectiva. Como no podía ser de otro modo, el TC ha incluido “la cosa juzgada” como una proyección o vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva. No sólo afirmando la inatacabilidad de las resoluciones judiciales firmes, sino también reconociendo los efectos que produce la cosa juzgada material en los casos en los que existe prejudicialidad⁵⁵⁰. Desde esta perspectiva, el TC ha manifestado hasta la saciedad que las resoluciones judiciales sólo podrán ser modificadas o alteradas a través de los medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico aun en el caso de que sean absolutamente erradas⁵⁵¹. Desde esta perspectiva, obviar lo establecido en una resolución judicial firme bajo el argumento de su contradicción con la Constitución o de cualquiera de sus preceptos “podría suponer lesión al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva de, como mínimo, una de las partes procesales y, en todo caso, también una derogación injustificada de exigencias constitucionales de la propia Administración de Justicia”⁵⁵².

Naturalmente, el hecho de que algunos aspectos o consecuencias de la cosa juzgada se hayan elevado, por obra del TC, a la categoría de derecho fundamental, debe conectarse con la *efectividad* del derecho. Las controversias judiciales, del tipo que sean, deben tener algún día su término con el fin de que queden clarificados los derechos jurídicos que han sido objeto de debate en el proceso. Un ordenamiento que no permite que sus litigios no tengan fin, no sólo no dispensa una tutela judicial

⁵⁵⁰ Véase lo expuesto al respecto al comienzo de este capítulo.

⁵⁵¹ Y aunque el TC no lo diga expresamente por utilizar un concepto del término recurso o medio de impugnación excesivamente amplio, también hay que entender incluidas las acciones de rescisión y anulación de la cosa juzgada si el ordenamiento procesal así lo permite.

⁵⁵² T. Rubio Garrido, “Cosa Juzgada y tutela judicial efectiva”, cit., pág. 303.

efectiva a los ciudadanos que la impetran sino que tampoco permite a su ordenamiento jurídico sobrevivir⁵⁵³.

Ahora bien, el hecho de que en algún momento haya que poner punto final al proceso de aplicación del derecho y que por ello las causas que deban dar lugar a la revocabilidad de las resoluciones judiciales deban establecerse con prudencia por el legislador, no debe debilitar las propias exigencias de tutela judicial de, al menos, los otros contenidos mínimos, distintos a la cosa juzgada, garantizados en el art. 24.1 CE. Si un determinado ordenamiento jurídico optara por establecer un proceso de instancia única para todos los procesos, en cuyo caso no podrían corregirse a través de los medios de impugnación las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, deberían abrirse las posibilidades de rescisión o anulación a los supuestos en los que las resoluciones judiciales no respetaran las mínimas garantías para entender que la resolución emanada del proceso responde a la idea de proceso constitucionalmente garantizada. Establecer en estos casos una irrevocabilidad absoluta, equivaldría a privar de tutela a los derechos del proceso.

Como se verá en el capítulo siguiente, el ordenamiento jurídico procesal español ha tenido serias lagunas en este sentido. Quizás esto se deba, principalmente a dos tipos de consideraciones. Por un lado y como ya se ha dicho en alguna otra ocasión, porque el TC ha declarado de forma sistemática que de la Constitución no se deriva un derecho a los recursos –entendidos éstos en un sentido genérico, incluyendo también las acciones autónomas de rescisión y anulación de la cosa juzgada—. Por otro, por la importancia desmedida que históricamente ha tenido la cosa juzgada en nuestra cultura jurídica y que, sin duda, hemos heredado. Ésta, la cosa juzgada, ha sido la única institución procesal que ha sido tildada de “santa” y en estos mismos términos de santidad se han referido a ella nuestras altas instancias jurisdiccionales, incluido el TC⁵⁵⁴. Obtener una resolución firme e inatacable ha sido para muchos procesalistas la meta final y el objetivo no sólo del proceso, sino también del ordenamiento jurídico mismo y de ahí que se haya dicho, con razón, que la cosa juzgada es capaz de convertir lo negro en blanco y lo blanco en negro. Me parece que, aunque ya hace tiempo que se dejó atrás esta concepción, ha llegado el momento de avanzar en esa línea con el fin de

⁵⁵³ *Vid.*, en este sentido, entre nosotros, J. L. Requejo Pagés, (*Jurisdicción e independencia judicial*, cit. pág. 139) quien afirma que “No hay sentencias firmes porque el ordenamiento jurídico quiera vencer, sino porque quiere sobrevivir”.

⁵⁵⁴ También el propio TC ha hecho expresamente alusión a la “santidad de la cosa juzgada”, entre otras en las SSTC 108/1985, 15/1986, 167/1987.

salvaguardar otros derechos constitucionalmente reconocidos, como puede ser la posibilidad de anulación o rescisión por parte de los órganos judiciales de una resolución judicial que no cumple con las mínimas garantías que se derivan de lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, lo que debe conducir a un ejercicio de ponderación por parte del legislador a la hora, no sólo de diseñar los medios de impugnación, sino también de regular las causas que pueden dar lugar a la rescisión de las resoluciones judiciales firmes. El modelo de proceso constitucionalmente impuesto no sólo atiende a obtener, a toda costa y de cualquier manera, una resolución judicial intangible y de obligado cumplimiento. Por el contrario, contiene mandatos que deben ser respetados en todo tipo de procesos. A pesar del excesivo ensalzamiento del que ha sido objeto la “santidad de la cosa juzgada”, no toda la doctrina procesalista ha sido partícipe de esta idea. Autores de la talla de Chiovenda han puesto de relieve que la autoridad de la cosa juzgada no es un bien en sí mismo: se justifica por razones de utilidad y oportunidad, pero no puede alzarse en valor absoluto frente a otros bienes jurídicos que han de informar la actuación procesal. Por ello el gran jurista italiano afirma que “nada tiene de irracional en sí mismo el hecho de que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada”⁵⁵⁵. También, entre nosotros, A. de la Oliva ha sido especialmente crítico con la ideología de la que se ha revestido la llamada santidad de la cosa juzgada⁵⁵⁶.

Una lectura sistemática de la Constitución y de los distintos bienes y derechos incluidos en su artículo 24.1 puede hacer que, en determinados casos, deban prevalecer sobre los bienes que trata de proteger la cosa juzgada otros derechos que han de ser respetados *en todo caso* para poder afirmar la existencia de un proceso en sentido constitucional. Así, “si evitar la indefensión exige que una resolución deba carecer de cosa juzgada o pueda ser contradicha por otra posterior, nada podrá objetarse con sólo argumentaciones eficientistas o de pretendida racionalidad jurídica” que están bajo el cobijo de la cosa juzgada⁵⁵⁷.

Todo lo anterior apunta a que el modo de reparar las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva en las que hayan incurrido las resoluciones judiciales debe tutelarse, bien a través de los recursos —en los casos en los que tales decisiones sean definitivas— o de acciones de rescisión o anulación de la cosa juzgada, en aquéllos en

⁵⁵⁵ J. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal civil*, T. II, cit. pág. 544.

⁵⁵⁶ Una crítica a la citada locución y a la ideología que esconde puede verse en *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Barcelona, 1988, pág. 162 y ss.

⁵⁵⁷ T. Rubio Garrido, *op. cit.*, pág. 286.

los que hayan adquirido firmeza. Por supuesto, esto no impide admitir que existan otros instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico procesal para ello, pero hoy por hoy, son los menos y sólo resultan aplicables y por ello eficaces en aquellos casos en los que aún no se ha dictado una resolución judicial que pone fin al procedimiento judicial, con la salvedad de lo que se ha indicado previamente en los casos en los que existe incongruencia omisiva.

Como se ha visto con anterioridad, al dar cuenta del contenido constitucionalmente declarado del art. 24. 1 CE, el TC realiza un control importantísimo no sólo sobre el respeto de los citados derechos durante la sustanciación del proceso, sino que buena parte del control recae, precisamente, sobre el producto de éste. Desde el momento en que éste, esto, es la sentencia o la resolución que pone fin al pleito, es esencial a la hora de determinar si se respetó o no el contenido del artículo 24.1 CE, tiene mucho interés prestar atención a las herramientas que el ordenamiento jurídico dispensa para privar de los efectos de cosa juzgada a aquéllas resoluciones judiciales que no se ajustan a los cánones de constitucionalidad que se derivan de lo dispuesto en la doctrina constitucional. No tiene ningún sentido o, al menos resulta poco incoherente, que la resolución judicial tenga un peso absolutamente esencial a la hora de determinar si se vulneraron o no derechos constitucionales y que no existan mecanismos que tiendan a dejar sin efecto de cosa juzgada aquellas resoluciones judiciales contrarias a la tutela judicial efectiva y más aun si esa contrariedad con la Constitución se debe a la actuación del poder público. Esta situación es, como poco, incoherente. Un sistema que pone tanto énfasis en el control de la decisión judicial debería tener cuanto menos instrumentos o herramientas que permitan la declaración de nulidad de la resolución vulneradora de derechos fundamentales a los propios órganos judiciales ordinarios.

4. La existencia de medios de impugnación: un derecho frente al legislador derivado de la Constitución.

Es de sobra sabido y así se ha dicho en páginas anteriores, que nuestro Tribunal Constitucional no ha considerado que de la Constitución se derive el derecho a la existencia de recursos. Hasta tal punto ha sido así, que ha afirmado de forma tajante que sería incluso imaginable, posible y real que todos desaparecieran por así

considerarlo el legislador, salvo en el orden penal⁵⁵⁸. Sólo respecto de éste último orden jurisdiccional se ve compelido el legislador a crear medios impugnativos y sólo para que el condenado puede someter a un Tribunal superior tanto la condena como la pena impuesta. La posición del Alto Tribunal ha sido apoyada de forma mayoritaria por la doctrina. Es más, algunos autores han considerado incluso que fue un exceso del Tribunal Constitucional incluir tal derecho como una proyección del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁵⁹.

Una minoría, por el contrario, ha criticado la doctrina del TC según la cual de la Constitución no se deriva un derecho a los recursos, con la salvedad de lo ya dicho respecto al orden penal. Las críticas doctrinales no han sido unidireccionales. Mientras que un grupo de autores rechazan de plano tales conclusiones por los graves perjuicios que ello comportaría para nuestro sistema judicial, otros creen que una lectura sistemática de la Constitución obligaría al legislador a instaurarlos con el fin de garantizar cierta igualdad en la aplicación de la ley. Entre los primeros, J. Garberí ha censurado la doctrina del TC porque supondría ni más ni menos que la supresión del derecho mismo a los recursos o, al menos, su pérdida de vigencia, en el caso de que el legislador decidiera llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del TC a propósito de este derecho⁵⁶⁰. Garberí achaca esta situación a la impropia o inadecuada inserción del derecho a los recursos en el apartado 1º del artículo 24 CE. Según el procesalista, el derecho a los recursos debería haberse derivado de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 24 y, más concretamente, como una vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías. Los medios de impugnación son, “en realidad una *garantía esencial del proceso* (una garantía del acierto judicial en la resolución de las controversias, una garantía frente al arbitrio y el voluntarismo judicial, una garantía para el justiciable que ve en ellos un elemento que hace del proceso un instrumento más

⁵⁵⁸ La cita concreta, incluida por primera vez en la STC 37/1995 dictada por el Pleno, establece: “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le da cada una de (las) leyes de enjuiciamiento reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales, sin que, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, *siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no exista, salvo en lo penal*”

⁵⁵⁹ Vid. en este sentido P. Cruz Villalón, “El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador”, *Los procesos constitucionales*, P. Cruz Villalón, J. Jiménez Campo y J. López Guerra, Madrid, 1992, págs. 118-119.

⁵⁶⁰ *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2008, pág. 136-137.

fiable y seguro)”⁵⁶¹. Su supresión no hace otra cosa que cercenar garantías de los litigantes.

Entre los segundos, destaca J. L. Requejo Pagés. Dicho autor considera que la doctrina del TC no es respetuosa con una interpretación sistemática de los arts. 9.3, 14 y 24 CE, ya que “de ella resultaría, contra lo afirmado por el Tribunal, que el legislador está obligado, constitucionalmente, a instaurar un sistema de recursos judiciales que haga posible la efectiva realización del principio de igualdad en la aplicación de la ley en todos los órdenes jurisdiccionales”⁵⁶². Además de los argumentos aducidos por J.L. Requejo Pagés, podría considerarse incluso, que la exigencia de que existan recursos se deriva también de una lectura sistemática de los arts. 9.3, 14, 24 y 123.1 CE. En la medida en que este último precepto considera al Tribunal Supremo como órgano superior en todos los órdenes –con la salvedad de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales— podría afirmarse la necesidad de que éste realizara funciones casacionales.

Aunque quizás desde estas perspectivas sea posible concluir también que de la Constitución se deriva un derecho a los recursos, me centraré únicamente en la que me interesa a efectos del presente trabajo.

Las posiciones doctrinales a propósito de si el ordenamiento necesita de los medios de impugnación para la tutela y salvaguarda de los derechos del art. 24.1 CE han sido escasas. A pesar de que con carácter general se admite que los recursos (ahora sí, los recursos, no las acciones de impugnación consideradas de forma genérica) son los mecanismos a través de los cuales se tutelan las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva, han sido muy pocos los autores que han extraído consecuencias jurídicas de ello⁵⁶³.

⁵⁶¹ *Ibíd.*, pág. 137.

⁵⁶² “El derecho de acceso a los recursos”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, vol. I, dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, Pamplona, 1998, pág. 425. Según Requejo esta tesis viene avalada también por la concurrencia de otros factores que impiden garantizar una cierta unidad en la aplicación de la ley. Entre otros, el hecho de que nuestro sistema judicial esté presidido por el principio de independencia y no por la vinculación al precedente, los débiles test de constitucionalidad aplicados por el TC a la hora de controlar el sometimiento al juez de sus propios precedentes deben obligan instaurar otros mecanismos que tiendan a asegurar que las previsiones normativas se aplican con cierta igualdad, de tal manera que sea posible obtener identidad de soluciones judiciales a identidad de supuestos litigiosos. El sistema de recursos, que debe existir en todos los órdenes jurisdiccionales, ha de procurar reducir a la unidad una pluralidad de criterios interpretativos.

⁵⁶³ *Vid.*, por ejemplo, en este sentido D. Córdoba Castroverde (“El amparo judicial en lo contencioso-administrativo”, *op. cit.*, pág. 292) quien ha señalado que “[E]l remedio frente a las eventuales lesiones de derechos fundamentales causadas por los órganos judiciales son los recursos legalmente previstos, y a falta de éstos, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Asimismo, I. Borrajo Iniesta

Entre los que sí lo han hecho, destaca J. Jiménez Campo. A pesar de que no ha criticado expresamente la doctrina mantenida por el TC, sí se deriva de sus afirmaciones que de la Constitución se desprende un derecho frente al legislador a que existan vías de rescisión de las resoluciones judiciales en aquellos casos en los que vulneren las garantías mínimas establecidas en el art. 24.1 CE, en especial en los supuestos de indefensión⁵⁶⁴. También J. Pérez Royo se ha mostrado contundente a la hora de criticar la doctrina constitucional que niega que el legislador deba instaurar un sistema de recursos en todos los órdenes jurisdiccionales salvo en el penal. Los motivos que le llevan a ello son de doble orden. Por un lado, porque la falta de previsión de medios de impugnación haría incontrolable la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y en consecuencia también de los órganos judiciales, constitucionalizada en el art. 9.3 CE. Por otro, porque la implantación de la única instancia “vacía parcialmente de contenido algunas de las exigencias constitucionales en el ejercicio de la función jurisdiccional como la motivación de las sentencias (art. 122 CE)”⁵⁶⁵. Con base en estas razones, J. Pérez Royo apela a que la única instancia no pueda ser admitida de manera general: “Puede ser la excepción, pero no la norma”⁵⁶⁶. Naturalmente, las consecuencias que extrae de tal tesis es que el art. 24.1 CE sí vincula al legislador y le obliga a establecer un sistema de recursos que permitan tanto el control del arbitrio judicial como la reparación de algunas facetas o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva, en especial el derecho a la motivación de las

(“Reflexiones acerca..., cit., pág. 34) ha señalado que “el modo natural de remediar cualquier vulneración constitucional que hubiera podido producirse consiste en el propio recurso contra la sentencia”. También lo ha puesto de manifiesto P. Sala Sánchez (*La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales, Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial en el solemne acto inaugural del año judicial*, Madrid, 1994, pág. 36) al afirmar que las lesiones del art. 24.1 CE deben tener lugar en el proceso mismo “principalmente mediante el régimen de recursos previsto en las leyes”. También en este sentido P. Pérez Tremps (“Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente con el legislador”, *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, vol. II, pág. 1657) ha afirmado: “Cuando la lesión procede de órganos judiciales, no existen mecanismos específicos de garantía, sino que son los recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento jurídico establece los que deben servir para obtener la reparación. Y ello es predicable tanto de lesiones *in iudicando* como *in procedendo* y, en consecuencia, tanto de derechos sustantivos como de garantías procesales”.

⁵⁶⁴ A tal efecto y como ya se ha señalado anteriormente, J. Jiménez Campo (*Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, cit., pág. 104) afirma que “el ordenamiento sí debe, cuando menos, habilitar vías extraordinarias para la rescisión de la cosa juzgada cuando sólo de ese modo sea reparable la indefensión padecida”. En sentido parecido, T. Rubio Garrido, *op. cit.*, pág. 286.

⁵⁶⁵ *Curso de Derecho Constitucional*, 12ª ed. Revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán, Madrid, 2010, pág. 386.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 386.

resoluciones judiciales⁵⁶⁷. No obstante, a pesar de que la tesis mantenida por J. Pérez Royo pueda considerarse sustancialmente idéntica a la que mantengo en este trabajo, dista mucho de coincidir con ella. J. Pérez Royo sostiene que la Constitución impone un modelo general de “doble instancia”, admitiendo con carácter excepcional la única instancia. La tesis que yo defiendo no tiene por objeto demandar la existencia de “instancias judiciales”, sino más sencillamente que, o bien a través de éstas —las sucesivas instancias—, o bien a través de las acciones autónomas de rescisión o anulación, deben tutelarse los derechos insertos en el artículo 24.1 CE, en la medida en que no hay otras formas o cauces para llevarlo a efecto. No se trata, en consecuencia, de un problema de instancias —como apunta Pérez Royo—, sino de un problema de vías de reparación de derechos fundamentales.

También a partir de la afirmación de que una de las funciones que cumplen los recursos es precisamente la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE, se ha pronunciado C. Sáez Lara. Esta autora sostiene que cuando una resolución judicial vulnera alguno de los derechos del art. 24.1 CE “los recursos no actúan aquí como instancias revisoras de una respuesta judicial anterior, sino como vía *previa o primera* de conocimiento de una vulneración constitucional”⁵⁶⁸. Además de esta función de tutela o de garantía de los derechos del art. 24.1 CE, los recursos instaurados en el orden laboral, que son de los que se ocupa la citada autora, también sirven a otras finalidades, como la revisión de la corrección de la legalidad ordinaria aplicada y la unificación de doctrina. En estos casos, según Sáez Lara, el recurso sí cumple una función revisora, puesto que tiene por objeto corregir o depurar la resolución dictada por el órgano judicial *a quo*.

Esta doble funcionalidad de los recursos de suplicación y casación ordinaria en el orden laboral le permite extraer consecuencias frente a los órganos judiciales y frente al TC, pero no frente al legislador, o al menos Sáez Lara no se pronuncia expresamente acerca de ello. Según la mencionada autora, si la impugnación de las resoluciones con motivo de la vulneración de alguno de los derechos incardinados en el art. 24.1 CE son la primera vía de conocimiento de una vulneración constitucional, el control de la misma, ya sea por los Tribunales ordinarios como por el TC, debería ajustarse a los

⁵⁶⁷ No obstante, J. Pérez Royo, creo que de manera errada, apunta que “la doctrina sobre la constitucionalidad de la doble instancia y la posibilidad de que pueda ser exclusivamente excepcionada por el legislador en determinados supuestos se desprende de las SSTC 12/1993 y 230/1993”. A mi modo de ver, de las citadas sentencias no es posible extraer tal conclusión.

⁵⁶⁸ C. Sáez Lara, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004, pág. 276.

parámetros que delimitan el derecho a una primera respuesta judicial, esto es, “la esencia del derecho a la tutela judicial, reforzados además por la trascendencia constitucional del conflicto subyacente (la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva)”⁵⁶⁹. Me parece que no habría que hacer tal ficción o diferenciación entre la doble funcionalidad de los medios de impugnación si se admitiera con naturalidad que éstos –entendidos en un sentido amplio— son la única forma o el único cauce procesal específico de tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE en un buen número de supuestos.

Sin duda, las afirmaciones anteriores van dirigidas únicamente a los propios órganos judiciales y al TC, con el objeto de que apliquen a las normas reguladoras del acceso a los recursos, no los test de legalidad ordinaria tal y como lo ha indicado el TC, sino el principio *pro actione* o interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental. Comparto plenamente la tesis de Sáez Lara, aunque creo que no acaba de extraer todas las consecuencias que se derivan del presupuesto del que parte la autora. De estos argumentos no concluye con la tesis principal que se defiende en este trabajo, que no es otra que de la Constitución se deriva el derecho a que el legislador prevea en el ordenamiento procesal mecanismos que permitan flexibilizar la cosa juzgada en aquellos casos en los que una resolución judicial incurre en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión. Lo que aquí se defiende es que el legislador “sí debe, cuando menos, habilitar vías extraordinarias”⁵⁷⁰, que no serán otras que las acciones de impugnación, para la tutela de las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Y ello porque la única forma de instar la *primera* tutela de estos derechos en la mayoría de los casos es mediante recursos, remedios o acciones autónomas de rescisión o anulación de la cosa juzgada. En otro caso, y como se verá en el último capítulo, el único remedio disponible será el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁵⁷¹. Y precisamente el acceso a este instrumento no está asegurado con carácter general ni por la Constitución, ni por la ley⁵⁷².

⁵⁶⁹ *Ibid.*, pág. 276.

⁵⁷⁰ Vuelvo a traer al texto principal las afirmaciones de J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales...*, cit., pág. 104.

⁵⁷¹ Con la salvedad de que la vía indemnizatoria se convierta en el cauce de reparación del derecho, en cuyo caso, también deberá juzgarse si existió o no lesión del derecho.

⁵⁷² Coincido en este caso con importante sector doctrinal que atribuye a la cláusula “en su caso” del art. 53.2 CE un papel al legislador a la hora de configurar el amparo constitucional. Por tanto, el acceso al recurso de amparo no constituye un derecho fundamental.

En consecuencia y salvo las excepciones anteriormente citadas, han sido pocos los autores que han llegado a la conclusión de que el ordenamiento jurídico procesal sí necesita de los recursos, los remedios y las acciones autónomas de impugnación para asegurar la garantía judicial del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

A pesar de que ésta no es la posición de nuestro TC y de la mayoría de la doctrina, me parece que a partir de las consideraciones expuestas en los apartados anteriores del presente Capítulo, puede afirmarse que de la Constitución se deriva un derecho a la existencia, bien de recursos –entendidos en sentido estricto– o bien de acciones de rescisión o anulación de la cosa juzgada. En efecto, si los derechos contenidos en el art. 24.1 son de verdad derechos subjetivos, no hay más remedio que concluir que necesitan tutela judicial para ser considerados como tales. Y si además, la única forma de garantizarlos pasa en muchas ocasiones por corregir las resoluciones judiciales definitivas, o rescindir o anular las firmes, los recursos y las acciones autónomas de rescisión y anulación se erigen en instrumentos fundamentales del sistema. O dicho de otro modo: sin recursos o sin acciones de rescisión, no es posible asegurar la tutela de las distintas proyecciones del art. 24.1 CE.

Con todo, podrían aducirse quizás otros argumentos para sostener la tesis. Me parece que trasladar la doctrina de la garantía institucional a este caso puede arrojar también algo de luz. El proceso, entendido ahora como institución, debe contener los elementos o instrumentos necesarios para asegurar que éste se desarrolla de conformidad con lo que se deriva de la idea de proceso constitucionalmente garantizada, de tal manera que si el legislador, mediante su actuación, suprime o altera de tal forma que desvirtúa o hace inútiles los mecanismos que sirven a ese fin, estará desvirtuando la imagen maestra de la institución. Aunque esta visión institucional del proceso me genera ciertas dudas, no está de más traerla a colación como un argumento más que refuerza la tesis que mantengo.

No hay que derivar de todo lo dicho anteriormente que pueda sostenerse la creación de un orden jurídico procesal perfecto, en el que todas las vulneraciones de derechos que tienen lugar en un proceso pudieran ser tuteladas a través de o bien de un recurso, o bien de una acción anulatoria o rescisoria. En efecto, tal y como ha señalado I. Díez Picazo Giménez en relación con la articulación de las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la defensa de los derechos del art. 24.1 CE, “pretender que el amparo constitucional frente a actos u omisiones de los órganos judiciales sea siempre

subsidiario es algo inalcanzable”⁵⁷³. Hay que admitir que es imposible cerrar el círculo de la tutela de la tutela hasta obtener un sistema perfecto y cerrado. Hay que asumir, en consecuencia, que hasta el sistema más garantista, puede tener supuestos que queden sin tutela. Ahora bien, lo que creo que no es admisible es que, utilizando como excusa que el sistema nunca puede ser perfecto, nos conformemos con un sistema procesal que no procura que la mayoría de las vulneraciones de derechos puedan ser tuteladas.

Creo que las poderosas razones aducidas anteriormente se refuerzan de forma importante trayendo a colación la doctrina sentada por otros Tribunales Constitucionales Europeos –como el alemán y el italiano— y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Me refiero en seguida al planteamiento que estos órganos jurisdiccionales han propuesto a propósito de este asunto.

4.1. La experiencia alemana: la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional Federal al legislador para la creación de “*Abhilfemöglichkeit*”.

La experiencia alemana no se aleja demasiado de la española. Tanto su legislación procesal como el recurso de amparo han transitado por los problemas que se han expuesto anteriormente respecto a España. Pero ha habido diferencias muy significativas en el tratamiento que, tanto el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) como los órganos judiciales ordinarios, han dispensado a los casos en los que las resoluciones judiciales son vulneradoras del derecho de audiencia contenido en el art. 103.1 de la Constitución alemana. Empezaré, tras una breve nota sobre el contenido constitucionalmente declarado del derecho de audiencia, por referirme a la forma en que los órganos judiciales se enfrentaron con el problema para después abordar la solución que adoptó el TCF (BVerfG).

4.1.1. Un breve apunte sobre el artículo 103 de la Constitución alemana.

A pesar de que la Constitución alemana no contiene un catálogo de derechos tan amplio como la nuestra, sí constitucionaliza expresamente el derecho a ser oído en el proceso. El artículo 103 establece que “todos tendrán derecho a ser oídos legalmente

⁵⁷³ “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia* núm. 2, 1998, pág. 133. En el mismo sentido, “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, págs. 4-5.

ante los Tribunales”. El mencionado derecho es considerado por el Alto Tribunal como una de las consecuencias de la afirmación del Estado de derecho, así como una exigencia derivada del derecho fundamental a la dignidad de la persona, en la medida en que obliga a la autoridad a que no disponga del derecho de una persona sin haberlo oído previamente⁵⁷⁴. Este reconocimiento del derecho ha llevado al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) a sentar una doctrina importantísima a propósito del deber de diligencia que deben tener los órganos judiciales a la hora de realizar las notificaciones judiciales, con el fin de evitar que se materialicen verdaderas situaciones de indefensión de litigantes que ni siquiera tienen conocimiento de que existe un proceso judicial en su contra⁵⁷⁵. Se trata de asegurar que el que es llamado al proceso tenga efectivo conocimiento de éste.

A pesar de su escueto tenor literal, el derecho a ser oído en el proceso ha sido objeto de una interpretación amplia por parte del TCF (BVerfG). Según éste y de conformidad con doctrina reiterada, comprende el derecho de las partes a la información, a expresarse en el proceso y a la toma de conocimiento por parte del órgano judicial⁵⁷⁶. A partir de esta última vertiente del derecho a ser oído, se incluyen dentro del ámbito de protección del derecho de audiencia las situaciones de incongruencia, ya sea ésta por exceso o por defecto y la falta de motivación. En efecto, el TCF (BVerfG) ha señalado que el derecho incardinado en el artículo 103 LFB constituye una verdadera garantía frente a las “resoluciones sorpresivas”⁵⁷⁷. No se trata de un derecho ni mucho menos absoluto. Desde esta perspectiva, el Alto Tribunal alemán ha declarado que los litigantes no pueden hacer uso de un derecho ilimitado “a decir” durante el proceso⁵⁷⁸. Asimismo, no puede derivarse del art. 103.1 LFB el derecho a exigir la audiencia oral en lugar del procedimiento escrito. Lo que prohíbe el reconocimiento constitucional del derecho respecto a las facultades de las partes a expresarse en el juicio, es negar toda posibilidad de audiencia a las partes. Por otra

⁵⁷⁴ STCF de 8 de enero de 1959 (1BvR 396/53). No obstante, aunque la regla general es que la audiencia ha de ser previa a la emisión de la decisión, el TCF (BVerfG) ha admitido la posibilidad de que en algunos supuestos, en los que haya que proteger otros bienes o derechos, la audiencia se produzca una vez recaída la resolución judicial. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones judiciales que acuerdan la prisión preventiva, en las que no está a disposición del juez el cumplimiento de su deber de audiencia, pero éste puede tener lugar a posteriori. *Vid.* en relación con esto último la STCF de 21 de enero de 1970 (2BvR 941/75).

⁵⁷⁵ *Vid.*, entre otras muchas otras, STCF de 21 de enero de 1969 (2BvR 724/77).

⁵⁷⁶ *Vid.*, entre otras, la STCF de 30 de abril de 2003.

⁵⁷⁷ BVerfGE 84, 188, 190. Tomo el dato de *ZPO Kommentar*, 2 Auflage, dir. Prütting y Gehrlein, Luchterhand 2010, Colonia, 2010, pág. 932.

⁵⁷⁸ BVerfGE 86, 133, 144 f, NJW 97, 2305, 2307. Tomo el dato de C. Thole, *op. cit.*, pág. 931.

parte, el derecho a que el juez tome en consideración lo manifestado por las partes no implica que los litigantes deban obtener una sentencia con una determinada extensión, ya que una decisión pobre o escueta también estará motivada si contesta a las alegaciones y pedimentos de las partes⁵⁷⁹.

De todo lo anterior hay que deducir que la Constitución alemana contiene no sólo un derecho de acceso al proceso en sentido formal (derivado de la exigencia de justicia o *Justizgewährungsanspruch*), sino también material o sustantivo, como consecuencia de lo que dispone el art. 103.1 LFB. Lo que constitucionaliza la Constitución alemana no es la mera acción o derecho a residenciar ante el juez las controversias, sino el modo en que debe desarrollarse el proceso y la forma en la que debe concluir: con una resolución judicial que haya tomado en consideración lo dicho por las partes.

4.1.2. La posición de los órganos judiciales ante las situaciones de indefensión: la aplicación de mecanismos *praeter legem* para amparar las situaciones de indefensión y el art. 321a. *Zivilprozessordnung* (ZPO).

El tratamiento procesal que se ha dado en Alemania a la tutela judicial de los derechos procesales en general, y en particular al derecho a ser oído, ha sido muy parecido al que ha tenido lugar en España. Principalmente, los distintos medios de impugnación han sido los instrumentos a través de los que podía instarse la garantía de los derechos procesales. Pero, igual que en España, ha existido un importante déficit de tutela en aquellos casos en los que las resoluciones judiciales resultaban irrecurribles. En buena parte de estos casos, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ha sido el remedio más importante que tenían los litigantes para hacer valer el derecho a ser oído en el proceso.

Curiosamente, la evolución de la legislación procesal es bien parecida al caso español. Mucho antes de la aprobación de la Ley Fundamental, el derecho a ser oído en el proceso ya formaba parte de la legalidad procesal. La posibilidad de instar judicialmente la vulneración del principio estaba asegurada a través de una acción de nulidad en aquellos casos en los que la resolución judicial infractora fuera inapelable en

⁵⁷⁹ BVerfGE 104, 1, 7 f, NJW 04, 3256, LS. Tomo el dato de C. Thole, *op. cit.*, pág. 932.

la legislación procesal alemana anterior al año 1877⁵⁸⁰. Sin embargo, una vez aprobado el Código Procesal Civil de 1887, la infracción del principio de audiencia sólo va a poder ser invocada a través de los recursos y medios de impugnación legalmente previstos en los casos en los que procediese su interposición de conformidad con lo previsto en la Ley⁵⁸¹. Con el nuevo Código, desaparece la acción de nulidad y también la posibilidad reconocida anteriormente con carácter universal para instar la nulidad de las resoluciones judiciales que fueron dictadas sin haber oído a una de las partes intervinientes en el proceso. Una vez que entró en vigor la Constitución alemana y, más concretamente, su artículo 103.1, el recurso de amparo constitucional fue uno de los mecanismos que los litigantes utilizaron con frecuencia para restablecer su derecho —ahora sí, derecho fundamental— de audiencia en los casos en los que éste resultaba infringido⁵⁸².

Como se verá más adelante también respecto del caso español, resulta llamativo que la legislación procesal antes de la entrada en vigor de una Constitución normativa asegurara instar la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas *inaudita parte* y que, una vez aprobada aquélla, el mismo ordenamiento no prevea, con carácter universal, un mecanismo para la consecución del mismo fin. La labor del TCF (BVerfG) no se limitaba a admitir a trámite y a resolver aquellos recursos de amparo que tenían por objeto revisar una determinada interpretación de la ley procesal para juzgar su adecuación a la LFB, sino también de aquellos otros en los que únicamente había que corregir un yerro involuntario del juez⁵⁸³. A pesar de que el TCF (BVerfG) procedía a admitir y estimar los recursos que eran consecuencia de un simple error del juzgador, instó a través de sus sentencias a los órganos judiciales a que intentaran sanear estos

⁵⁸⁰ Vid. A. J. Pérez Ragone y J. C. Ortiz Pradillo, *Código Procesal Civil alemán [ZPO]. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Montevideo, 2006, pág. 92. Los citados autores se remiten para un estudio en profundidad del tema a Braun, *NJW*, 1981, pág. 425.

⁵⁸¹ Las reformas introducidas en la ZPO de 1887 en los años 1915, 1923 1950 y 1974 fueron elevando la cuantía de la acción para su acceso a la apelación y a la revisión, por lo que no en todos los supuestos en los que se producía la infracción del derecho de audiencia, ya fuera en segunda instancia o en grado de apelación, estaba asegurado el acceso a un recurso que permitiera su reparación. Tomo el dato de A. J. Pérez Ragone y J. C. Ortiz Pradillo, *op. cit.*, pág. 92.

⁵⁸² Según apuntan A. J. Pérez Ragone y J.C. Ortiz Pradillo, *op. cit.*, pág. 84, “(...) en el año 2000, casi el 97% de las quejas o acciones ante el Tribunal Constitucional Federal se basaban en presuntas violaciones de materia procesal vinculadas con el derecho a ser oído y, solamente entre 1,2% y 1,5% fueron admitidas como tales, debido a la sobrecarga en la que se veía inmerso el Tribunal. Ello lleva a que éste inste a los tribunales de las jurisdicciones no constitucionales a que ejerzan ellos mismos el control de resguardo y respeto de los derechos fundamentales del proceso”.

⁵⁸³ *Ibid.*, pág. 93. Los autores se remiten a su vez a Schulz, “Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr”, *MDR*, 2003, pág. 1392.

errores ellos mismos, evitando así que los casos llegaran al TCF (BVerfG), ya que éste no estaba creado para resolver este tipo de asuntos⁵⁸⁴.

Debido a la deficiente regulación legislativa y a las apelaciones del TCF (BVerfG) a las que se ha hecho referencia, fue fraguándose en la jurisprudencia de los tribunales la llamada “teoría de la antijuricidad manifiesta” (*greifbare Gesetzwidrigkeit*). A través de ésta, los órganos judiciales cuentan con un instrumento que les permite flexibilizar notablemente los efectos de cosa juzgada en aquellos casos en los que resolución judicial es vulneradora de determinados derechos fundamentales procesales y, entre ellos, el derecho de audiencia. El *nomen* que se le atribuye a la citada jurisprudencia –antijuricidad manifiesta y por ello impugnabile en todo caso— encierra la idea que está latente en la doctrina del TCF (BVerfG) a la que más adelante aludiré y que no es otra que la necesidad, derivada de la propia Constitución, de que determinadas sentencias, y entre estas las vulneradoras de los derechos fundamentales de carácter procesal, deben contar con vías de rescisión o anulación. En aplicación de esta doctrina, se flexibilizaron los criterios de acceso al recurso de apelación y al de revisión en los casos en los que el asunto no llegara a la cuantía establecida por la ley o no cumpliera con los requisitos legalmente exigidos para acceder a los mismos. El requisito exigido por el Tribunal Supremo (BGH) para utilizar tal vía de creación jurisprudencial considerada de carácter extraordinario y, en consecuencia, no incluida en ninguna norma procesal ni sustantiva, era que el yerro de la resolución judicial fuera claro y manifiesto, esto es, que se encontrara en evidente contradicción con lo ordenado por la ley⁵⁸⁵. Hay que advertir, no obstante, que no todos los órganos judiciales acogieron de igual modo esta posibilidad. Mientras que el Tribunal Supremo Federal fue muy riguroso en su aplicación, otros Tribunales Superiores de los *Länder* lo utilizaron de forma mucho más flexible, permitiendo a los órganos judiciales inferiores incardinados en su territorio la corrección de errores procesales vulneradores de derechos⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Vid. Sentencias del TCFA en NJW 1976, pág. 1837; NJW 1978, pág. 1989, NJW 1987, pág. 1319. Tomo el dato de A. Pérez Ragoné y J. C. Ortiz Pradillo, *op. cit.* pág. 93.

⁵⁸⁵ Según la doctrina del Tribunal Supremo Federal (BGH), “una decisión es entonces «manifiestamente ilegal» cuando es simplemente incompatible con el ordenamiento jurídico vigente, porque carece de fundamento y en cuanto al contenido es ajena a la ley”. BGH, NJW 1990, 1794, NJW 1992, pág. 983, entre otras. Tomo el dato de A. Pérez Ragoné y J. C. Ortiz Pradillo, *op.cit.*, pág. 95.

⁵⁸⁶ Fue el caso de los Tribunales Superiores de Colonia y de Oldenburgo. Tomo el dato de A. J. Pérez Ragoné y J. C. Ortiz Pradillo, *op. cit.*, pág. 85.

Es evidente que esta no era la mejor de las situaciones, debido a las altas cotas de inseguridad jurídica que generaba a los litigantes, en la medida en que no era fácil valorar si el remedio procedente contra una denegación del derecho de audiencia era apostar por este cauce o acudir al recurso de amparo constitucional. Elegir cualquiera de las dos opciones tenía sus riesgos y no aseguraba siquiera una decisión de admisión a trámite. ¿Debía considerarse obligatoria o no la utilización de este mecanismo extraordinario dentro de los recursos y remedios cuya interposición resultaba relevante a efectos de tener por agotada la vía judicial previa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*)?

Las cosas dieron un giro importante en el año 2001, cuando por fin se aprobó la reforma de la ZPO que se había demandado tanto por la judicatura como por la doctrina⁵⁸⁷. Aunque creo que la parte de la reforma de la que me voy a ocupar no fue ni mucho menos su médula, resultó ser fundamental a largo plazo para avanzar en la protección del derecho de audiencia. La principal novedad generada es que por fin se incluyó expresamente en la ZPO un remedio por vulneración constitucional del derecho a ser oído en el proceso. El art. 321.a. ZPO permitía que los órganos judiciales de primera instancia corrigieran las vulneraciones del derecho de audiencia en que hubieran incurrido y que no hubieran podido apreciarse antes de recaer sentencia definitiva en los casos en los que ésta resultara inapelable. Se incluye así en el ordenamiento jurídico procesal civil una excepción al principio de inimpugnabilidad de las resoluciones para las que el legislador reserva sólo una instancia: éstas pueden ser objeto de revisión en el solo caso de que hayan sido dictadas con vulneración del art. 103.1 LFB⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ La reforma, aprobada por ley el 2 de agosto de 2001, entró en vigor el 1 de enero de 2002.

⁵⁸⁸ Según dispone el art. 321.a, apartado primero, podrá interponerse el remedio cuando: 1) Contra la resolución judicial no sea admisible ningún recurso o cualquier otro medio de impugnación; 2) Cuando el tribunal de primera instancia haya violado el derecho a ser oído de una manera relevante.; 3) No procede contra las resoluciones dictadas con anterioridad a la sentencia definitiva.

El procedimiento se contiene en el apartado segundo del citado precepto. El remedio se interpondrá ante el tribunal de primera instancia –el mismo que ha causado la lesión del derecho— en el plazo de dos semanas desde la notificación de la sentencia –con algunas excepciones respecto a éste último requisito-. Deberá realizarse mediante escrito motivado en el que además ha de verificarse el cumplimiento de los requisitos para su admisibilidad, en especial, el carácter inimpugnable de la sentencia. Tras el control de admisibilidad realizado por el órgano judicial, que podrá inadmitirlo mediante resolución motivada por razones formales o sustantivas, el órgano judicial podrá reparar la situación de indefensión producida mediante la retroacción de las actuaciones. La Ley prevé que “a la contraparte se le debe dar oportunidad para ser oída, en tanto ello sea necesario”.

Aunque la regulación podía ser considerada un avance en materia de garantías procesales, presentaba aún lagunas importantes⁵⁸⁹. Por un lado, porque las posibilidades de tutela del derecho sólo se referían a las cometidas por los órganos judiciales de primera instancia, pero no se contemplaba, al menos expresamente, su utilización en otros supuestos en los que también podía producirse la vulneración de tal derecho. Entre otras, pueden citarse las resoluciones interlocutorias sin acceso al recurso de queja, las sentencias dictadas en apelación sin posibilidad de acceso a la revisión y las dictadas por el Tribunal Supremo en primera y única instancia. Por otro, la reforma resultaba insuficiente también desde un punto de vista material, ya que el remedio sólo podía interponerse contra las vulneraciones del derecho de audiencia, pero no si se habían vulnerado otros derechos fundamentales de carácter procesal.

Podría decirse en este sentido que la reforma operada no abarcaba, ni desde un punto cuantitativo ni cualitativo, las posibilidades que hasta ese momento había ofrecido el remedio extraordinario de creación jurisprudencial para dejar sin efecto las ilegalidades manifiestas.

Lo cierto es que la aprobación del remedio en los términos expuestos hizo que algunos órganos judiciales dieran un giro de 180 grados a la hora de admitir el tantas veces citado recurso extraordinario *–praeter legem–* por ilegalidad manifiesta en los casos en los que se alegaba la vulneración del derecho de audiencia fuera de los casos previstos en el art. 321.a), lo que llevó a que tanto el Tribunal Supremo Federal como los Tribunales Supremos de los *Länder* a inadmitirlos de plano cuando la lesión invocada fuera el derecho de audiencia. Efectivamente, los órganos judiciales consideraron que, una vez producida la intervención del legislador en el sentido expuesto, serían ellos los que incurrían en ilegalidad manifiesta si siguieran admitiendo el recurso por manifiesta ilegalidad⁵⁹⁰. Esta negativa, como se verá a continuación, fue determinante para el ulterior control del asunto en sede constitucional.

⁵⁸⁹ Para justificar la inclusión del art. 231.a) en la ZPO se adujo por el legislador que la norma venía a dar cumplimiento a las reivindicaciones doctrinales y políticas discutidas desde hace más de dos décadas con el fin de posibilitar que se corrigieran en la instancia las vulneraciones de los derechos procesales en las que incurrieran las sentencias inapelables. Esta decisión legislativa, según se alega, tendría trascendencia en el número de asuntos que acceden al TCF a través del recurso de amparo constitucional.

⁵⁹⁰ S. de Falco (A. J. Pérez Ragone y J. C. Ortiz Pradillo, *op. cit.*, pág. 96-97) señala como el Tribunal Supremo Federal (BGH), tan sólo tres meses después de la entrada en vigor de la norma, en la sentencia de 7 de marzo de 2002, rechazó seguir canalizando las vulneraciones del derecho de audiencia a través del recurso *praeter legem* debido a que esta posibilidad quedaba descartada con el nuevo derecho.

4.1.3. La posición del TCF (BVerfG): el requerimiento al legislador para crear cauces de tutela mediante el establecimiento de remedios procesales.

Como ya se ha expuesto, tras la reforma llevada a cabo por el legislador en la ZPO en el año 2001, el TS entendió que no debía flexibilizar la ley procesal recién modificada para admitir a trámite, so pretexto de la existencia de la “ilegalidad manifiesta”, aquellas resoluciones judiciales que no siendo susceptibles de recurso hubieran incurrido en la vulneración del derecho de audiencia. Tras la reforma, lo procedente según el Tribunal Supremo para resolver los casos de indefensión, no era acudir a la revisión –equiparable a nuestro recurso de casación–, sino al recurso de amparo, ya que el legislador es el que había imposibilitado, mediante la reforma, que el TS (BGH) siguiera haciéndose cargo de estos asuntos, de ahí que el único Tribunal capaz de amparar estos casos fuera el Tribunal Constitucional Federal. Probablemente, tal negativa del TS tenía su origen también en que pocos años antes, la famosa “Comisión Benda” establecida por el Ministerio de Justicia para descargar el Tribunal Constitucional Federal alemán, rechazó la propuesta de introducir un recurso ante los tribunales ordinarios para la tutela del derecho de audiencia con la finalidad de reducir la litigiosidad ante el TC⁵⁹¹. Los motivos de este rechazo se basaron en que aliviaría bien poco la situación del TCF y, por el contrario, generaría mucho más trabajo a los órganos judiciales ordinarios⁵⁹². Hay que tener en cuenta que la conclusión a la que llegó en este caso la Comisión no fue exactamente la misma que la adoptada por el legislador en el año 1983. Entonces, se acometió una reforma del recurso de amparo (*Verfassungsbekwerden*) que fue acompañada de la reforma de las principales leyes procesales, y más concretamente, de los recursos de apelación y revisión⁵⁹³. Se pretendió entonces que estos medios de impugnación sirvieran de cauce para corregir aquellas decisiones judiciales que hubieran incurrido en infracción de jurisprudencia constitucional⁵⁹⁴. Esta estrategia, la de incidir en el sistema de recursos para si no

⁵⁹¹ Bundesministerium der Justiz (ed.), *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission*, Bonn, 1998.

⁵⁹² K.-P. Sommermann, “La admisibilidad del recurso de amparo en Alemania”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las Actas XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pág. 52.

⁵⁹³ El recurso llamado de “revisión” en Alemania es nuestro recurso de casación, no nuestra acción de rescisión de resoluciones judiciales firmes, denominada “revisión”.

⁵⁹⁴ A los motivos previstos en la ley procesal y que podían dar lugar a la interposición de los recursos de apelación y revisión se le añadió uno más: que la resolución judicial impugnada se desvíe de lo establecido en una decisión del Tribunal Constitucional Federal. Vid. en este sentido J. L. Rodríguez

acabar, mitigar al menos el problema de la sobrecarga de trabajo del TCF, va a estar presente en la decisión de la que se da cuenta a continuación.

Antes de entrar a valorar la postura del TCF (BVerfG) en relación con el asunto, conviene traer a colación que el TCF (BVerfG) mantenía una doctrina consolidada a propósito de las consecuencias jurídicas que se derivan del art. 19.4 de la Constitución alemana⁵⁹⁵. Según el TCF (BVerfG), dicho precepto no garantiza ninguna protección judicial frente a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdicción, sino sobre todo frente al poder ejecutivo. Esta especial intensidad que despliega el precepto frente a los actos del ejecutivo no hay que entenderla de forma excluyente, ya que según el TCF (BVerfG) también opera respecto a los jueces en aquellos casos en los que realizan actividades no propiamente jurisdiccionales, o en aquellos supuestos en los que actúan sometidos directrices de tipo político, en los que no rige la garantía de su independencia. Además, el TCF (BVerfG) también ha extendido la garantía del art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn a actos emanados de otro tipo de autoridades públicas, como por ejemplo el Ministerio Público o la Abogacía del Estado. Sin embargo, no se ha admitido por parte del TCF (BVerfG) que el art. 19.4 de la Ley Fundamental obligue al legislador a establecer recursos para reparar los derechos de tipo procesal en los casos en los que su vulneración tiene por objeto la actuación del juez llevada a cabo en garantía de los derechos de los ciudadanos, es decir, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. El juez es la garantía de los derechos y desde esta óptica, en el término “poder público” al que se refiere el art. 19.4 LFB no hay que incluir al juez. Lo anterior, según establece la Sentencia, suele acogerse mediante la fórmula “La Ley Fundamental garantiza la protección jurídica *a través* del juez, pero *contra* el juez”⁵⁹⁶.

Debido a que mediante no pocos amparos se pedía al TCF (BVerfG) la tutela del derecho a ser oído, debido a la insuficiencia de cauces ante la jurisdicción ordinaria, la Sala Primera del TCF (BVerfG), con base en el artículo 48.2 del Reglamento de régimen interno del TCF (BVerfG), consultó a la Sala Segunda acerca de si estaba de acuerdo en modificar la interpretación que hasta entonces había mantenido en relación

Álvarez, “Seleccionar lo importante: La reciente reforma del trámite de admisión de la «Verfassungsbeschwerde»”, *REDC* núm. 41, págs. 140-141.

⁵⁹⁵ El art. 19.4 de la Constitución alemana establece: Si una persona es lesionada por un poder público en sus derechos, tendrá derecho a recurrir a los tribunales de justicia. Cuando no haya establecido competencia alguna de índole especial, se interpondrá recurso ordinario, sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.

⁵⁹⁶ Vid. BVerfGE 15, 275[280]; 49, 329 [340]; 65, 76 [90].

con el art. 19.4 LFB. Esta reacción de la Sala Primera no sólo se debió a la falta de acuerdo en relación con la interpretación del art. 19.4 de la Constitución, sino también a que el TCF (BVerfG) se había mostrado dubitativo a la hora de determinar de una vez por todas quién debía tutelar los casos en los que se produce una lesión del principio de audiencia en el seno de un proceso. El TCF (BVerfG) consideró en algunas ocasiones que, de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho, el recurso de amparo resulta un cauce apropiado para tutelar las situaciones de indefensión (STCF 60/1996), mientras que en otras ha apelado a que este tipo de vulneraciones sean reparadas en la propia jurisdicción ordinaria admitiendo la aplicación por analogía o interpretación extensiva algunos instrumentos procesales. Una vez producida la consulta, la Sala Segunda llegó a la conclusión de que no debía considerarse contrario a la Constitución la falta de remedios procesales para el caso de que los órganos judiciales vulneraran el art. 103.1 de la Constitución, ya que así no se deriva de lo dispuesto en el art. 19.4 de la Constitución, puesto que el mencionado precepto no regula garantías frente al juez. Esta situación de falta de acuerdo provocó que asunto llegara al Pleno del TCF(BVerfG) –asunto I PBvU 1/02— en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán⁵⁹⁷ y dio lugar a la Resolución del Pleno de 30 de abril de 2003 (Sentencia BverGE 107,395)⁵⁹⁸. Hay que señalar que la utilización de este tipo de vía procesal es francamente excepcional en la práctica del Tribunal, lo que pone de manifiesto la trascendencia del asunto. La importancia capital que tiene la mencionada sentencia, justifica dedicar varias páginas a diseccionar los argumentos del TCF (BVerfG).

Una vez estudiado en abstracto el asunto por el Pleno, es decir, no sobre la base de supuesto concreto, el TCF (BVerfG) llegó a la conclusión de que la Constitución impone al legislador la creación de un mecanismo procesal que permita a los órganos judiciales ordinarios la tutela del derecho de audiencia en los casos en los que la resolución judicial dictada en vía recursiva resulta inimpugnable. Los motivos en los que se basó el TCF (BVerfG) para llegar a tal conclusión, son de diverso orden.

⁵⁹⁷ Este precepto establece que si una Sala pretende desviarse de una doctrina que es mantenida por otra Sala, se resolverá la cuestión por el Pleno del TCF (*Abweichung des einen Senats von der Rechtsauffassung des anderen*).

⁵⁹⁸ Un importante extracto de la sentencia traducida al castellano puede verse en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Montevideo, 2009, págs. 519-522.

En primer lugar, hay que señalar que el TCF (BVerfG) no se apartó de la doctrina que venía manteniendo respecto al art. 19.4 de la Constitución. La garantía de la protección judicial prevista en el mencionado precepto, aunque no está limitada a los actos del poder ejecutivo, no asegura ninguna vía de recurso o impugnativa (*Rechsmittelzug*) ante los órganos judiciales. No existe el derecho derivado del art. 19.4 LFB a crear un recurso del que conozca un tribunal superior para la tutela de los derechos procesales y, en especial, para el derecho a ser oído en el proceso.

Ahora bien, la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos no se deriva tan sólo de lo previsto en el art. 19.4 de la Constitución, sino también del concreto marco del derecho a la tutela judicial o a la “exigencia de justicia” (*Justizgewährungsanspruch*) que ha sido reconocido por el TCF (BVerfG) como un elemento esencial del Estado de Derecho⁵⁹⁹. Esta garantía comprende el derecho de acceso al proceso, entendido éste en un sentido material, no sólo de los particulares frente a los poderes públicos, sino también de los ciudadanos entre sí, pero no implica el derecho a una cadena ilimitada de recursos. De la Constitución sólo se deriva la exigencia de *una sola* decisión judicial al menos, debido a que la cláusula del Estado de derecho demanda también que toda disputa jurídica encuentre en algún momento un fin, con el objetivo de alcanzar la seguridad jurídica y la paz social. De esta lectura de lo que significa el derecho a la tutela judicial, extrae el TCF (BVerfG) dos importantes conclusiones. Por un lado, que corresponde al legislador determinar en qué casos proceden los recursos (*Rechsmittelzug*), así como los requisitos para acceder a ellos. Por otro, que no hay un derecho al control de la decisión judicial, por lo que debe admitirse la posibilidad de que en algunos casos “falle la aplicación del derecho”.

El hecho de que no exista un derecho a los recursos (*Rechtsmittel*, que no *Abhilfemöglichkeit*) lo deriva a su vez el TCF (BVerfG) de las garantías de las que está revestido el ejercicio de la protección jurisdiccional en la Constitución. Por un lado, la Constitución garantiza la independencia de los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que significa que dictarán sus sentencias atendiendo exclusivamente a la ley y al derecho. Por otro, los derechos fundamentales procesales – especialmente los contenidos en los arts. 101, párrafo 1º, frase 2 y art. 103.1 LFB— deben garantizar la emisión de una resolución judicial basada en criterios objetivos, sobre la base de hechos suficientemente comprobados y de un análisis jurídico libre de

⁵⁹⁹ Vid. BVerfGE 88, 118 [123]; 96, 27 [39s.]

prejuicios, tomando en consideración los argumentos de las partes intervinientes. Según el TCF (BVerfG), la conjunción de ambos elementos, unido al cuidado que debe guardar el juez para revisar los errores que haya podido cometer y evitando asimismo incurrir en vulneraciones de las garantías constitucionales del proceso, no harán necesario que deba existir una nueva instancia revisora. El establecimiento de las vías de recurso le corresponde decidir en exclusiva al legislador.

En segundo lugar, el TCF (BVerfG) admite que es cada vez más importante instaurar controles para garantizar el principio de audiencia. Para el Alto Tribunal alemán, el art. 103.1 LFB “no es sólo un derecho inherente a la persona sino también un principio procesal jurídico objetivo que resulta constitutivo del proceso judicial en el sentido de la Ley fundamental”. Esta vertiente objetiva del derecho es la que le permite afirmar al TCF (BVerfG) que “un Estado de derecho sin derecho a ser oído en el proceso, no es tal”.

El reconocimiento de este derecho en la Constitución asegura a las partes en el proceso el derecho a la información, a exponer su posición respecto al objeto del pleito y a su toma en consideración por el juez. Tan importante como el propio derecho, debe ser la posibilidad de que puedan corregirse las denegaciones erróneas del derecho de audiencia, ya que si no se asegura el derecho tras su vulneración “sólo quedaría abierto el acceso a los tribunales de manera formal”. Y es evidente que lo que la Constitución garantiza es el acceso al proceso en un sentido material o sustantivo. De ahí que el legislador debe posibilitar su tutela, al menos en una ocasión, en los casos en los que el órgano judicial deniega el derecho de audiencia. Desde estas consideraciones, el TCF (BVerfG) relaciona el derecho a ser oído con la garantía de la tutela judicial (*Justizgewährungsanspruchs*). Ésta última, según el TCF (BVerfG), asegura el acceso al proceso (*Zugang zum Verfahren*), mientras que el art. 103.1 tiene como objetivo una adecuada finalización del proceso (*Ablauf des Verfahrens*). Así, quien se dirige *formalmente* a un tribunal debe hacerlo también de forma *sustancial* y, por tanto, debe ser oído realmente por el juez. O, dicho en otros términos: el TCF (BVerfG) acaba admitiendo que los derechos procesales, en especial el derecho de audiencia, ha de tener tutela judicial cuando es vulnerado por el órgano judicial, ya que, en otro caso, sólo se reconocería un derecho al acceso al proceso en sentido formal, no sustantivo. Incluso, según el TCF (BVerfG), en aquéllos en los que la lesión del mismo se produce en vía recursiva (*Rechtsmittelverfahren*), ya que la necesidad de tutela no desaparece

por el simple hecho de que la parte haya tenido la posibilidad de expresarse sobre el fondo del asunto planteado en una instancia anterior.

Esta lectura de la garantía del derecho de audiencia no está reñida con la interpretación que el TCF (BVerfG) realiza del art. 19.4 de la Constitución en la medida en que este precepto garantiza la tutela judicial “solo en su ámbito”. Debido a que el ejecutivo no puede vulnerar las garantías procesales, sino sólo los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional, la necesidad de garantía judicial en los casos en los que se vulnera el art. 103.1 de la Constitución debe tener su origen en otro precepto constitucional distinto al 19.4 LFB. De esta manera, la Constitución no obliga a renunciar a una lectura restrictiva del art. 19.4 FFB en el sentido expuesto anteriormente, siempre y cuando la protección frente al juez se obtenga a través del derecho a la tutela judicial (*Justizgewährungsanspruchs*). Es este derecho el que posibilita la protección judicial del derecho a ser oído en aquellos casos en los que así derive del reconocimiento de la cláusula del Estado de derecho. Así, según el TCF (BVerfG) no existe una distinción nuclear entre la protección que dispensa el art. 19.4 de la Constitución y el derecho a la tutela judicial derivado del reconocimiento de la cláusula del Estado de derecho. Las diferencias entre ambos se refieren sólo a su ámbito de aplicación⁶⁰⁰. Desde esta última perspectiva, el TCF (BVerfG) asegura que los derechos procesales y de forma especial los previstos en los artículos 101.1 y 103.1 FFB “aseguran en la forma equivalente a un derecho fundamental la existencia de estándares mínimos del Estado de derecho”. “Y en un Estado de derecho, constituye una garantía constitucional que exista la posibilidad de que se analice por los tribunales, *al menos una vez*, si las garantías de los ciudadanos han sido respetadas”⁶⁰¹. Naturalmente, si esto es así para todos los derechos fundamentales, también debe serlo para el derecho de audiencia, aun en el caso de que el responsable de su vulneración sea el órgano judicial. Como ya se ha expuesto anteriormente, el TCF (BVerfG) mantiene que esta protección no sólo opera en una instancia del proceso, sino en todas ellas en el caso de que la ley ritual haya previsto su revisión a través de los distintos recursos (F.J. 4º). Así, una lesión del principio de audiencia producida en grado de apelación o de revisión –

⁶⁰⁰ Esta conclusión es la que le lleva al TCF a declarar que no hay razones para apartarse de la interpretación que hasta ahora se había dispensado por parte del Tribunal al art. 19.4 LFB, a pesar de que la Sala Primera convocara al Pleno del TCF para corregirla o matizarla. Vid. F.J. 3.b).

⁶⁰¹ Lo anterior, sin perjuicio, según el TCF, de las excepciones que se puedan establecer por Ley para la protección de bienes jurídicos superiores, tal y como se establece en el art. 10.2 de la Constitución. Vid. en este sentido FJ 3.b.2).

equivalente éste último a nuestra casación— deberá ser objeto de tutela judicial aun en el caso de que el derecho de audiencia fuera respetado en instancias anteriores. El TCF (BVerfG) justifica esta extensión con el argumento de que el art. 103.1 LFB contiene un mandato de protección frente a una “resolución sorpresiva”. En efecto, según sostiene el TCF (BVerfG) aunque el litigante se haya expresado en una instancia sobre la cuestión litigiosa y haya alegado todo cuanto es posible aducir en la misma, cabe la posibilidad de que pueda exponer otros puntos de vista relevantes para el enjuiciamiento que se va a llevar a cabo en la nueva instancia, en el que pueden incluso alegarse nuevos hechos. Si contra la resolución dictada en esta nueva instancia no hubiera posibilidad de recurso alguno o una nueva instancia procesal, el respeto a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva no quedaría satisfecho. Es necesario para la necesaria salvaguarda del derecho que la ley procesal contemple un remedio judicial autónomo. Y ello, como se verá más adelante, en relación con todo tipo de procesos, con independencia de su importancia desde un punto de vista objetivo o crematístico. Los cauces que sirvan para dotar de garantía al derecho de audiencia deben ser de carácter universal, no sólo para determinados casos escogidos o seleccionados previamente por el legislador.

En tercer lugar y tras aceptar la necesidad de tutela judicial en los casos en los que se produce la lesión del derecho a ser oído en el proceso, el TCF (BVerfG) realiza dos precisiones referidas a cómo debe articularse la necesaria garantía. Por un lado, llega a la conclusión de que ésta no lleva necesariamente a afirmar que deban ser reparadas ante una instancia judicial superior a la que tuvieron lugar, ya que el control del error procesal puede, según la cláusula de derecho, ser asegurado a través de otras fórmulas. Por otro, que debe ser bastante y suficiente someter una única vez a control judicial las lesiones del derecho de audiencia cometidas por el órgano judicial con el fin de salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). En este sentido, el TCF (BVerfG) afirma que si en el transcurso del proceso que tiene por objeto conocer y reparar el derecho a la audiencia de un litigante se produce un error del juez a la hora de juzgar si el art. 103 fue observado o no en la actuación judicial que se pretende corregir, este nuevo error, aun de existir, no puede volver a ser objeto de tutela judicial (F.J. 5º). Esta limitación de someter a una única vez el control de las lesiones del derecho de audiencia se deriva también de la cláusula del Estado de derecho en la medida en que ésta también ha de salvaguardar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de las partes del litigio.

Una vez constatada la exigencia constitucional de establecer vías de tutela judicial respecto a las lesiones del derecho de audiencia, el TCF (BVerfG) entra a analizar lo que tal obligación exige al legislador y los órganos judiciales, así como la función que en la tutela de estos derechos de carácter procesal le corresponde llevar a cabo al propio TCF (BVerfG) a través del recurso de amparo.

Por lo que se refiere a las obligaciones que ha de cumplir el legislador, el TCF (BVerfG) llega a la conclusión de que tiene un amplio margen de maniobra, ya que puede reconducir las lesiones de los derechos del art. 103.1 LFB, bien a través de los medios de impugnación (*Rechtsmittelzug*), o bien a través de otro tipo de remedios especiales (*Abhilfemöglichkeit*). Es más, aunque el TCF (BVerfG) admite ambas posibilidades, se muestra partidario incluso de que el tratamiento que debe dispensarse a la tutela judicial del derecho de audiencia no se reconduzca por el legislador a la vía de los recursos (*Rechtsmittelzug*) y se canalice únicamente a través de los remedios (*Abhilfe*) debido a las especialidades que presenta el asunto. Lo que no puede hacer el legislador es no establecer medios de reparación del derecho ante los órganos judiciales ordinarios con el fin de que el TCF (BVerfG) dispense la tutela de estos derechos a través del recurso de amparo. Tal actuación supone la vulneración del reparto de competencias entre el TCF (BVerfG) y el resto de los órganos jurisdiccionales.

En la regulación que acometa el legislador a la hora de crear estos cauces de protección de los derechos procesales constitucionales deben tenerse en cuenta los intereses de las otras partes del proceso, la seguridad jurídica y la capacidad funcional de los tribunales. Según el Alto Tribunal Federal alemán, valorar y ponderar estos otros bienes puede conducir al legislador a limitar el remedio jurídico (*Abhilfe*) a la tutela de las exigencias derivadas del art. 103 LFB, pero no a otras infracciones de la legalidad procesal, e incluso establecer mecanismos oportunos contra su uso abusivo. De lo que se trata es de garantizar un contenido mínimo del derecho constitucionalmente reconocido, no de proteger cualquier vulneración de carácter procesal. Asimismo, para la salvaguarda de los derechos de las otras partes del pleito, el legislador deberá valorar y hacer constar con claridad en la ley las consecuencias que se deriven para el caso de que se estime que existió una vulneración del art. 103.1 LFB, así como la necesidad de audiencia que ha de tener la contraparte. Ésta también debe poder alegar en el procedimiento que se instaure para la protección del derecho de audiencia. Ahora bien, la necesidad de tener presentes estos otros bienes no debe debilitar la exigencia de que el control de las lesiones del art. 103 LFB deba ser eficaz, no meramente aparente o

formal, ya que el Estado de derecho exige la efectividad de la protección jurídica y es ésta la que debe instaurar el legislador.

Las obligaciones que se derivan del reconocimiento constitucional del derecho de audiencia no sólo vinculan al legislador sino también a los órganos judiciales. Según el TCF (BVerfG), los órganos judiciales deben también colaborar para que se hagan realmente efectivas las vías de protección de los derechos fundamentales de carácter procesal. El TCF (BVerfG) recuerda que las exigencias básicas que se derivan de tal mandato están ya en su jurisprudencia anterior a esta sentencia. Éstas se reconducen a una sola: procurar que la tutela de las lesiones del derecho de audiencia sean reparadas en la misma instancia en la que se produce su vulneración, evitando en último término, que los particulares tengan que hacer uso del recurso de amparo constitucional.

Por lo que respecta al espacio que el recurso de amparo deba tener en la protección de estos derechos fundamentales, el TCF (BVerfG) admite que no debe concluirse del contenido de la sentencia que el TCF (BVerfG) deba dejar de conocer de las infracciones del derecho de audiencia a través del recurso de amparo constitucional. Ahora bien, por las especialidades de éste último, no debe considerarse un remedio jurídico adicional a la tutela dispensada por los órganos judiciales ordinarios, porque la función que desempeña no es la misma que la que éstos tienen asignada.

Por un lado, por el tipo de control que tiene lugar en sede constitucional. En efecto, el TCF (BVerfG) conoce de los asuntos cuando termina la vía judicial y generalmente cuando la resolución judicial recaída está siendo ejecutada, contando con importantes limitaciones en el conocimiento del asunto, que se traducen incluso en que en el caso de estimarse el amparo, la consecuencia será la devolución del asunto al órgano judicial, no en su sustitución.

Por otro, por las condiciones de acceso al amparo constitucional. El TCF (BVerfG) señala que el recurso de amparo está configurado como un recurso subsidiario, ya que así lo permite el art. 94.2, frase segunda LFB y así lo ha establecido el legislador en el art. 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). Esta configuración exige que la lesión de los derechos fundamentales, también de los que se derivan del art.103.1 LFB, deban estar garantizados en la instancia, ya que, de otra manera, se vulneraría el reparto de tareas entre la jurisdicción ordinaria y el TCF (BVerfG). Además de lo anterior, el TCF (BVerfG) aduce que no toda lesión de los derechos fundamentales puede ser objeto de amparo, en la medida en que el legislador ha procedido a su objetivación, por lo que

sólo las vulneraciones con trascendencia constitucional o aquellas que afecten de modo esencial o vital al particular pueden ser objeto de una decisión del alto Tribunal. Sin embargo, según el TCF (BVerfG), la protección del derecho a la tutela judicial (*Justizgewährungsanspruch*) exige una tutela universal, no sólo la especialísima que por razones materiales o de importancia vital desde un punto de vista subjetivo pueden acceder al recurso de amparo. Así, la expectativa de los ciudadanos vinculada a la garantía judicial del art. 103.1 LFB de que confíen en el sistema judicial debe incluir también a los conflictos jurídicos que puedan parecer poco o nada importantes desde los puntos de vista objetivo y subjetivo. Los remedios establecidos por el legislador para tutelar los derechos derivados del art. 103.1 deben, en consecuencia, abarcar a todo tipo de procesos.

Una vez sentada esta doctrina, el TCF (BVerfG) analiza si el ordenamiento jurídico-procesal alemán está dotado de cauces procedimentales suficientes para tutelar los derechos comprendidos en el art. 103.1 LFB. Tras analizar que el tratamiento procesal que el legislador ha dado a la defensa del derecho de audiencia ha sido la de utilizar los recursos (*Rechtmittelzug*), llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico procesal no cumple con las garantías constitucionalmente impuestas. Según el TCF (BVerfG) es cierto que los déficits de tutela que produce la legislación procesal han sido atenuados como consecuencia, por un lado de la introducción de la llamada “revocatoria de audiencia” en el art. 321 ZPO, y por otro, por la existencia de remedios jurídicos no escritos, creados por la jurisprudencia al margen de las normas procesales. Éstos, según el TCF (BVerfG) no satisfacen las demandas jurídico constitucionales por diversos motivos. Naturalmente, un motivo principal es que la utilización de éstos está a disposición de los propios órganos judiciales que en algún momento pueden reconsiderar su propia jurisprudencia (como además fue el caso). Pero es que, sobre todo, una parte esencial del Estado de derecho es la seguridad que debe existir en el ámbito del derecho procesal y especialmente en la claridad en el establecimiento de los recursos y remedios. Efectivamente, la necesaria idoneidad y previsibilidad de la actuación de los poderes públicos –y también de los jueces— exige que estén claramente diseñados en la ley los procedimientos de control de las decisiones judiciales para los litigantes que desean solicitar la garantía del derecho. Esto sólo puede conseguirse de manera fiable cuando las condiciones y requisitos para la interposición de los recursos y remedios estén regulados en el ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que, según el TCF (BVerfG), esta falta de mecanismos procesales diseñados y contemplados expresamente en las distintas leyes procedimentales, ha producido altas cotas de inseguridad que han sufrido los particulares a la hora de elegir el cauce procesal idóneo para instar la tutela jurisdiccional del derecho de audiencia. Quien sufre una vulneración del derecho de audiencia no sabe, con certeza, si debe acudir al cauce extraordinario creado jurisprudencialmente o, por el contrario, lo procedente es interponer recurso de amparo constitucional. Los órganos judiciales y el propio Tribunal Constitucional también sufren las consecuencias que genera el déficit de los remedios jurídico-públicos extraordinarios. El TCF (BVerfG), porque no puede exigir a los litigantes que interpongan el remedio de creación jurisprudencial debido a que el citado instrumento procesal no puede considerarse idóneo a los efectos de tener por agotada la vía judicial previa, tal y como establece el art. 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). Este hecho conduce a que el TC deba amparar lesiones del derecho de audiencia cometidas por los tribunales ordinarios sin que éstos hayan tenido la oportunidad de repararlos por no existir ningún remedio procesal que así lo permita.

Con el fin de que no se sigan produciendo vulneraciones a la cláusula del Estado de derecho y al principio de audiencia constitucionalizado en el art. 103.1 LFB, el TCF (BVerfG) emplaza en su sentencia al legislador a que, antes del 31 de diciembre de 2004 y siempre y cuando no sean suficientes las modificaciones operadas en la ZPO en el año 2001, encuentre una solución al problema generado. Asimismo, el Alto Tribunal establece que, si tras la fecha indicada el legislador no cumple con el mandato previsto en la sentencia, será de aplicación una especie de remedio judicial diseñado por el propio TCF (BVerfG) con el fin de que los órganos judiciales lo apliquen en los casos en los que se vulnerara el derecho de audiencia⁶⁰². No obstante, el TCF (BVerfG) admite que, transitoriamente y hasta el 31 de diciembre de 2004, se mantenga el *statu quo*, lo que puede dar lugar a que el propio TCF (BVerfG) siga admitiendo recursos de amparo a pesar de no cumplir con los requisitos de admisibilidad legalmente establecidos.

⁶⁰² De dicho procedimiento conocerá el mismo órgano judicial que incurrió en la vulneración del derecho y el plazo para instarlo será de 14 días desde que recayó la resolución que presuntamente vulnera el derecho fundamental.

La misma doctrina recaída en esta sentencia fue reiterada por las Salas del TCF (BVerfG) en diversas ocasiones, lo que corrobora que el Alto Tribunal siguió tutelando en el periodo transitorio las lesiones del derecho a ser oído⁶⁰³.

4.1.4. La respuesta del legislador a las demandas del TCF (BVerfG).

No hubo que esperar mucho para que el legislador pusiera en marcha las medidas impuestas por el TCF (BVerfG). El 9 de diciembre de 2004 se aprobó la ley para la tutela judicial del derecho de audiencia, que entró en vigor el 1 de enero de 2005⁶⁰⁴. Causa envidia (sana) a un jurista español apreciar como el legislador sigue puntualmente las recomendaciones del TCF (BVerfG), no sólo desde el punto de vista material —aunque esto quizás exija alguna matización—, sino también temporal. El remedio jurisdiccional es sucesor del que ya fue incluido en la ZPO en la reforma acometida en el año 2001. La principal novedad que presenta es que su procedencia no se limita a las resoluciones dictadas en única instancia y que fueran apelables, sino que su objeto se amplía a todas las resoluciones definitivas irrecurribles, ya sean dictadas en única instancia, en apelación o en revisión. De esta manera se vuelve al viejo sistema anterior al ZPO de 1877, en el que todas las vulneraciones del entonces principio de audiencia podían ser objeto de revisión mediante el llamado recurso de nulidad.

El hecho de que el legislador haya cumplido con lo que le sugirió vivamente el TCF (BVerfG) no significa que los problemas hayan acabado en relación con la tutela del resto de los derechos procesales fundamentales. La doctrina y los propios tribunales ordinarios se cuestionan en la actualidad que tal instrumento procesal no sólo debería ser procedente para la tutela del derecho a ser oído, sino también para garantizar las lesiones de cualquier otro derecho procesal que sea además fundamental al derivarse así de la cláusula del Estado de derecho. Para justificar esta tesis, algunos autores han apelado a que el TCF (BVerfG) en su Sentencia de 30 de abril de 2003, relacionó el derecho a ser oído con lo dispuesto en el art. 101 y con el derecho a no obtener resoluciones arbitrarias, de ahí que el legislador debería haber ampliado su objeto, por lo menos a estos dos derechos. Por otra parte, no se comprende muy bien que el

⁶⁰³ Vid. entre otras, la STCF de 3 de octubre de 2003 (NJW 2003, pág. 3687-3689)

⁶⁰⁴ *Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehört (Anhörungsrügensgesetz).*

legislador no haya realizado tal ampliación teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia acogieron la idoneidad de la utilización del art. 321.a ZPO en su redacción dada por la Ley de 2001 a los demás derechos procesales fundamentales. A mayor abundamiento, hay que señalar que, como ya se vio anteriormente, a través del recurso extraordinario por ilegalidad manifiesta de creación jurisprudencial, no sólo se tutelaban las lesiones groseras del derecho de audiencia, sino toda infracción legal o constitucional evidente. Siguiendo entonces los mismos criterios que llevaron al Tribunal Supremo Federal (BGH) a no aplicar este mecanismo reparador a los casos en los que se vulneraba el derecho de audiencia una vez que el legislador acometió la reforma de 2001 e introdujo el art. 321.a ZPO, podría concluirse que los órganos judiciales ordinarios no pueden ampliar el objeto del remedio a estos otros derechos en la medida en que el legislador, de forma consciente, no ha querido hacerlo.

En definitiva, aunque la garantía del derecho de audiencia ha salido claramente reforzada tanto por la Sentencia del Pleno del TFC de 30 de abril de 2003 como por la posterior intervención del legislador, no ha sido así respecto al resto de los derechos fundamentales, en la medida en que su no inclusión en el art. 321.a. ZPO puede llevar incluso a un retroceso en su tutela respecto a la situación existente antes de la reforma.

Por último, hay que señalar que la reforma de la que ha sido objeto la ZPO como consecuencia de la sentencia del TCF (BVerfG) se ha extendido a otras leyes procesales. El derecho a la tutela judicial del derecho fundamental constitucionalizado en el art. 103 LFB, no es exclusivo del proceso civil, sino de todos los procesos judiciales. En este sentido, el artículo 152a) de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), el 78.a) de la Ley reguladora del Proceso Laboral (ArbGG), el art. 133 a) de la Ley Procesal Tributaria (FGO), en el art. 44 la Ley Procesal de Derecho de Familia (FamFG) contienen la regulación del remedio para asegurar el derecho a ser oído, que es reproducción del 321.a) ZPO en los términos en los que quedó redactado tras la reforma del año 2004⁶⁰⁵.

4.1.5. Algunas notas sobre la aplicación judicial del 321.a) ZPO tras la reforma de 2005.

⁶⁰⁵ Una versión actualizada de la norma y traducida al castellano puede verse en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción*, coord. P. Aberastury, Buenos Aires, 2009.

Algunos de los interrogantes que quedan en el aire y que se han puesto de manifiesto en el apartado anterior, han tenido ya tratamiento por parte de los órganos judiciales.

Por lo que respecta a la legitimación para la interposición del remedio, el Tribunal Supremo Federal no sólo ha aceptado su procedencia respecto de los litigantes principales, sino también de los intervinientes o coadyuvantes en el proceso judicial (*Nebenintervenient*)⁶⁰⁶. El Alto Tribunal ha interpretado el precepto no de forma rigurosa, sino amplia, posibilitando que todas las partes puedan instar la protección del derecho de audiencia.

Aunque ya se ha señalado anteriormente que el derecho de audiencia constitucionalizado en el art. 103 hay que entenderlo en un sentido amplio, en la medida en que también se convierte en una garantía frente a las situaciones de incongruencia (ya sea ésta por exceso o por defecto) y frente a resoluciones judiciales “sorpresivas”, la jurisprudencia no ha tardado en señalar como idónea la vía del art. 321.a) ZPO para corregir o reparar este tipo de vicios, ya que al fin y al cabo son concreción del principio de audiencia⁶⁰⁷.

La jurisprudencia de los Tribunales también se ha pronunciado acerca del tipo de vulneración que puede abrir la vía del art. 321a). ¿Debe ser ésta de carácter manifiesto, al igual que se exigía con el recurso o remedio creado *praeter legem*? Según algunos pronunciamientos judiciales, es preciso que exista la lesión del derecho, aunque no es exigible, al contrario de lo que se requería con anterioridad a la actuación del legislador, que ésta tenga un carácter grosero o manifiesto⁶⁰⁸. Ahora bien, a diferencia de lo que permitía el recurso por manifiesta ilegalidad, no se puede utilizar la vía del art. 321^a) para instar la vulneración de cualquier error grosero en la aplicación de la legalidad y que sea ajeno al derecho de audiencia constitucionalmente garantizado. Algunos Tribunales regionales⁶⁰⁹ han entendido no obstante, que este cauce deba extenderse también a la tutela de estos casos cuando los mismos no puedan corregirse a través del mecanismo establecido en el art. 319 ZPO⁶¹⁰. De acabar

⁶⁰⁶ Vid. BGH NJW 09, 2679, 2681 Tz 23. Tomo el dato de C. Thole, *op.cit.*, pág. 931.

⁶⁰⁷ Vid. C. Thole, *op. cit.*, pág. 931.

⁶⁰⁸ *Ibid*, pág. 932.

⁶⁰⁹ Entre otros, Köln FamRZ 05, 2075 f. Tomo el dato de C. Thole, *op. cit.*, pág. 932.

⁶¹⁰ “Dicho precepto establece que los errores de redacción, de cálculo o cualesquiera otros similares contenidos en la sentencia deben ser corregidos de oficio por el Tribunal” (Traducción propia). Según establece el apartado segundo del mismo artículo, los errores serán corregidos mediante providencia que

aceptándose este argumento por parte de la jurisprudencia, el art. 321a) pasaría de ser el nuevo remedio previsto para la tutela del derecho de audiencia en el sentido expuesto, a una instrumentación muy parecido, por no decir idéntica, al recurso por ilegalidad manifiesta creado jurisprudencialmente con carácter previo a la actuación del legislador.

Por lo que se refiere a la idoneidad del art. 321. a) para la tutela de otros derechos fundamentales de carácter procesal, también ha habido algunos avances en la jurisprudencia, tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional Federal. Éste último ha declarado que debería ampliarse a las resoluciones judiciales que sobrepasan los estándares de arbitrariedad establecidos a través de la jurisprudencia constitucional⁶¹¹. Sin embargo, el TS (BGH) no ha admitido aún, salvo en supuestos aislados⁶¹², su extensión para servir de cauce de reparación de otros derechos como la igualdad de armas en el proceso. Los motivos de esta resistencia, no sólo del Tribunal Supremo, sino también de la mayoría de la doctrina, es que esta posibilidad debe contemplarse expresamente por el legislador.

Tal como ha señalado Thole, no se ha desarrollado un sistema coherente, de ahí que los resultados arrojados por la jurisprudencia sean poco clarificadores. Según el citado autor, a pesar de las resistencias del BGH a la extensión del art. 321.a), debería seguir avanzándose en esta vía⁶¹³.

4.2. Otro argumento más: el art. 13 CEDH como medio de tutela del art. 6 CEDH.

4.2.1. Génesis del artículo 13: un precepto oscuro.

El artículo 13 CEDH establece que toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio “hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

se adjuntará a la sentencia. La corrección de los errores fácticos tiene un tratamiento procesal distinto (art. 320 ZPO).

⁶¹¹ Por ejemplo, BverfG NJW 04, 3551). Tomo el dato de C. Thole, *op. cit.*, pág. 932.

⁶¹² Por ejemplo, sí lo admitió en BGH, WRP 08, 96. Tomo el dato de C. Thole, *op. cit.*, pág. 933.

⁶¹³ *Ibid.*, pág. 933.

El hecho de que tal derecho esté incluido en el Convenio se debe a las grandes reticencias puestas de manifiesto por el Reino Unido a la posibilidad de que sus ciudadanos contaran con la posibilidad de accionar la protección jurisdiccional de los derechos ante una instancia internacional. La moneda que pretendían dar a cambio de no permitir demandas individuales era asegurar, en el ámbito interno, la garantía de los derechos a través de “*an effective remedy*”⁶¹⁴. Finalmente, como es de sobra sabido, ambas cosas fueron incluidas en el Convenio.

La doctrina ha puesto de manifiesto que se trata de uno de los preceptos más “oscuros” del CEDH⁶¹⁵. En buena medida, el que sea difícil dotar de contenido al precepto puede deberse a las diferencias conceptuales tan importantes que derivan de la formulación de la norma en inglés y en francés. Mientras que en el primer caso se contiene el derecho a “*an effective remedy*”, en el segundo se asegura el “*droit à un recours effectif*”⁶¹⁶. Ambas redacciones sugieren distintos derechos. No obstante, este hecho no hay que considerarlo como una excepción. Algo parecido sucede en relación con los derechos de carácter procesal incluidos en el CEDH. Efectivamente, una de las dificultades que en esta materia tuvo la redacción del Convenio es la gran diferencia que existe entre las tradiciones continental y anglosajona en la forma de entender el proceso y sus garantías fundamentales. El art. 6 CEDH contiene, al fin y al cabo, una mixtura de ambos sistemas que el TEDH ha intentado compaginar satisfactoriamente con cierta fortuna⁶¹⁷. Es evidente que el citado precepto no acogió el derecho a la acción

⁶¹⁴ Vid entre nosotros, E. García de Enterría, E. Linde Paniagua, L. I. Ortega, M. Sánchez Morón. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1983, 2ª ed. 1983, pág. 124. Y en el ámbito europeo, entre muchos otros, N. Trocker “Dal giusto processo all’effettività dei remedi; l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Seconda)”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 61, núm.1, 2007, pág. 451-452. Según señala este último autor la propuesta realizada por el Reino Unido tenía el siguiente tenor literal: “Each State party hereto undertakes to ensure: a) that any person whose rights or freedom as herein defined are violated shall have an effective remedy notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; b) that any person claiming such a remedy shall have his rights thereto determined by national tribunals whose independence is secured; and c) that the police and executive authorities shall enforce such remedies when granted”.

⁶¹⁵ Así lo ha entendido entre nosotros A. Saiz Arnaiz, “El derecho a un proceso «dentro de un plazo razonable» y la necesaria existencia de remedios nacionales ante su vulneración. Un trascendental cambio en la jurisprudencia del TEDH”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2000, pág. 1821.

⁶¹⁶ N. Trocker, “Dal giusto processo all’effettività dei remedi; l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Seconda)”, cit., pág. 452.

⁶¹⁷ Una exposición, a mi entender brillante, de la evolución de la doctrina del TEDH en relación con los artículos 6 y 13 del CEDH a partir de la idea del proceso imperante en la Europa Continental y en el Reino Unido, puede verse en dos trabajos de N. Trocker. Uno, el citado en las dos notas anteriores. El otro, “Dal giusto processo all’effettività dei remedi; l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Prima)”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 61, núm.2, 2007.

en el sentido en que ésta había venido siendo entendida en los países de *civil law* de la Europa continental, con la excepción de Francia que permaneció ajena al debate de la acción. Asimismo, tampoco se trasladó al Convenio el modo en que el Reino Unido ha entendido el proceso.

Pero lo que aquí se pretende no es un estudio del significado del art. 13 CEDH en relación con todos los derechos garantizados en el Convenio, sino con los recogidos en el artículo 6.1 y con otros preceptos del Convenio que, además de declarar un determinado derecho sustantivo, completan su regulación con la inclusión de determinadas garantías de tipo procesal. Es el caso, por ejemplo, del artículo 5, que además de regular desde un plano estrictamente sustantivo los contornos del derecho de libertad, incluye en su apartado 5º una garantía procesal al establecer que “toda persona privada de su libertad mediante prisión preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. E incluso de los artículos 2 y 3 del Convenio⁶¹⁸.

Vuelve a ser la tutela de los derechos procesales la que justifica una inmersión en el significado que el TEDH ha conferido al art. 13 CEDH. En el siguiente apartado se analizan las distintas interpretaciones que el TEDH ha sostenido a partir de una lectura sistemática de ambos preceptos –6.1 y 13—, con incursiones aisladas en otros derechos garantizados en el Convenio.

4.2.2. Una interpretación sistemática de los preceptos 6.1 y 13 CEDH: ¿Teoría de la absorción o mandato de garantía del *derecho a un Tribunal*?

Conviene señalar desde el principio que el derecho al recurso efectivo puesto en relación con el art. 6.1 CEDH experimentó una transformación importante en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo con su Sentencia de Gran Sala *Kudla c. Polonia*, núm. 30210/96, de 26 de febrero de 2000⁶¹⁹. Si el mencionado artículo apenas había gozado de protagonismo antes de la entrada del siglo XXI, las cosas han cambiado notablemente en la actualidad. Puede afirmarse que antes de dicha sentencia si el

⁶¹⁸ STEDH de 8 de enero de 2009 (*Iribarren Pinillos c. España*), párr. 49-50.

⁶¹⁹ La Gran Sala conoció directamente del asunto debido a que así lo estimó un Comité de cinco jueces en virtud de lo que establecía el art. 5.4 del Protocolo XI.

TEDH constataba una vulneración de cualesquiera de los derechos insertos en el art. 6.1 CEDH ni siquiera entraba a examinar una posible vulneración del art. 13, con el argumento de que “el art. 6.1 debía considerarse una «lex specialis» en relación con el artículo 13”⁶²⁰. El Tribunal señalaba que las exigencias derivadas del art. 6.1 eran mucho más exigentes que las impuestas por el art. 13 y por esta razón carecía de sentido en su criterio examinar una posible vulneración del artículo 13 si ya se había constatado la vulneración del 6.1⁶²¹. Alguna doctrina ha denominado a esta práctica como “teoría de la absorción”⁶²² haciéndose eco de la propia terminología utilizada por el Tribunal de Estrasburgo. De esta manera, el art. 13 sólo operaba en los casos en los que el CEDH no ofrecía un recurso o protección más sólida, es decir, judicial⁶²³. En este contexto, parecía improbable que en el futuro la jurisprudencia del Tribunal Europeo llegara a construir el art. 13 del Convenio como un refuerzo de los derechos del art. 6.1 de dicha norma. El punto de inflexión lo constituye el significativo caso *Kudla*.

Con *Kudla* esta doctrina dio un giro considerable en relación con el derecho a la duración razonable del proceso, inserto en el art. 6.1 CEDH. El TEDH concluyó en este caso que era preciso avanzar en su jurisprudencia a la luz del incremento de demandas en que los recurrentes se quejaban de la ausencia de un recurso efectivo para hacer valer el derecho a que su proceso no se extendiera más allá de un plazo razonable⁶²⁴ y

⁶²⁰ Son muy numerosas las sentencias que podrían citarse en este sentido. Vid, entre otras muchas otras, SSTEDH, de 27 de octubre de 1987 (*Pudas c. Suecia*), de 28 de junio de 1990 (*Mats Jacobsson c. Suecia*), de 26 de febrero de 1993 (*Pizzetti c. Italia*), de 16 de septiembre de 1996 (*Matos y Silva, Lda y otros c. Portugal*).

⁶²¹ A la misma consecuencia llegaba el TEDH cuando un recurrente alegaba de forma conjunta la vulneración de los arts. 5.4 (derecho al recurso en los casos de detención preventiva o internamiento) y 13 CEDH, de tal manera que una vez constatada la vulneración del primero, se obviaba si el artículo 13 también había sido infringido. Puede verse en este sentido la STDH de 28 de octubre de 1994 (*Murray c. Reino Unido*).

⁶²² Vid. en este sentido N. Trocker, “Dal giusto processo all’effettività dei remedi; l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Seconda)”, cit., págs. 453-454.

⁶²³ Vid. J-F. Flauss, “Le droit à un recours effectif. L’article 13 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Universelle des droits de l’homme*, 1991, pág. 325. Según el autor, “cuando el artículo 6.1 y el 5.4 garantizan formalmente un recurso judicial, el art. 13, que garantiza un recurso más débil, no sería aplicable simultáneamente” (traducción propia).

⁶²⁴ De ahí que, por ejemplo, A. Saiz Arnaiz (“El derecho a un proceso «dentro de un plazo razonable» y la necesaria existencia de remedios nacionales ante su vulneración...”, cit.) señale que la decisión de modificar la jurisprudencia, la basó también el TEDH en criterios de oportunidad, o en palabras de A. Saiz Arnaiz, “en una justificación política (rectius: ideológica) y sociológica”. Se manifiesta, con esta afirmación, una importante preocupación por la sistemática vulneración del derecho garantizado en el art. 6.1 CEDH que además no se produce sólo en algunos Estados signatarios, sino en buena parte de ellos, lo que supone un serio riesgo “para la «preeminencia del Derecho» y para el régimen político «verdaderamente democrático» a los que se refiere el Preámbulo del Convenio y que concretan aquel concepto en los ordenamientos constitucionales europeos”. Naturalmente, a esta misma conclusión podría llegar el TEDH si cualquier otro de los derechos previstos en el art. 6 se viera reiteradamente vulnerado.

sostuvo que el art. 13 debía ser realizado separadamente porque la lesión de ambos derechos no se superponía. Uno de los fundamentos en los que se apoya el TEDH para llegar a tal conclusión es que jurídicamente las pretensiones debían considerarse distintas ya que la cuestión de fondo que los órganos judiciales nacionales debían resolver en el proceso era ajena o difería a la queja que el éste pretendía que se examinara en virtud del art. 13: el carácter razonable de la duración del proceso.

Según el TEDH “no [se] deduce de la redacción del art. 13 un principio en virtud del cual no pudiera aplicarse el artículo 13 a cada uno de los aspectos del «derecho a un Tribunal» consagrado por el artículo 6.1.”⁶²⁵ Según apunta el TEDH, no hay ningún argumento en los trabajos preparatorios del Convenio que apoye una conclusión distinta. Es más, la ubicación del art. 13 en el sistema de protección de los derechos reconocidos en el Convenio “actúa a favor de una limitación máxima de las restricciones implícitas a esta cláusula”. El derecho al recurso efectivo, puesto en relación con el art. 35 CEDH, no es sino la otra cara de la misma moneda: la subsidiariedad. Si el art. 35 condiciona el acceso al TEDH al agotamiento de las vías de reparación internas a los Estados de los derechos del Convenio, el art. 13 no sirve sino para asegurar que dichos mecanismos de protección existan en los ordenamientos internos. Cabe pues razonablemente deducir de lo que se ha dicho, que el TEDH no reduce su doctrina sobre las relaciones que operan entre los derechos reconocidos en los arts. 6 y 13 CEDH al control de las dilaciones indebidas sino que, por el contrario, está dispuesto a extenderla respecto del resto de los derechos insertos en el art. 6.1 CEDH si la ocasión oportuna se presenta.

El Convenio no sólo prevé la existencia del recurso o remedio en el ordenamiento interno, sino que además exige que éste sea *efectivo*. La efectividad del recurso dependerá del derecho procesal concreto cuya eventual vulneración se pretenda remediar. En este sentido, y concretamente en relación con el derecho a un proceso en un tiempo razonable, el propio Tribunal ha debatido en su seno qué debe entenderse por recurso efectivo, esto es, si éste debe tener siempre naturaleza preventiva o si basta con que tenga carácter indemnizatorio o reparador, para señalar que “la mejor solución en términos absolutos es indiscutiblemente, como en muchos ámbitos, la prevención”⁶²⁶.

⁶²⁵ Ap. 151. La cursiva es añadida.

⁶²⁶ Entre otros, STEDH de 23 de octubre de 2007 (*Gjonbocari y otros c. Albania*), párr. 76. Un sector doctrinal mantiene que para que el recurso deba considerarse efectivo no basta con crear cauces que tiendan a la prevención (remedios de aceleración), sino que además es preciso que los Estados miembros establezcan remedios compensatorios que cubran cualquier lesión del derecho ya producida. *Vid.* en este

Conforme a esta doctrina, la opción del legislador nacional por incluir la vía indemnizatoria con base en el mal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ en el caso español), ha sido considerada como recurso efectivo a efectos de lo previsto en el art. 13 CEDH⁶²⁷.

Otro de los aspectos al que ha hecho referencia con carácter general la Corte Europea acerca de las notas que verifican si un recurso es efectivo son: la necesidad de que la instancia encargada de resolver el recurso sea suficientemente independiente de aquella a la que se le imputa la vulneración del derecho; no es necesario que el recurso sea siempre favorable al recurrente. Bastará al efecto, que el órgano resolutorio sea idóneo para reparar o poner fin a la lesión del derecho; por último, el TEDH ha admitido que el requisito de la efectividad puede alcanzarse a partir del conjunto de los recursos domésticos, por lo que no es necesario que tal calificativo sea predicable de uno en concreto⁶²⁸.

Por otro lado, para que un recurso o remedio sea considerado como eficaz, el Tribunal Europeo ha señalado que no es preciso que sea judicial⁶²⁹. Sin embargo, dicha conclusión que en términos generales puede ser asumida sin problemas, resulta más difícil de aceptar si el derecho vulnerado es alguno de los previstos en el art. 6.1 CEDH. Por las propias características de las que está revestida la función jurisdiccional, es difícil admitir que el control de las resoluciones judiciales llevado a cabo con el fin de verificar si se ajustan o no a las exigencias del art. 6.1 CEDH se realice por instancias no jurisdiccionales, de tal manera que, al menos para el caso español, sólo los órganos del Poder Judicial, o en su defecto el Tribunal Constitucional, podrán conocer del recurso efectivo⁶³⁰.

sentido entre nosotros, E. García-Maltrás de Blas, “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y TEDH: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible”, *InDret* núm. 2/2007, pág. 7.

⁶²⁷ Así se ha considerado expresamente, entre otras, en la STDH de 27 de septiembre de 2011 (*Ortuño Ortuño c. España*).

⁶²⁸ Estos requisitos, han sido considerados de “baja intensidad” por un sector doctrinal. *Vid.*, entre nosotros, A. Saiz Arnaiz, *op. cit.*, pág.

⁶²⁹ Así se reconoció, entre otras, en la Sentencia de 21 de febrero de 1975 (caso *Golder contra Reino Unido*).

⁶³⁰ Un sector doctrinal manifiesta ciertas reticencias a la hora de aceptar el carácter no judicial del recurso, con independencia del derecho convencional que se trata de proteger. *Vid.* en este sentido E. Carmona Cuenca, “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coords. J. García Roca y P. Santolaya, Madrid, 2009, pág. 644-645.

Las conclusiones alcanzadas por el TEDH no lo fueron por unanimidad. El juez Casadevall adicionó a la sentencia una opinión parcialmente disidente. El motivo del disenso no tiene por objeto cuestionar que el art. 13 CEDH “pueda aplicarse a los distintos aspectos del derecho internacional consagrado en el art. 6.1”, sino que se centra en señalar las complicaciones que esta nueva jurisprudencia podría acarrear, incrementando incluso la duración de los procedimientos. La obligación de crear estos recursos, para el juez disidente, lejos de mejorar la situación del recurrente, la empeorarían, ya que se obligaría a transitar por un recurso más, dilatando aun más si cabe la resolución definitiva del asunto. Resulta interesante apuntar además lo que según este juez es el objetivo fundamental del pronunciamiento sobre el artículo 13 realizado por el Tribunal, que es “obligar a los Estados a hacer frente a sus responsabilidades, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, e invitarles a establecer en sus derechos internos un recurso efectivo que permita a los justiciables quejarse de la duración excesiva de los procedimientos”⁶³¹. Y es que, como se ha dicho, el problema de la duración excesiva de los procesos judiciales, no sólo es generalizado, sino que además absorbe buena parte del trabajo de la Corte Europea⁶³².

A nadie se le escapa que estas valoraciones del Tribunal de Estrasburgo se realizaron en un momento en que éste estaba experimentando un incremento sostenido e insostenible de demandas y que la modificación en la comprensión del derecho a un recurso efectivo podía estar más orientada a aliviar su sobrecarga de trabajo que a procurar un mayor compromiso de los Estados con los derechos garantizados en el Convenio⁶³³. Pero no es ésta la conclusión a la que ha llegado un sector doctrinal. Según N. Trocker la nueva lectura del art.13 CEDH no hace otra cosa que recuperar el prístino significado del precepto tal y como se deduce de su redacción en inglés: debe existir “*an effective remedy*” que procure una adecuada reparación del derecho vulnerado, no solo de los derechos sustantivos, sino también de los derechos de carácter procesal recogidos en el Convenio⁶³⁴. Se trata de rescatar la idea anglosajona de la

⁶³¹ Voto particular del juez Casadevall, párr. 5.

⁶³² Según ha señalado E. García-Maltrás de Blas (“Dilaciones indebidas y duración de los procesos...”, cit., pág. 5), el 25% de las Sentencias dictadas en el año 2005 por el TEDH lo fue sobre la cuestión de la duración de los procesos judiciales.

⁶³³ Es más, así lo ha entendido sin ulteriores matizaciones un sector de la doctrina. *Vid.*, entre nosotros, M^a. N. Arrese Iriondo, “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dir. I. Lasagabaster Herrarte, Madrid, 2004, pág. 519.

⁶³⁴ N. Trocker, “Dal giusto processo all’effettività dei remedi; l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Seconda)”, cit., págs. 452-460.

“tutela concreta”, que se aleja en buena medida del concepto de acción que ha imperado en los Estados europeos continentales. Con la sentencia *Kudla* asistimos a un proceso de autonomización del artículo 13 CEDH respecto del 6.1 CEDH, que puede derivar, según este mismo autor, en una inversión en la importancia de ambos derechos. De lo que creo que no hay duda es que, desde *Kudla*, el art. 13 constituye una ulterior garantía de protección y, por tanto, debe ser entendido como un reforzamiento de los derechos previstos en el art. 6 CEDH⁶³⁵.

Por la posición que el TEDH ocupa en el sistema de controles de los derechos reconocidos en el CEDH, será éste el que tenga la última palabra en el control de la existencia y efectividad de estos recursos o remedios. En este sentido, parece que su función ha ido mucho más allá de la tutela subjetiva del derecho a no sufrir dilaciones indebidas. Las sentencias de condena del TEDH a los Estados por carecer de un recurso efectivo van dirigidas “a los Tribunales Constitucionales, los legisladores y los órganos judiciales nacionales, antes que a los demandantes”⁶³⁶ y, por lo mismo, su repercusión en las legislaciones procesales de los Estados miembros del Convenio puede ser importantísima. El modo de reparación no sólo puede quedar limitado a otorgar una satisfacción equitativa al litigante en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 CEDH, sino también a la adopción de medidas de carácter general. En este sentido, puede traerse a colación las manifestaciones que el Tribunal de Estrasburgo realizó en la Sentencia de Gran Sala de 8 de junio de 2006 (*Sümerli c. Alemania*). Este pronunciamiento va en la línea inaugurada por *Kudla* y condena al Estado alemán, no sólo por la infracción del art. 6.1 CEDH por no respetar el derecho a la duración razonable del proceso, sino también por la vulneración del artículo 13, puesto que el recurrente no pudo disponer en el ordenamiento alemán de un recurso efectivo en el que alegar la duración excesiva y no razonable del proceso judicial. El TEDH no impuso a Alemania medidas generales debido a que el Estado pretendió la creación de un “recurso de inactividad” a través de la oportuna tramitación de un Proyecto de Ley que finalmente no llegó a buen puerto. En este sentido, se establece en la Sentencia que el TEDH “alienta a la adopción rápida de una ley que retome las propuestas del

⁶³⁵ Esta es la conclusión que en términos generales ha extraído la doctrina. Entre nosotros, vid. A. Saiz Arnaiz, *op. cit.*; en Italia, N. Trocker, *op. cit.* en nota anterior.

⁶³⁶ La parte de frase entrecomillada corresponde a J. García Roca, *El margen de interpretación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, 2010, pág. 213. Aunque yo tomo la frase para referirla a las sentencias dictadas en relación con el derecho al recurso efectivo para la tutela de los derechos del art. 6.1, el referido autor la enuncia con carácter general, esto es, para todas las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo.

Proyecto en cuestión. El Tribunal *estima por ello que no es necesario indicar medidas generales a adoptar a nivel nacional* a la que pueda imponerse en la ejecución de la presente sentencia⁶³⁷. Este matiz ha llevado a algunos autores a afirmar que si tal Proyecto de Ley no hubiera existido, el TEDH hubiera impuesto a Alemania la adopción de medidas generales que en este caso se hubieran concretado en la introducción de un recurso efectivo dentro de su sistema jurídico procesal⁶³⁸. Esta actitud activa del TEDH puede considerarse un acicate para que los Estados que cuentan con jurisdicción constitucional se anticipen a la hora de realizar control de constitucionalidad de las leyes procesales, a una ulterior adopción de medidas generales por el TEDH.

Estas consideraciones, que además se realizan ni más ni menos que respecto de Alemania, se enmarcan en una apuesta de la Corte Europea de dar prioridad al artículo 46 sobre el 41 y a la utilización de la técnica de la sentencia piloto con mucha mayor frecuencia que hace unos años, en los que era la excepción⁶³⁹.

Naturalmente, estas decisiones del Tribunal de Estrasburgo deben dejar un amplio margen de apreciación a cada uno de los Estados a la hora de incluir en sus ordenamientos recursos o remedios efectivos con el fin de que sean éstos los que tengan un papel decisivo en la tutela del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, aún en los casos en los que el TEDH decida adoptar medidas de carácter general. Hay que tener en cuenta que este margen de apreciación está directamente relacionado y encuentra su fundamento en el principio de subsidiaridad de la tutela internacional y en el papel, sin duda protagonista, que *deben* tener los Estados en la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio⁶⁴⁰. No obstante, hay que resaltar que en el seno del Tribunal de Estrasburgo se está produciendo un debate importante acerca de las

⁶³⁷ Párrafo 139. La cursiva es añadida.

⁶³⁸ *Vid.*, en este sentido, E. Lambert Abdelgawd, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político* núm. 69, 2007, pág. 367 (trad. de L. Jimena Quesada).

⁶³⁹ *Vid.* en cuanto a la proliferación de las llamadas “sentencias piloto” y al progresivo aumento del protagonismo del art. 46 sobre el 41. E. Lambert Addelgawd, cit. pág. 366 y ss.

⁶⁴⁰ *Vid.* en este sentido J. García Roca, *El margen de interpretación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, cit., pág. 99: “el TEDH debe conceder el lugar central a los Estados miembros en la garantía e interpretación de los derechos internos (...). Los Estados forman una primera línea de defensa dotada de un carácter protagonista que es muy necesario”.

limitaciones del propio Tribunal a la hora de afectar a la soberanía de los Estados mediante la imposición de medidas de carácter general⁶⁴¹.

La jurisprudencia posterior a *Kudla* a propósito de las relaciones entre el derecho a un Tribunal y el derecho a un remedio o recurso defectivo parecen confirmar las tesis de Trocker. *Kudla* no es ya una resolución aislada. Puede decirse que en la actualidad es doctrina consolidada del TEDH que los Estados vinculados por el Convenio han de garantizar la existencia de un recurso efectivo a través del cual pueda alegarse y repararse las posibles lesiones del derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable. El Tribunal se ha visto obligado a analizar este asunto en relación con numerosos Estados partes en la Convención, incluida España⁶⁴², y ha dado lugar a condenas de un número importante de Estados. Curiosamente, entre éstos se encuentran algunos con larga tradición en la garantía de los derechos fundamentales. Las condenas han afectado, entre otros, a Alemania⁶⁴³, Austria⁶⁴⁴, Portugal⁶⁴⁵, Italia⁶⁴⁶ y Grecia⁶⁴⁷. También han obtenido condenas en el mismo sentido Turquía⁶⁴⁸ y Albania⁶⁴⁹, entre otros. Llama poderosamente la atención que entre los primeros Estados citados, la vulneración del art. 13 se aprecie sobre todo respecto de este tipo de cuestiones procesales y, sin embargo, que en relación con otros Estados cuyo reconocimiento de los derechos fundamentales es más reciente, tengan un mayor número de condenas del artículo 13 en relación con otros derechos del Convenio distintos al 6.1⁶⁵⁰.

⁶⁴¹ Puede verse, en este sentido, el voto particular del juez Zupanic a la STDH *Hutten-Czapska c. Polonia*. Éste manifiesta, en contraposición al juez Zagrebelsky, que es mejor recomendar a los Estados la adopción de medidas con la indicación expresa de las normas mínimas que exige el respeto al Convenio, que condenar 80000 veces a ese Estado y obligarle a pagar 80000 indemnizaciones y 80000 gastos y costas del proceso.

⁶⁴² SSTHDH de 8 de octubre de 2002 (*Fernández-Molina González y otros c. España*) y 27 de septiembre de 2011 (*Ortuño Ortuño c. España*)

⁶⁴³ Sentencia de Gran Sala de 8 de junio de 2006 (*Sümerli c. Alemania*), párr. 97-117.

⁶⁴⁴ Entre otras de la misma fecha, *Stempfer c. Austria*, nº 18294/03, de 26 de julio de 2007, párr. 42-48.

⁶⁴⁵ Sentencia de 10 de junio de 2008 (*Martins Castro y Alves Correia de Castro c. Portugal*), párr. 51-57.

⁶⁴⁶ STEDH, Gran Sala, de 20 de marzo de 2006 (*Cocchiarella c. Italia*)

⁶⁴⁷ Sentencia de 10 de abril de 2003, (*Konti-Arvaniti c. Grecia*), párr. 29-30.

⁶⁴⁸ Sentencia de 30 de noviembre de 2004 (*Öneryildiz c. Turquía*)

⁶⁴⁹ *Gjonbocari y otros c. Albania*, ya citada.

⁶⁵⁰ No hay más que ver las estadísticas publicadas por el TEDH para extraer esta conclusión. Frente a las 55 vulneraciones reconocidas en sentencia durante el año 2010 de Rusia, 27 de Bulgaria, ó 22 de Turquía, la mayoría de los países europeos que han mostrado un mayor respeto a los derechos fundamentales, arrojan cifras infinitamente más bajas, que además vienen referidas en la mayoría de los casos a las vulneraciones del 6.1 CEDH. Las estadísticas del año 2010 pueden consultarse en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf.

Aunque España no está entre los Estados condenados a crear un cauce específico que permita combatir las dilaciones indebidas⁶⁵¹, quizás esta nueva doctrina del TEDH ha impulsado al legislador a establecer “un recurso efectivo” en los supuestos en los que nuestro Tribunal Constitucional incurra en dilaciones indebidas⁶⁵². En efecto, el art. 139.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en su redacción dada por la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, establece que será el Consejo de Ministros el que fije “el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad”. Sin duda, el precepto abre la posibilidad de que los agraviados por las presuntas dilaciones indebidas en las que incurra el TC, tras la apreciación por éste de su concurrencia, puedan ser objeto de una compensación económica⁶⁵³. Se colma así una laguna que probablemente tuvo su germen en la doctrina del TEDH acerca de la nueva función que atribuida al artículo 13 en relación con los derechos reconocidos en el art. 6 del CEDH y, especialmente, con el derecho a no sufrir dilaciones indebidas.

Hay que resaltar también que alguno de los países que ha sido condenados por la vulneración del artículo 13 CEDH por carecer de un recurso de efectivo a través del cual instar la protección a no sufrir dilaciones indebidas, no sólo es de los que más en serio se ha tomado los derechos, sino que además cuenta con una acción individual de ante el TC para la tutela de los derechos fundamentales. Sin duda, me estoy refiriendo a Alemania. Su *Verfassungsbeschwerde* fue considerado por juristas de primer orden,

⁶⁵¹ Esto se debe, sin duda, al requisito exigido casi desde el inicio por parte del TC consistente en la necesidad de que el recurrente realice la «denuncia de mora» ante el órgano judicial que incurre en dilaciones indebidas antes de acudir al TC en amparo. Según ha puesto de relieve F. Rubio Llorente (“El recurso de amparo”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, con J. Jiménez Campo, cit. pág. 56, nota núm. 60) “es claro que esa exigencia [la denuncia de la mora ante el juez que incurre en dilaciones indebidas] se hace derivar directamente de la famosa subsidiariedad, y que no fue concebida como un modo de ejercicio del derecho. En rigor, una vez separado éste [el órgano judicial] de la observancia de los plazos legales ¿qué otra cosa es?”.

⁶⁵² Como es sabido, esto ya ha sucedido. *Vid.*, entre otras, la STEDH de 25 de noviembre de 2003 (*Soto Sánchez c. España*)

⁶⁵³ La posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por las dilaciones indebidas en las que incurriera el TC, ya había sido declarada jurisprudencialmente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con anterioridad a su previsión legal. Una crítica a esta sentencia, que sin duda comparto, puede verse en C. Aguado Renedo, “La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)”, *REDC* núm. 90, 2010, págs. 335-365.

como M. Cappelletti, el *recurso efectivo* al que alude el art. 13 CEDH⁶⁵⁴. Y durante mucho tiempo así lo ha entendido también la propia Corte Europea⁶⁵⁵. El jurista italiano se lamentó de la poca protección de los ciudadanos italianos porque en su Estado, a diferencia del alemán, no se había implementado un recurso de amparo que hiciera las veces de un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales⁶⁵⁶. Las reflexiones de Cappelletti, tras el caso *Sümerli*, no tienen hoy razón de ser. El Tribunal de Estrasburgo ha señalado en la sentencia recaída en el asunto citado, que el amparo alemán no puede ser considerado en el caso concreto como un “recurso efectivo” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 13 CEDH, en la medida en que el TCF alemán no puede otorgar al ciudadano que ha sufrido una lesión en su derecho a una duración razonable del proceso, ni el derecho a una indemnización para compensar los daños sufridos como consecuencia de la duración excesiva del proceso, ni obligar al juez *a quo* a fijar una fecha para la vista.

Más allá del caso concreto, esta resolución de la Corte Europea viene a cuestionar no sólo las importantes limitaciones de un instrumento de la jurisdicción constitucional que ha sido considerado decisivo y fundamental para la tutela de los derechos fundamentales, así como para salvaguardar del carácter subsidiario del TEDH⁶⁵⁷, sino también su adecuación, como consecuencia de su objetivación en algunos países, para hacer las veces del recurso efectivo al que se refiere el art. 13 CEDH.

En otro orden de consideraciones, hay que apuntar finalmente que la nueva lectura del artículo 13 CEDH iniciada con *Kudla* no sólo va tener consecuencias importantes en el sentido indicando anteriormente respecto a los Estados de la Europa continental en el que la tradición de *civil law* ha sido en buena parte ajena a la figura del “*effective remedy*”, sino que también van a proyectarse sobre el sistema procesal del

⁶⁵⁴ “Le garanzie costituzionali delle parti nel proceso civile italiano”, *Giustizia e società*, Milán, 1972, págs. 359-350.

⁶⁵⁵ En el párrafo de *Sümerli*, se citan Sentencias del propio TEDH en las que el que se consideró idóneo el recurso de amparo para la tutela del derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable. Entre otras, STEDH de 18 de julio de 1986 (*W. c. Alemania*).

⁶⁵⁶ *Op. cit.*, pág. 350. Cuando el gran jurista italiano escribe este trabajo, Italia no sólo no contaba con un recurso individual ante el TC, sino que tampoco se había adherido a la cláusula facultativa prevista en el antiguo art. 25.1º del CEDH concerniente a la posibilidad de que los ciudadanos accionaran un recurso individual ante la Comisión. Estas dos lagunas, según Cappelletti, producían una injustificada situación de desventaja a los ciudadanos italianos respecto de los ciudadanos de otros Estados europeos en la tutela de los derechos previstos en los arts. 6 y 13 CEDH.

⁶⁵⁷ En *Sümerli* (párrafo 105), el TEDH llegó a la conclusión de que el TCF a través del recurso de amparo “no puede establecer fechas límites para ordenar a los órganos judiciales cuando deben acabar los procesos. (...) Tampoco puede dar compensaciones económicas”.

Reino Unido. La sentencia *Z. y otros contra el Reino Unido* es una buena prueba de ello⁶⁵⁸.

4.2.3. El caso *Sümerli* y la Sentencia del TCF de 30 de abril de 2003: sus similitudes.

La STEDH que “alienta” a Alemania a crear un “recurso efectivo” para la tutela del derecho a una duración razonable del proceso se dicta cuando el TCF ya ha ordenado al legislador alemán, en su sentencia de 30 de abril dictada por el Pleno, a crear un recurso efectivo para la tutela judicial del derecho a ser oído en el proceso. El TEDH se hace eco de esta resolución y la incluye, citando párrafos literales, en *Sümerli* (párrafo 70)⁶⁵⁹. Se resalta no sólo la obligación impuesta al legislador para la creación de un recurso efectivo para la tutela del derecho a ser oído, sino también las consideraciones del TCF acerca de la necesaria seguridad jurídica de la que deben gozar los mecanismos de tutela, esto es, los recursos para que puedan ser correctamente utilizados por los litigantes, lo que llevó al TCF alemán a aceptar sólo transitoriamente los recursos creados jurisprudencialmente *—praeter legem—* para la tutela del derecho a ser oído.

No obstante, el TEDH señaló en su sentencia *Sümerli*, que en otros casos resueltos por el TCF a propósito del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, éste último había inadmitido los recursos de amparo por no haber interpuesto el litigante este tipo de remedios no escritos en las leyes procesales alemanas antes de acudir en amparo a la jurisdicción constitucional⁶⁶⁰. Aunque es cierto que esta última resolución es resuelta por una Sala, no por el Pleno, y que no viene referida al derecho a ser oído en el proceso, sino a la duración razonable de éste, no deja de llamar la atención la contradicción en la que incurre el TCF. Seguramente, el TEDH incluye estas resoluciones del TCF en las que inadmite los amparos por no haber acudido previamente a los remedios creados *praeter legem* para que el Alto Tribunal alemán sea consciente de sus propias incoherencias, pero también como una llamada a la

⁶⁵⁸ Sentencia de 10 de mayo de 2001 (*Z. y otros c. Reino Unido*).

⁶⁵⁹ No deja de ser curioso el hecho de que un sector doctrinal considere que la Sentencia del TCF de 30 de abril de 2003 fuera una forma de secundar al TEDH en el caso *Kudla*. *Vid.*, en este sentido K.-P. Sommermann, “La admisibilidad del recurso de amparo en Alemania”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pág. 53.

⁶⁶⁰ El TEDH cita en este sentido la STCF de 19 de enero de 2004.

comprensión del Estado alemán a la hora de animar al legislador alemán a crear un recurso efectivo para la tutela del derecho a no sufrir dilaciones indebidas.

Y es que la posición de ambos Tribunales en los dos supuestos examinados era prácticamente idéntica: reiteración de casos, falta de recursos efectivos ante los tribunales de instancia para instar su reparación o la cesación en la vulneración del derecho y la necesidad de que ambos se tuvieran que hacer cargo de su tutela por no existir otras vías adecuadas al efecto. Los argumentos en los que se basaron ambos Tribunales, también se parecen bastante. Ambas instancias ponen de relieve la necesidad de preservar la subsidiariedad de los mecanismos de tutela de derechos que tienen encomendados; ambas apelan a la norma a la que se encuentran vinculados y deben preservar para concluir en la necesidad de tutela de los derechos a través de recursos efectivos.

4.3. La experiencia italiana: la apertura de la acción de revisión (*revocazione*) a los errores del juzgador.

El sistema italiano presenta importantes peculiaridades en relación con el español y con el alemán. La más importante a los efectos de este trabajo es que en Italia, a diferencia de los que ocurre en los Estados antes mencionados, no dispone de recurso de amparo constitucional por lo que éste no ha podido hacer las veces de un recurso más, general y ordinario, para la tutela de los derechos fundamentales cuando éstos son vulnerados en resoluciones judiciales irrevocables. Los medios de impugnación han constituido, en consecuencia, la única vía de tutela de los derechos de carácter procesal. Por este motivo, los términos del problema que generan las sentencias firmes que incurrir en vulneración de los derechos del proceso *fair* o debido, no se plantean en si tales asuntos deben salir o no de la protección dispensada por la Corte Constitucional, sino más simplemente, en si debe existir alguna vía procesal para su efectiva protección.

Adelanto ya que el caso que traigo a colación, sobre el que tuvo que pronunciarse la Corte Constitucional, no tiene el alcance que contienen los resueltos por el TEDH y por el TCF alemán, pero creo que va en esa misma línea.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional italiana del que quiero ocuparme tuvo por objeto la regulación de la acción de revisión italiana (*revocazione*)⁶⁶¹. El apartado 4º del artículo 395 del Código Procesal Civil Italiano (en adelante CPC italiano) establece que las sentencias dictadas en apelación o grado único podrán ser objeto de revisión no sólo con base en los motivos que contempla la legislación española, que vienen referidos únicamente a circunstancias extraprocerales ajenas por completo a la actuación del órgano judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino también cuando la sentencia sea producto de un error de hecho resultante de las actuaciones o documentos de la causa⁶⁶².

Se abre así la posibilidad de revocar las resoluciones judiciales cuando la injusticia de la sentencia se debe única y exclusivamente al error evidente del juzgador en los casos en los que, o bien se ha tenido por probado un hecho cuya veracidad es “*incontrastabilmente esclusa*”, o bien se ha partido de la inexistencia de un hecho cuya veracidad es “*positivamente stabilita*”⁶⁶³. En ambos casos, la evidencia del error del juzgador ha de ser patente porque así se desprenda de lo actuado en el proceso, de ahí que no se admita la acción de revisión en aquellos casos en los que pretenda fundarse sobre presuntos errores basados en hechos que constituyeron uno de los puntos sobre los que versó la controversia y respecto de los que el juez se pronunció en la sentencia⁶⁶⁴. En pocas palabras: El art. 395.4 es comparable al error fáctico patente en

⁶⁶¹ A pesar de que en el texto principal se utilice el término “revisión” la legislación italiana ha venido utilizando desde antiguo el término *revocazione*. He preferido, para no confundir al lector, utilizar el *nomen* del recurso con su homólogo en España en lugar de realizar una traducción de tipo literal. Además del error de hecho, el resto de los motivos que pueden dar lugar a la revisión (*revocazione*) en Italia son: el dolo de una de las partes, la aportación de pruebas falsas (lo ignorara o no la parte que las aportó al juicio), la aparición de nuevos documentos que fueran decisivos en el caso y el dolo del juez (prevaricación) y la existencia de cosa juzgada. Los cuatro primeros motivos son coincidentes con los que en España pueden dar lugar a la revisión. Sin embargo, en Italia no sólo acontecimientos trascendentes al proceso pueden abrir esta vía de rescisión de sentencias firmes. Además del error de hecho imputable al juez, la vía de la revisión puede ser utilizada para hacer valer la excepción de cosa juzgada.

⁶⁶² Es la propia Ley la que define qué debe entenderse por “error hecho”: según el apartado 4º del artículo 395 del CPC italiano se produce tal error cuando la decisión esté fundada en la suposición de un hecho cuya verdad es incontestablemente excluida o bien cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad se ha establecido positivamente y tanto en uno como en otro caso si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el que la sentencia tuvo que pronunciarse. Claramente, el precepto trata de proteger a los litigantes frente a sentencias cuya injusticia deriva del error manifiesto del juez en la consignación de los hechos probados.

⁶⁶³ Con estos adjetivos se refiere a tal clase de errores C. Ferri, “La revocazione e l’opposizione di terzo. Il giudicato”, *Lezione sul processo civile I. Il processo ordinario*, con L. P. Comoglio y M. Taruffo, Bologna, 2006, pág. 679.

⁶⁶⁴ Vid. C. Ferri, *op. cit.*, pág. 680. F. Rota (“Della Revocazione”, *Comentario breve al Codice di Procedura Civile. Complemento giurisprudenziale*, dir. F. Capri y M. Taruffo, Padua, 2008, págs. 2145-246) ha señalado, citando al efecto jurisprudencia, que “el error de hecho debe tener la condición de

el sentido en el que lo ha entendido nuestro TC. La diferencia esencial entre nuestro sistema y el italiano es que mientras éste ha residenciado el conocimiento de su concurrencia a los tribunales ordinarios a través de la acción de revisión (*revocazione*), en nuestro país se ha venido corrigiendo en última instancia por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Inicialmente este motivo de revisión –el error de hecho manifiesto imputable al juez— sólo era procedente según el CPC italiano contra las sentencias dictadas, bien en único grado, bien en apelación. Esta circunstancia llevó a la Corte de Casación a plantear cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional al entender que el artículo 395.4 del CPC italiano podía vulnerar los artículos 3.3⁶⁶⁵ –igualdad— y 24.1 y 2⁶⁶⁶ –derecho al debido proceso— de la Constitución en la medida en que impedía que las sentencias dictadas en casación pudieran ser objeto de recurso de revisión cuando estuvieran afectadas por el error de hecho que describe el apartado 4º del artículo 395 del CPC italiano. Esta cuestión fue resuelta en la Sentencia n. 17 de 1986 en la que se declaró la inconstitucionalidad del precepto en la medida en que no permitía que los errores fácticos en los que incurría la Corte de Casación pudieran ser objeto de acción de revisión (*revocazione*).

Los motivos que llevaron a la Corte Constitucional a declarar su inconstitucionalidad se centraron en el art. 24 y no en el artículo 3, ambos de la Constitución. La ley, en la medida en que no permitía la acción de revisión de las resoluciones de la Corte de casación, vulneraba el derecho de defensa. Según la Corte Constitucional entra dentro del ámbito protegido por este derecho garantizar que los errores de hecho como los que describe el apartado 4 del artículo 395 del CPC italiano,

absoluta inmediatez y de simple y concreta detección, sin que se requiera de argumentaciones inductivas, y menos aún, de especiales investigaciones hermenéuticas, y no cabe en las distintas hipótesis de error cuyo origen se encuentre en una apreciación cualquiera de las conclusiones procesales” (traducción propia).

⁶⁶⁵ El artículo 3 de la Constitución italiana establece: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁶⁶⁶ Asimismo, el art. 24 tiene el siguiente tenor literal: “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos.

La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento.

Se garantiza a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.”

es decir los especialmente graves y patentes, puedan ser corregidos en todas las instancias y grados, pudiendo dar lugar a la rescisión de la resolución judicial que incurra en tal defecto en el caso de no poder ser reparados a través de los recursos⁶⁶⁷. Y ello debe incluir también a las sentencias dictadas por la Corte de Casación en los recursos de casación que sean susceptibles de errar en la *quaestio facti*⁶⁶⁸. La Corte Constitucional reconoció así una laguna en el ordenamiento jurídico procesal italiano y apeló al legislador a colmarla cuanto antes⁶⁶⁹. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional hizo reaccionar al legislador, que poco tiempo después incluyó un nuevo artículo en el CPC italiano a través del cual se posibilita que las sentencias dictadas en casación puedan también ser objeto de la acción de revisión (*revocazione*) en el caso de que incurrieran en el supuesto al que se refiere el artículo 395.4 del CPC italiano⁶⁷⁰. Tal posibilidad de impugnar a través de la *revocazione* los errores fácticos patentes cometidos por la Corte de Casación, se ha ampliado, según la más reciente jurisprudencia, no sólo a las sentencias que dicte éste, sino también a las *ordinanze* de la propia Corte de casación⁶⁷¹.

Como puede observarse, la gran diferencia entre el Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional italiana es que mientras que el primero ha visto en la fórmula del amparo constitucional la vía adecuada para la reparación de este derecho cuando no existen otros medios de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, la segunda entiende que es obligación del legislador el establecimiento de medios de impugnación que permitan garantizar la corrección del error de hecho manifiesto o

⁶⁶⁷ El fundamento jurídico n. 3.2 de la sentencia dice literalmente que el derecho de defensa contenido en el artículo 24.2 de la Constitución “se estaría vulnerando gravemente si no fueran susceptibles de corrección los errores de hecho como los descritos en el artículo 395 n. 4 del C.P.C.”

⁶⁶⁸ Según la Corte Constitucional, el hecho de que la Corte de Casación sea un órgano instituido para realizar funciones nomofiláticas, no excluye la posibilidad de que ésta pueda incurrir en errores de hecho. Y ello porque el artículo 360 n. 4 del CPC italiano establece como motivo de casación la infracción de determinadas normas de procedimiento. Pues bien, cuando la Corte de casación verifica si se han vulnerado o no dichas normas de procedimiento está obligada a examinar los hechos, es decir, el *iter* procesal, al igual que cualquier otro juez de instancia. Y es precisamente ahí, es decir, en los recursos de casación interpuestos al amparo del artículo 360.4 del CPC italiano donde puede producirse el error de hecho al que se refiere el artículo 395.4 del CPC.

⁶⁶⁹ En el último fundamento jurídico de la sentencia se establece: “Corresponde por tanto al poder legislativo colmar la laguna, en cuanto sea necesario y desea esta Corte que la suya no sea *vox clamans in deserto* también por la extrema rareza de los asuntos, en los que se ha imputado a juicios de fondo la comisión del motivo de revocación basados en el art. 395 n. 4, no hace temer un aumento de accesos a la Corte de Casación.” (traducción propia)

⁶⁷⁰ El artículo 67 de la Ley de 26 de noviembre n. 353 de 1990 (disposiciones urgentes para el proceso civil) añadió un nuevo artículo 391 bis al CPC italiano en el que se posibilita que las sentencias recaídas en casación por infracción de precepto procesal puedan ser objeto de revisión si concurren las circunstancias previstas en el artículo 395.4 del mismo texto legal.

⁶⁷¹ *Vid.* C. Ferri, *op. cit.*, pág. 680-681.

patente imputable al juez. En definitiva, cuando de lo que se trata es de asegurar las distintas vertientes del derecho contenido en el art. 24.1 de la Constitución italiana, la Corte Constitucional dicta sentencias apelativas con el fin de que el legislador cree los cauces adecuados para su reparación, que también consisten en ampliar, como en este caso, los supuestos en los que procede hacer uso de un medio de impugnación.

5. La necesaria revisión de la doctrina constitucional sobre el derecho a la existencia de medios de impugnación.

Los argumentos que hasta ahora se han puesto de relieve para llegar a la conclusión de que la Constitución sí debe garantizar la tutela de los derechos del art. 24.1 a través cualesquiera medios de impugnación (recursos, remedios o acciones de rescisión o anulación), así como las conclusiones alcanzadas por otros Tribunales Constitucionales y por el propio TEDH, requieren un análisis de la jurisprudencia constitucional acerca del derecho a los recursos y de su vinculación al legislador y a los órganos judiciales ordinarios.

Teniendo en cuenta lo que se ha dicho hasta ahora respecto al caso español, podría erróneamente pensarse que el TC no ha dedicado muchos esfuerzos al derecho a los recursos ya que, salvo en el orden penal, no ha admitido nunca que de la Constitución se derive un derecho a su existencia. Sin embargo, no ha sido así. Son muchas las resoluciones que se han ocupado de esta vertiente o proyección del artículo 24.1 CE, lo que ha creado un importante cuerpo doctrinal al respecto. A pesar de que en capítulo anterior se han esbozado los contornos esenciales de este derecho, se hace necesario retomar de nuevo su estudio con el fin de poner de relieve, no sólo los aspectos de éste que han ocupado el tiempo y el trabajo del Tribunal Constitucional, sino también para aclarar los puntos que podrían tenerse en cuenta para una futura revisión o modificación de la doctrina constitucional.

5.1. La primera doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al recurso.

Debido quizás a las grandes expectativas que generó la aprobación de la Constitución pronto llegaron al Tribunal Constitucional recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad —aunque estas en infinita menor medida— referidos al Derecho que regulaba el acceso a los recursos. Algunos de los amparos tenían por

objeto solicitar del Tribunal la creación de determinados medios de impugnación hasta entonces inexistentes. Sin embargo, el Tribunal desde el principio lo tuvo claro.

La premisa de la que siempre ha partido es que no se deriva de ningún precepto constitucional la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos o remedios, salvo en el orden jurisdiccional penal. Así lo entendió el Tribunal en una de sus primeras resoluciones y así lo ha venido manteniendo con más o menos contundencia a lo largo de los años⁶⁷². A tal extremo ha llegado que incluso ha afirmado en la importante STC 37/1995 que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le dé cada una de (las) leyes de enjuiciamiento reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales, sin que, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal”. Y ello a pesar de que la doctrina o los propios Tribunales a través de sus resoluciones hayan considerado la conveniencia de la instauración de un determinado tipo de recurso⁶⁷³.

Podría aducirse, precisamente por la doble función que cumplen los medios de impugnación, que el TC sólo ha venido negando que de la Constitución se derive un derecho a la existencia de recursos en aquellos casos en los que el medio de impugnación sirve a la sola función revisora o correctora de la resolución judicial dictada de conformidad con las exigencias del artículo 24.1 CE, y que tal doctrina general no incluye aquellos casos en los que el recurso es el único modo de tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Sin embargo, no hay ninguna duda de que el TC incluye en su tesis ambos supuestos. En primer lugar, porque nunca ha matizado tal extremo a pesar de haber tenido centenares de ocasiones para hacerlo⁶⁷⁴. Y en segundo

⁶⁷² En el ATC 121/1981 se estableció: “(...) no se puede decir que coloque a un litigante en indefensión el hecho que respecto de concretas situaciones relativas a la marcha de un procedimiento o a la promoción o no promoción de incidente, no se permita la interposición de recursos. Puede entenderse que la articulación de razonables recursos respecto a las decisiones de fondo forma parte del derecho a la jurisdicción que consagra el art. 24, pero en modo alguno lo es que todas las decisiones de impulso procesal tengan que poder ser recurridas para que el art. 24 de la Constitución sea observado”. Esta misma doctrina es reiterada en infinidad de resoluciones, entre otras, en las SSTC 3/1983, 54/1984, 60/1985, 2/1986, 58/1987, 133/1988, 6/1989, 29/1990, 51/1991, 108/1992, 149/1993, 28/1994, 37/1995, 26/1996, 125/1997.

⁶⁷³ *Vid.*, entre otras, STC 54/1984.

⁶⁷⁴ Un buen ejemplo lo constituye la STC 214/2003. El recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sala Primera del Tribunal Supremo hizo una interpretación en exceso rigorista de las normas reguladoras de los requisitos que ha de revestir el escrito de interposición de la casación. El motivo que según los antecedentes de la sentencia de amparo dio lugar a la interposición del recurso de casación fue la solicitud de tutela del derecho a la prueba que, supuestamente, había vulnerado la Audiencia Provincial. A pesar de que tal circunstancia se desprendía con claridad de lo aducido en la demanda de amparo, el TC se limita a resolver en la sentencia la alegada infracción del derecho de acceso a los

lugar, porque en algunas sentencias se ha referido expresamente a que el segundo de los supuestos antes apuntados, también está incluido en su doctrina general. Un buen ejemplo lo constituye la doctrina recaída en la STC 185/1990, que será motivo de análisis más adelante.

El TC ha venido admitiendo que, una vez que los medios de impugnación son creados por el legislador, el derecho de acceso a los mismos “forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye una de sus vertientes” (STC 31/1992 que se remite a su vez a la 37/1982, 19/1983 y 93/1984). Ahora bien, ¿qué significó en estos primeros momentos la integración del derecho de acceso a los recursos en el genérico derecho a la tutela jurisdiccional? O mejor dicho, ¿qué cambio era tan necesario para que el Alto Tribunal tuviera algo que decir respecto a las obligaciones que el reconocimiento de tal derecho imponía a los órganos judiciales? Me parece que la respuesta venía referida al significado y al fin de la ley procesal. Creo que si el Tribunal quiso fiscalizar esta materia fue por el carácter ritual del que en parte participaba la ley procesal. Tal y como han señalado algunos autores, la reducción del Derecho Procesal a un mero procedimiento o a una concatenación de actos del poder público (juez) y de las partes dio lugar a una distorsión del verdadero sentido del proceso, convirtiéndolo en una fórmula hueca de contenido, en lugar de en un cauce adecuado para la protección de los intereses tanto particulares como generales. En este sentido, el establecimiento de determinados requisitos tanto para el acceso como para la prosecución del proceso y su eventual impugnación podían ser considerados meros formalismos o rituales a cumplir por las partes, estando totalmente desvinculados del verdadero fin al que sirve el proceso, cuyo incumplimiento podía llevar aparejada incluso la sanción máxima: la inadmisibilidad. Este divorcio entre el verdadero fin del proceso y los requisitos impuestos por el legislador en su ordenación han sido una

recursos por lo que sólo se verifica si la resolución judicial impugnada incurre en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. No obstante, según afirma el TC, “el hecho de que el rigorismo enervante que se imputa a la lesión del Tribunal Supremo *traiga su causa, además, en la presunta vulneración de un derecho fundamental, deberá tenerse en cuenta a la hora de examinar el canon referido*” (FJ 2º). Una lectura completa de la sentencia desdice lo adelantado en el FJ 2º, ya que la Sala se limitó a aplicar su doctrina al respecto. A la sentencia se adiciona un voto particular de Gay Montalvo en el que, remitiéndose al emitido a la STC 71/2002, considera que debió haberse aplicado el principio *pro actione* o de interpretación más favorable. Me parece que el TC acertó de pleno en la denegación del amparo, pues en este caso el recurrente en amparo no cumplió en el escrito de interposición, ni siquiera mínimamente, con los requisitos exigidos en la LEC. El principio *pro actione* no puede convalidar todos los defectos y negligencias en los que incurren los demandantes a la hora de cumplir con los requisitos procesales exigidos en las leyes de enjuiciamiento. Sin embargo, el hecho de que en el amparo se planteara la posibilidad de aplicar distintos cánones de enjuiciamiento a los casos en los que a través de la interposición de un recurso se pretende la revisión de la legalidad ordinaria o la tutela judicial de las infracciones de las garantías previstas en el art. 24.1 hubiera merecido otra respuesta por parte del TC.

constante reivindicación de la doctrina procesalista que vino a acentuarse aún más con la entrada en vigor de la Constitución. En este sentido, ya desde el comienzo, el Tribunal Constitucional se refirió al Derecho Procesal no como un conjunto de normas neutras sino como un marco más para la realización de la Constitución⁶⁷⁵.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva venía a exigir, cuando menos, una justificación del establecimiento por parte del legislador de tales requisitos, además de su proporcionalidad con los fines perseguidos. Desde esta perspectiva, podría vulnerarse el mencionado derecho si el legislador procediera a introducir en las leyes procesales el cumplimiento de determinados requisitos cuya única razón de ser fuera la de actuar como carga para las partes con el fin de dificultar la obtención de la mencionada tutela, o que estando previstos para responder a fines legítimos, aquellos resultaran desproporcionados. Dichas cargas, para que fueran conformes con la Constitución, deberían responder a fines legítimos: igualar a las partes en el proceso que parten de hecho de una situación de desigualdad (obligación de consignar a una sola de las partes), facilitar la labor del juzgador (la preceptiva asistencia letrada, la exigencia de motivación de los recursos), etc. En definitiva, me parece que de lo que se trataba era de acabar con los tantas veces llamados por el Tribunal “formalismos enervantes”. Resoluciones del Tribunal Constitucional reiterando la doctrina apuntada pueden encontrarse en abundancia⁶⁷⁶. Es más, la legislación procesal pronto introdujo como norma uno de los principios que el Tribunal había utilizado en su jurisprudencia: la subsanabilidad. Así el artículo 11 de la LOPJ estableció la obligación de los órganos judiciales de “resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

⁶⁷⁵ En este sentido, en la STC 3/1983, a la que me referiré más adelante por otros motivos, se juzgó si era conforme a la Constitución el tratamiento diferenciado más favorable que la ley procesal laboral de 1980 dispensaba al trabajador frente al empresario. Los motivos en los que el Tribunal basó su fallo se sitúan en esta idea: la desigualdad con la que parte el trabajador frente al empresario en las relaciones laborales ha de ser corregida no sólo en el plano sustantivo, sino también en el procesal, en la medida en que este ordenamiento no es un conjunto neutro de normas.

⁶⁷⁶ Así, la STC 32/1991, remitiéndose a su vez a las SSTC 46/1989 y 62/1989 estableció que “aunque el legislador goza de un amplio margen para la regulación de tales requisitos (los de acceso a los recursos), como los mismos condicionan el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no pueden ser fijados arbitrariamente, sino que deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia y que «por la misma razón las normas que los contienen han de ser interpretadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerlos, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales». En el mismo sentido pueden verse las SSTC 3/1983, 57/1984 y 84/1992, entre otras.

Las cuestiones apuntadas fueron las que en los primeros años de andadura del TC absorbieron su atención y sus esfuerzos en relación con el derecho a acceder a los recursos. Como sucede respecto al resto de las vertientes del art. 24.1 de la CE, el instrumento por excelencia para llevar a efecto el nuevo diseño del derecho fundamental fue el recurso de amparo constitucional. De esta cuestión me ocupo en el epígrafe siguiente.

5.2. El control de constitucionalidad a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Su repercusión en el amparo constitucional.

5.2.1. Los medios de impugnación: una materia exenta de control a través del recurso de inconstitucionalidad.

Atender a las cifras es en ocasiones importante y creo que esta es una de ellas. Desde la entrada en vigor de la Constitución, salvo error, no se ha interpuesto ningún recurso de inconstitucional referido a una norma con rango de ley reguladora de medios de impugnación y tan solo ocho cuestiones de inconstitucionalidad, que además han tenido por objeto el control de leyes aprobadas con posterioridad a 1978, es decir, una vez vigente la Constitución.

En relación con el recurso de inconstitucionalidad, hay que señalar que oportunidades ha habido de plantearlos. Todos los órdenes jurisdiccionales, salvo el penal, han visto renovadas sus normas procesales y respecto a las viejas, todas ellas fueron objeto de reformas parciales, algunas por cierto muy discutidas por la doctrina. Sin embargo, me parece que la ordenación procesal no es algo que interese especialmente a la clase política, que si de algo está realmente pendiente es de las cifras que resaltan el gran atasco de algunos órganos judiciales. Me parece que hay varios factores que contribuyen a que esto sea así. En la elaboración de este tipo de normas, la opinión de expertos y de forma muy especial de una parte de los destinatarios de la Ley (los Jueces) es tomada muy en cuenta y así creo que se entiende desde la clase política. En determinadas ocasiones la reforma se ha realizado atendiendo a peticiones concretas de la judicatura, generalmente también relacionadas con la gran sobre carga de asuntos que sufren algunos Tribunales. Por otra parte, no me parece que sea la materia idónea para centrar el debate y la contienda política. Por todo ello, es casual que hasta la fecha

no se haya interpuesto ningún recurso de inconstitucionalidad contra leyes reguladoras de medios de impugnación. Sin duda, opino que esta será la pauta general, por eso no debe esperarse que sea esta la vía mediante la cual el Tribunal realice el control de constitucionalidad de las normas reguladoras de los medios de impugnación.

5.2.2. El control de las normas reguladoras de los medios de impugnación a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo que respecta a la cuestión de inconstitucionalidad, tan sólo han sido ocho las interpuestas, que en realidad deben reducirse a seis, ya que dos de ellas son autocuestiones de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC), por lo que la duda acerca de la posible inconstitucionalidad ha sido planteada por el Tribunal Constitucional y no por un Juez o Tribunal integrante del Poder Judicial. Es importante también atender a las fechas en las que dichas cuestiones se han planteado y a los órdenes jurisdiccionales que se han referido. Todas ellas son anteriores al año 1995 y se refieren a leyes reguladoras de los órdenes social (4), civil (1) y militar (2). Además, una de ellas recayó sobre el incidente de nulidad de actuaciones tal y como fue configurado en la redacción original de la LOPJ.

El control que ha realizado el Tribunal Constitucional a través de estos procesos ha tenido por objeto tanto la regulación de las causas y los casos que posibilitan el acceso al recurso como los requisitos procesales impuestos por el legislador en la tramitación de los mismos. La forma en la que el Tribunal Constitucional ha resuelto con carácter general unos y otros casos no ha sido la misma. Mientras que en relación con el primer grupo de normas, el Tribunal, por norma general, no dudó en dictar una sentencia que dejara definitivamente decidido el asunto, no sucedió así con las segundas, respecto de las cuales, el Tribunal se remitió a la vía del recurso de amparo como la idónea para perfilar los contornos de la interpretación del precepto de conformidad con la Constitución. Veamos a continuación, atendiendo a los pronunciamientos concretos, las diferencias que surgieron entre el control de uno y otro tipo de normas. Al primer grupo corresponden las SSTC 51 y 76/1982, 27/1985 y 125/1995. Al segundo, las SSTC 84/1992, 3/1983 y 48/1995. Requiere asimismo un tratamiento diferenciado la SSTC 185/1990, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 240 LOPJ, regulador del incidente de nulidad de actuaciones.

En la STC 51/1982, el Tribunal declaró inconstitucional la norma que impedía el acceso a la suplicación de las resoluciones judiciales recaídas en materia de clasificación profesional. Además de por motivos formales, el TC entendió que dicha exclusión también era inconstitucional por motivos materiales. Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias me remito a lo que se dirá en el capítulo quinto de este trabajo.

Ese mismo año, el TC, en su STC 76/1982, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 de la LO 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar en el inciso “superiores a tres años”. Dicha norma posibilitaba interponer recurso de casación únicamente al Ministerio Fiscal y a los condenados a penas de privativas de libertad superiores a tres años. El problema se planteaba, por tanto, respecto de aquellos condenados a penas inferiores a tres años de privación de libertad, ya que sólo podían tener acceso al recurso de casación si la sentencia era recurrida por el Ministerio Fiscal. Sólo en este último caso podían personarse ante el Tribunal Supremo y, por adhesión, defender sus intereses legítimos y, en consecuencia, proceder a la impugnación de la resolución condenatoria. El problema no se centraba en la indefensión en el recurso, sino en la desigualdad de armas que la ley imponía en la fase de impugnación de la sentencia condenatoria. A pesar de que el Ministerio Fiscal entendió que la norma era vulneradora del artículo 24.2 CE en relación con el artículo 14.5 del PIDCyP, en la medida en que no permitía a determinados condenados la revisión de la pena por un Tribunal Superior, el Tribunal Constitucional consideró que éste no era el motivo de inconstitucionalidad de la norma recurrida. Según el TC, el Tribunal superior existía – el Supremo— y el recurso también –la casación—, por lo que la inconstitucionalidad del precepto se derivaba únicamente del artículo 24, por cuanto “creado un recurso en materia penal en nuestro ordenamiento, (...), tal garantía procesal (...) ha de estar a disposición de todas las partes”. Idéntica doctrina fue reiterada en la STC 27/1985, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 13 de la LO 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar al contener una regulación idéntica a la de su artículo 14.

Asimismo, también fue objeto de discusión el tratamiento diferenciado que la LPL de 1990 dispensaba al trabajador y al empresario en el acceso al recurso de suplicación. En este caso, a diferencia de lo sostenido respecto al proceso penal, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión en su STC 125/1995 de que la diferenciación prevista por el legislador no vulneraba ningún precepto constitucional. En su argumentación, el TC partió de la consideración de que el equilibrio de las partes

garantizado por el artículo 24 CE puede quedar vulnerado en el caso de que otorgue a una de ellas una posibilidad de recurso que se niega a la otra, si ello no obedece a una causa razonable y proporcionada que justifique la discriminación positiva. Sin embargo, en el caso de autos, atendiendo a la posición de desequilibrio de las partes en el proceso y a la diferencia cualitativa de los intereses de ambas partes, se entendió justificada tal diferencia de trato. Como puede observarse, en todos estos casos el contenido de la ley era tan claro —en el sentido de que no dejaba al Juez ningún margen para la interpretación— que el Tribunal Constitucional bien declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad dejó zanjado definitivamente el asunto.

En otras cuestiones de inconstitucionalidad, que tenían por objeto el control de normas impositivas de requisitos al recurrente para el acceso a determinados medios de impugnación, el Tribunal no actuó de la misma manera. La primera sentencia en la que el Tribunal tuvo que juzgar si una norma de este tipo era conforme o no a la Constitución fue la 3/1983. Concretamente se examinó si el tratamiento diferenciado que la ley dispensaba al empresario y al trabajador para el acceso a los recursos de suplicación y casación era vulneradora o no de los artículos 14 y 24 CE. La diferencia de trato consistía en que mientras al empresario se le exigía en todos los casos, salvo que tuviera el beneficio de pobreza, la consignación en metálico del importe de la condena incrementada en un 20% como requisito previo para el acceso al recurso, al trabajador se le eximía en todos los casos de tal obligación. Dicha consignación era un presupuesto procesal para el acceso al recurso, por lo que su falta de realización en plazo llevaba aparejada la inadmisión del recurso. El Tribunal abordó el estudio del asunto desde dos perspectivas: analizó por un lado si el tratamiento diferenciado estaba justificado o vulneraba del artículo 14 CE y, por otro, si el establecimiento de determinados requisitos para el acceso al recurso era conforme o no a lo previsto en el artículo 24 CE. Por no tener interés en este momento la primera perspectiva, me centraré sólo en la segunda, en la que el Tribunal venía a responder a la siguiente pregunta: ¿es contrario al artículo 24 CE el establecimiento por el legislador de requisitos para el acceso a los recursos? Como premisa, el Tribunal partió de la libertad del legislador para el establecimiento de medios de impugnación. Sin embargo, advierte que una vez creados éstos, “el legislador no goza de absoluta libertad, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados

conforme a las finalidades para que se establecen” (F.J. 4º). Tomando como premisa esta doctrina, el Tribunal procedió a analizar por separado si la obligación de la consignación en metálico tanto del importe de la condena como del 20% de recargo era constitucional. Con carácter general entendió que el primero de los requisitos era conforme a la Constitución, pero no así el segundo⁶⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal no dio una respuesta categórica (sin excepciones) a la declaración de constitucionalidad de la obligación de la consignación en metálico. El Alto Tribunal, tras apuntar en el fundamento jurídico 4º los motivos por los que debía considerarse constitucional con carácter general tal requisito, puso de manifiesto en el fundamento jurídico 5º la posibilidad de que en determinados supuestos dicha exigencia resulte especialmente gravosa, aunque “sin convertirla en inconstitucional” (sic). En efecto, el Tribunal es consciente de que puede haber casos en los que la obligación de constituir un depósito en metálico en un breve espacio de tiempo pueda suponer “serias limitaciones del derecho a la tutela judicial efectiva”. Hay que advertir que la Sala proponente de la cuestión –que, por cierto, era la Sexta del Tribunal Supremo— puso de relieve precisamente que la inconstitucionalidad podía producirse al no permitir la norma ninguna excepción para determinados litigantes que, aun teniendo el beneficio de pobreza, no dispusieran del metálico suficiente para hacer frente a tal obligación. Es decir, el Tribunal proponente de la cuestión no lo hizo desde un marco general, si no desde un supuesto concreto en el que el recurrente había aducido grandes dificultades para hacer frente al mencionado depósito. Sin embargo, el Tribunal no optó por resolver la cuestión en los términos en los que el auto fue planteado, esto es, dentro de la problemática del caso concreto, sino que, como viene siendo habitual, hizo un examen en abstracto de la norma. Así respecto de esos casos dudosos en los que la imposición de la obligación no podía ser considerada inconstitucional pero sí gravosa, el Tribunal Constitucional adoptó dos posturas, a saber: por un lado, recomendó al legislador la modificación de los preceptos de la LPL de 1980 que establecen tal requisito con el fin de “flexibilizarlos”, de tal modo que no se exigiera en todo caso la

⁶⁷⁷ El TC afirmó que la consignación del importe de la condena por parte del empresario era constitucional en la medida en que con su establecimiento se pretendió por el legislador la consecución de determinadas finalidades legítimas (asegurar la ejecución de la sentencia, evitar el planteamiento de recursos dilatorios y evitar que se lesione el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador), sin que tal obligación pudiera ser considerada excesiva o desproporcionada en relación con las finalidades apuntadas. Estos requisitos, según el Tribunal, no eran predicables respecto a la obligación de la consignación del 20%. Los argumentos vertidos por el Tribunal para llegar a esta conclusión, que pueden verse en el FJ 6º de la Sentencia, son obviados por carecer de interés en este trabajo.

consignación sólo en metálico, sino también a través de otros medios empleados en la práctica económica⁶⁷⁸; por otro, y en tanto no se produjera la “necesaria reforma legislativa lo que resulta procedente es que los Tribunales ordinarios y, en su caso, el Tribunal Constitucional, al decidir los recursos de amparo efectúen una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y con el contenido del artículo 3 del Código Civil, y especialmente ponderando el artículo 119 de la Constitución, que impone al gratuidad de la justicia no sólo cuando lo disponga la Ley, sino en todo caso respecto de quienes acreditasen insuficiencia de recursos para litigar (...)”.

Es evidente que el Tribunal con esta argumentación está indicando a los órganos judiciales que pueden separarse del tenor literal de la norma al admitir la posibilidad de consignación a través de otras fórmulas no previstas en la Ley. Pero siendo lo anterior importante, me parece que no es la problemática central que plantea esta sentencia ni la que se quiere resaltar en este estudio.

Me parece que el escollo fundamental que eludió el Tribunal es una respuesta clara acerca de si la norma aplicada, en determinados supuestos, puede llegar a ser o no inconstitucional. Si el Tribunal partió de la base de que la norma podía en algunos casos dificultar el acceso al recurso pero sin que ello la convirtiera en inconstitucional, ¿por qué obligó a los órganos judiciales a seguir unas pautas interpretativas determinadas⁶⁷⁹? Y además ¿por qué únicamente el Tribunal ofreció a los Jueces la flexibilización del término “en metálico”? ¿Es que acaso un órgano judicial no podría llegar a la conclusión de que resultaría más ventajoso tanto para el trabajador como para el empresario flexibilizar el plazo al entender que la consignación en metálico fuera de éste es un requisito subsanable⁶⁸⁰? Probablemente esta interpretación no hubiera obligado al Juez a infringir la norma. Pero asimismo, ¿por qué el Tribunal de forma expresa apunta como idónea la vía del recurso de amparo constitucional para

⁶⁷⁸ En realidad, el Tribunal empieza recomendando la conveniencia de la reforma para posteriormente referirse a la “necesaria reforma legislativa”.

⁶⁷⁹ Resulta curioso que el Tribunal en el año 1983 apele al artículo 3 del Código Civil teniendo en cuenta que se trata de una norma que había sido aprobada tres años antes.

⁶⁸⁰ Resulta evidente que la obligación de que la consignación se realice en metálico no es un mero capricho del legislador, ya que en el caso de que la sentencia impugnada condenatoria al pago de una cantidad fuera confirmada por el Tribunal *ad quem* la ejecución podría llevarse a efecto de manera inmediata. Este grado de eficacia no sería el mismo para el caso de que admitiera la consignación a través de otros medios. Por ello podría ser más ventajoso para las partes que la consignación se realizara en metálico pero no dentro del breve plazo previsto en la Ley.

realizar esa “interpretación progresiva y casuística” de la norma⁶⁸¹? Algunos de los peligros que ello entrañaba fueron puestos en evidencia por el Magistrado Arozamena Sierra en el voto particular que formuló a la sentencia. Por un lado, podía suponer reconducir el amparo constitucional a “campos que no le son propios”, asemejándolo a un recurso de queja por inadmisión de otro legalmente previsto. Por otro, el casuismo al que aludía el Tribunal implicaba privar a las reglas procesales de un elemento esencial: la previsibilidad; en definitiva, seguridad jurídica. Huelga decir que lo señalado en el citado voto resultó ser providencial.

Aparte de todas las consecuencias apuntadas por Arozamena, no puede dejar de aludirse a otra: la posición del Juez ante la norma. Efectivamente, como ya se ha dicho, la interpretación que proponía el Tribunal Constitucional, además de no ser la única posible, dejaba al órgano judicial en una complicada encrucijada ya que éste, en los casos dudosos, debía optar por amparar el derecho de acceso al recurso e inaplicar el tenor literal de la norma, o por el contrario, aplicar la norma sin más, aunque ello supusiera la vulneración del derecho. En ambos casos, el recurso de amparo podía estar asegurado: bien por trabajador⁶⁸², bien por el empresario. Otra de las salidas de las que disponía el órgano judicial era plantear nuevamente cuestión de inconstitucionalidad con el fin de que el Tribunal volviera a pronunciarse sobre el asunto, aunque con el posible riesgo de que el Tribunal inadmitiera la misma al haberse ya pronunciado sobre el asunto⁶⁸³. Creo que lo que en realidad sucedía es que el Tribunal Constitucional, al igual que el Supremo que fue el proponente de la cuestión, tenía claro que la norma podía resultar inconstitucional en algunos casos. Sin embargo, en lugar de optar por dejar el asunto zanjado de una vez por todas⁶⁸⁴, prefirió las dos fórmulas expuestas con

⁶⁸¹ En la sentencia de la que se viene dando cuenta se pone de manifiesto tal invitación en dos ocasiones: Al comenzar el fundamento jurídico 5º se advierte: “(...) no es fácil para este Tribunal apreciar debidamente, en el análisis de una cuestión de inconstitucionalidad, la posibilidad de distorsión o, incluso, de serias limitaciones del derecho a la tutela en supuestos concretos de aplicación de la norma, porque para ello se requeriría el conocimiento individualizado del diverso casuismo, pero sí es posible, en abstracto, entender que en determinados supuestos excepcionales la plena adecuación al derecho constitucional puede exigir una mayor flexibilidad en la aplicación del repetido artículo 170”. Unas líneas más adelante se señala lo que ya se ha transcrito en texto principal: “lo que resulta procedente realizar es que los Tribunales ordinarios y, en su caso, *el Tribunal Constitucional, al decidir los recursos de amparo efectúen una interpretación progresiva y casuística...*”.

⁶⁸² En la medida en que la admisión de un recurso realizada de forma irregular podía vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁸³ Y de hecho así sucedió. Vid en este sentido el A. 264/1983, por el que se acuerda no proseguir la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el mismo precepto.

⁶⁸⁴ Esta era la opinión sostenida por el magistrado Arozamena Sierra en el voto particular. El Magistrado entendió que si resultaba evidente –como así lo parecía– que la obligación de realizar el depósito sólo en metálico podía afectar al derecho a acceder al recurso en determinados casos, la solución no podía ser

anterioridad. Quizás, acudir en este caso a la sentencia interpretativa y señalar el amparo para la resolución de los casos dudosos no fue la mejor opción, dados los términos, ciertamente rígidos, en los que estaba redactada la norma.

Un asunto parecido fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 84/1992⁶⁸⁵. Sin embargo, en relación con la determinación de quién había de ser el Tribunal competente para la interpretación conforme de la norma, la conclusión del Tribunal es diametralmente opuesta a la sentada en la 3/1983, a pesar de remitirse a ésta: “En síntesis, la norma cuestionada es compatible con el principio de igualdad. Su concreción práctica, de manera que combine los fines legales a los hechos concretos de modo proporcional a los intereses en conflicto, *es una cuestión que compete, en principio y en exclusiva, a los Jueces y Tribunales ordinarios, y no a esta sede constitucional*”⁶⁸⁶. El Tribunal no señaló la vía del amparo –aunque sólo en principio– como la idónea para la interpretación conforme del precepto impugnado con el artículo 24 de la CE. Pero seguramente ya era demasiado tarde.

Las tres cuestiones de inconstitucionalidad restantes lo han sido como consecuencia de la propia duda de inconstitucionalidad apreciada por el propio TC al resolver un recurso de amparo. Son las SSTC 185/1990, 48/1995 y 92/2003. La primera y la última resuelven dudas de constitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones. Por la importancia decisiva que tales cuestiones tienen a los efectos de este trabajo me ocuparé de ellas en último lugar.

En la resuelta por STC 48/1995 el objeto del proceso fue el artículo 45.1 de la LPL, en cuanto podía vulnerar el artículo 24.1 CE. Antes de entrar a analizar cómo el Tribunal resolvió la cuestión de inconstitucionalidad conviene aclarar algunos puntos. En primer lugar, la norma cuya posible inconstitucionalidad se juzga en la sentencia citada no viene referida estrictamente al derecho de acceso a los recursos, sino a la presentación de escritos ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social. En efecto, el artículo 45.1 LPL establece como excepción a la regla general de

“la casuística a la que aludía el texto”, sino la búsqueda de una solución uniforme. Ésta podría haber consistido en declarar la constitucionalidad de la norma, siempre y cuando se permitiera que la consignación, además de en efectivo, pudiera realizarse a través de las otras fórmulas de garantía previstas en el artículo 183 LPL.

⁶⁸⁵ El objeto de la cuestión lo constituía el apartado cuarto de la Disposición Adicional Primera de la L.O. 3/1983, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la medida en que condicionaba la admisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia condenatoria al pago de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos a motor a la consignación de dicho importe incrementado con los intereses y recargos exigibles.

⁶⁸⁶ La cursiva es mía.

presentación de escritos⁶⁸⁷, la posibilidad de que éstos sean presentados en el Juzgado de Guardia en el último día del plazo legalmente establecido para hacerlo, adicionando en este caso la carga de poner en conocimiento del Juzgado o de la Sala de lo Social al día siguiente hábil dicha presentación por el medio de comunicación más rápido. En segundo lugar, hay que señalar que la norma que motivó el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad había dado lugar a numerosos recursos de amparo, la mayoría de ellos, por cierto, estimatorios⁶⁸⁸. En uno de ellos, sin embargo, el Tribunal Constitucional, siguiendo las alegaciones del recurrente, realizó un verdadero juicio acerca de la constitucionalidad de la norma, no de su acto aplicativo, para llegar a la conclusión de que la imposición de la carga que obliga a la ratificación del escrito presentado al día siguiente hábil tenía una justificación más o menos razonable y por ello no era contraria al artículo 24.1 CE⁶⁸⁹. Curiosamente, del análisis de los recursos de amparo se puede llegar a la siguiente conclusión: en los casos en los que el recurrente había dirigido la demanda de amparo contra el acto aplicativo de la norma, el Tribunal Constitucional estimó el amparo a pesar de que el órgano judicial no hacía otra cosa que aplicar (de forma rígida) lo que establecía la LPL; sin embargo, en los casos en los que el recurrente había dirigido la demanda de amparo contra el mandato legal, el Tribunal desestimó el amparo. El asunto se volvió a plantear en el recurso de amparo núm. 3094/1992, pero, a diferencia de los anteriores en los que se había procedido a la estimación del amparo sin establecer reparos a la norma, el Tribunal decidió elevar cuestión de inconstitucionalidad al Pleno con base en dos argumentos principalmente, recogidos en los fundamentos jurídicos tercero y quinto de la mencionada resolución: primero, la regla prevista en el artículo 45 no puede proyectarse por igual a cualquier acto procesal y segundo el Juez no ha hecho otra cosa que aplicar lo dispuesto en la ley, por lo que la vulneración del derecho fundamental no cabe achacarla a éste, sino a la ley misma⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ La norma general está contenida en el artículo 44 que establece: “Las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de los Juzgados y Salas de lo Social coincidiendo por lo demás con lo dispuesto para todos los órdenes jurisdiccionales en el artículo 268 LOPJ”.

⁶⁸⁸ *Vid.*, entre otras, las SSTC 3/1986, 109/1991 y 121/1993, todas ellas estimatorias del amparo.

⁶⁸⁹ Me refiero a la STC 185/1987.

⁶⁹⁰ En el FJ 3º se establece: “(...) no es técnicamente correcto proyectar esta regla sin matices sobre cualquier acto procesal, sea cual sea su naturaleza y su función”. Y seguidamente, debido a que la norma no establece ni los matices ni las distinciones a las que se refiere el TC, se añade en el FJ 5º: “La conclusión a la que llegaron los tribunales de instancia no fue ni caprichosa ni arbitraria; al contrario descansaba en una interpretación *prima facie* conforme con el tenor literal del artículo 45.1 LPL, que no distingue ni matiza en el momento de imponer la obligación de comunicación al Juzgado. Por ello cabe

Sin duda, las bases sentadas en la STC 3/1983 tuvieron un doble efecto. El primero se refiere a la confirmación del efecto llamada. Es decir, amparos referidos al derecho de acceso a los recursos ya se habían producido antes de 1983, pero que el Tribunal, a través de una sentencia resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad indicara que la vía adecuada para el control de la aplicación del mencionado precepto era precisamente el amparo constitucional vino cuanto menos a confirmar ese efecto llamada. Como consecuencia de este pronunciamiento pronto llegaron al Tribunal no pocos recursos de amparo referidos al requisito exigido en la LPL para el acceso a la suplicación y la casación laboral consistente en realizar el depósito en metálico: sólo en el año 1983 el Tribunal dictó decenas de resoluciones referidas a este tema⁶⁹¹. Pero no sólo respecto a este requisito, sino también de los exigidos en otros medios de impugnación –incluso los previstos contra las resoluciones interlocutorias– previstos en los distintos órdenes jurisdiccionales. Es decir, los ciudadanos –y sus abogados– pronto vieron que el acceso a los recursos era un derecho subjetivo, en la medida en que este había sido creado por el legislador y que, en consecuencia, no era una materia ajena al Tribunal Constitucional. El segundo efecto que trajo consigo esta sentencia, y al que ya me he referido fue la gran carga que se hizo pesar sobre los Jueces, puesto que se les estaba pidiendo en algunos casos que realizaran una interpretación de la norma que contravenía su tenor literal. Lo que acabó sucediendo es que a través del amparo se censuró la labor del juez en lugar de la del legislador cuando en realidad la posible inconstitucionalidad provenía de éste y no de aquel. Sin duda, este iba a ser uno de los problemas que generaría tensiones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

La idea fundamental que quiero poner de manifiesto es que, con independencia de que la doctrina creada a través del amparo fuera más o menos acertada, el problema inicial no estribaba tanto ahí como en señalar la idoneidad de esta vía para realizar el control de constitucionalidad de la ley procesal reguladora de los medios de impugnación. Y a ello contribuyó decisivamente la STC 3/1983. Es decir, el problema

imputar la vulneración del derecho fundamental a la ley, en la que se encuentra el fundamento de la queja planteada.”

⁶⁹¹ *Vid.*, entre otras, las SSTC 9, 14, 43, 46 (que resuelve 10 recursos de amparo acumulados), 65, 78, 90, 100, 109 todas ellas del año 1983 y los Autos 103, 236, entre otros muchos también del año 1983. Y aunque no relacionadas directamente con la obligatoriedad de la constitución en efectivo del depósito, las SSTC 40, 53, 95 y 96 estimaron recursos de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales que declaraban inadmisibles los recursos de casación o suplicación laboral como consecuencia de la existencia de determinados errores en la consignación, como la realización de la misma a favor de la Magistratura de Trabajo y no del Presidente del Tribunal Supremo.

es que el control ejercido a través del recurso de amparo pasa a ser un control de “cada caso” con los problemas que ello conlleva. A pesar de ello, algunos autores no dudaron en criticar la doctrina jurisprudencial referida al derecho de acceso a los recursos y al mismo tiempo abogar por una vuelta a la doctrina “correcta”: la sentada en la STC 3/1983⁶⁹².

5.2.3. La importante STC 185/1990: ¿Una rectificación?

Aunque el análisis de esta sentencia será objeto de tratamiento en distintas partes de este trabajo, adelanto aquí algunas de las cuestiones esenciales abordadas por el TC. El alto Tribunal juzgó la constitucionalidad del artículo 240.2 LOPJ en su redacción original, en la medida en que no permitía a los órganos judiciales declarar de oficio la nulidad de las actuaciones judiciales después de recaer sentencia definitiva. Debido a que, como se verá con más detenimiento más adelante, el sistema impugnativo no contenía un instrumento universal, es decir, para todos los casos, que permitiera corregir o declarar la nulidad de las resoluciones judiciales que vulneraran el contenido mínimo de los derechos declarados en el artículo 24.1 CE, el incidente de nulidad de actuaciones se convertía en una pieza esencial a la hora de anular las resoluciones judiciales no respetuosas con dichos derechos. Sin embargo, el mencionado instrumento sólo posibilitaba que el juez declarara la nulidad en aquellos casos en los que aún no había recaído sentencia definitiva. Este límite implicaba que el órgano judicial causante de la indefensión, aun siendo consciente de que había vulnerado derechos esenciales del proceso, no podía declarar la nulidad de lo actuado si ya había dictado sentencia. Si la resolución judicial viciada de inconstitucionalidad, además de definitiva, era también firme, el único remedio disponible para la tutela del derecho no era ya judicial, sino constitucional. Este déficit de tutela del ordenamiento jurídico procesal produjo una importante proliferación de recursos de amparo a través de los que se denunciaba *por primera vez* la lesión de alguna de las vertientes de los

⁶⁹² En este sentido I. Borrajo Iniesta señaló en el año 1994 con ocasión del tratamiento indiferenciado que el Tribunal Constitucional otorgaba al derecho de acceso a la justicia y a las sucesivas instancias: “(...) esta distinción de planos, tan esencial entre el acceso a la instancia y el acceso a los recursos contra la resolución de instancia, no es destacada habitualmente por la jurisprudencia constitucional. Ya desde la capital sentencia 3/1983, sobre consignación en el recurso de casación laboral, el Tribunal Constitucional ha expresado el diferente relieve constitucional del proceso de instancia, decisivo para el acceso a la justicia y los ulteriores grados de recurso, limitados a perfeccionar el resultado obtenido tras acceder a una sentencia de instancia”.

derechos consagrados en el art. 24.1 CE, especialmente del derecho a ser oído en el proceso. Esta avalancha de recursos, entre otras razones, llevó al TC a plantearse la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ en la medida en que tal precepto pudiera infringir no sólo el art. 24.1 CE, sino también el carácter subsidiario del recurso de amparo (art. 53.2 CE) e incluso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Antes de entrar de lleno a analizar la sentencia, hay que llamar la atención sobre el hecho de que fuera el propio Tribunal Constitucional el que se autocuestionara la posible inconstitucionalidad de la norma y, sin embargo, que ningún órgano judicial planteara una cuestión de inconstitucional llamando al menos la atención sobre una contradicción evidente: el ordenamiento jurídico le exige al juez que a través de su actuación procure el derecho de defensa en todo caso y en todas las fases del procedimiento y, que sin embargo, el ordenamiento jurídico no le dote de cauces procedimentales para poder llevar a cabo esta función exigida constitucionalmente. La postura de los órganos judiciales en relación con el meritado precepto, consistió, en la mayoría de las ocasiones, en una remisión al TC para que fuera éste el que tutelara las lesiones del derecho de audiencia⁶⁹³. Es importante caer en la cuenta de que esta apelación al amparo constitucional tenía lugar por la insuficiencia de instrumentos procesales que le permitieran al juez rescindir o anular la resolución judicial, no por el hecho de que el juez no reconociera la evidente y flagrante lesión del derecho. Esta situación ponía en evidencia que el ordenamiento atribuía poderes al juez constitucional para la tutela de los derechos fundamentales de los que no disponían los órganos judiciales ordinarios, a pesar de asumir éstos la flagrancia de la lesión del derecho⁶⁹⁴. Este hecho, cuando menos, debía haber provocado una duda de constitucionalidad a los jueces ordinarios ya que el problema, tal y como se dice expresamente en el FJ 1º de la STC 185/1990, no radicaba en que los órganos judiciales no consideraran fundadas las

⁶⁹³ El hecho de que los jueces optaran por remitir a los litigantes al recurso de amparo constitucional, ante la imposibilidad de ser ellos los que tutelaran el derecho puede verse en los antecedentes de la STC 110/1988.

⁶⁹⁴ Las apelaciones de los órganos judiciales al recurso de amparo como único instrumento disponible para la tutela de los derechos fundamentales no sólo han tenido lugar respecto a los casos de indefensión que generó la redacción original del incidente de nulidad de actuaciones. Un buen ejemplo lo encontramos en la STC 110/2003, donde la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aun consciente de que se había vulnerado un derecho fundamental del recurrente por el Tribunal *a quo*, no acepta que este pueda ser reparado a través de la casación al no posibilitarlo así la ley procesal. El TS remite al recurrente al amparo constitucional por ser el único recurso en el ordenamiento jurídico que permitirá reparar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión.

quejas de indefensión de los litigantes, sino que tenía su origen en la propia ley. Sin embargo no fue así.

Por otra parte, también hay que adelantar otra cuestión relevante a los efectos de este trabajo: la STC 185/1990 ha sido una de las pocas ocasiones en las que el TC ha abordado cómo debe articularse la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. En efecto, llama poderosamente la atención el hecho de que el Tribunal Constitucional haya tenido un papel importantísimo en la definición y concreción del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, y que sin embargo hayan sido significativamente escasas las ocasiones en las se ha parado a examinar los cauces procedimentales de los que puede disponer el órgano judicial para dispensar la tutela de estos derechos. Salvo error por mi parte, la primera vez que lo hizo con cierto detenimiento fue en la STC 185/1990. Algunas de las cuestiones más relevantes aducidas en la sentencia se exponen a continuación. Primero abordaré las referidas al legislador, para luego centrarme en las repercusiones que tal doctrina generó a los órganos judiciales ordinarios.

En primer lugar y respecto del legislador, hay que señalar que el TC, siguiendo lo dispuesto en el art. 240 LOPJ, aseveró que los mecanismos adecuados para instar la nulidad de los actos procesales y entre ellos los causantes de indefensión material, son los recursos (sic)⁶⁹⁵, entendiéndose por tales, no sólo la apelación y la casación, sino también la revisión, audiencia al rebelde y anulación. Los posibles problemas de inconstitucionalidad sólo surgen, según el TC, en aquellos casos en los que la lesión del derecho fundamental tiene lugar respecto de resoluciones judiciales irrecurribles a través de los mecanismos antes señalados, incluyendo también aquellos que tienen por objeto rescindir la cosa juzgada. En tales supuestos, según el TC, “se impide que los órganos judiciales, incluso conscientes de la indefensión, puedan remediar la infracción, convirtiendo así el recurso de amparo constitucional en el *único y exclusivo* recurso frente a situaciones de indefensión causadas por los vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios”⁶⁹⁶. De forma coherente con este último planteamiento, el TC decide analizar la cuestión en los siguientes términos: “El inciso cuestionado del art.

⁶⁹⁵ El TC, de forma incorrecta, utiliza aquí el término recurso para incluir no sólo a los recursos propiamente dichos, sino también a aquellas acciones –entonces denominadas recursos por nuestras leyes procesales– que tienen por objeto anular o rescindir la cosa juzgada.

⁶⁹⁶ F.J. 2º. La cursiva es añadida.

240.2 LOPJ únicamente resultaría, pues, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva si del art. 24.1 de la CE, en relación con su art. 53.2, se derivase la exigencia constitucional de que, frente a la lesión de derechos fundamentales imputables a un órgano judicial en el proceso, *hubiera de aplicarse en todo caso un medio de corrección de aquélla por los propios tribunales ordinarios y no sólo mediante el recurso de amparo constitucional*; de manera que la cuestión depende, como señala el Abogado del Estado, de la configuración que reciba el carácter subsidiario del amparo⁶⁹⁷.

Así pues, se le presenta al Tribunal Constitucional una disyuntiva absolutamente distinta a la que había venido resolviendo. Si hasta ese momento había reiterado en diversas ocasiones que “única instancia e indefensión no son términos correlativos”⁶⁹⁸, queriendo significar con tal alusión que la previsión por parte del legislador de una instancia única no implica *per se* ninguna objeción desde la perspectiva constitucional, lo que se le plantea al juez constitucional en la STC 185/1990 es el problema inverso: si en los casos en los que sí existe una fundada indefensión es necesaria su corrección a través de algún mecanismo procesal. A pesar de ser ésta la cuestión principal que subyacía, el TC la formula en los siguientes términos: ¿Es necesaria la tutela de tales derechos a través de mecanismos procesales distintos al recurso de amparo judicial? Esta última perspectiva es la que centra el debate, por lo que pasa a tener un lugar preeminente el examen de la naturaleza y la configuración constitucional del recurso de amparo en detrimento de la cuestión esencial que estaba latente, que no era otra que si de la Constitución se derivaba un derecho a cualesquiera recursos *judiciales* para tutelar las situaciones de indefensión manifiestas. En el fondo, el TC admite, aunque no de forma explícita, que sí debe existir el remedio, pero concluye negando que aquel tenga que ser necesariamente *judicial*. De la citada doctrina cabe deducir —y así lo ha considerado I. Díez-Picazo Giménez— que, de no existir el amparo, la sentencia 185/1990 hubiera tenido que declarar la inconstitucionalidad de la ley, precisamente

⁶⁹⁷ Añado la cursiva.

⁶⁹⁸ El TC se pronuncia en estos términos, entre otras, en la STC 322/1993: “La invocación de la indefensión por no existir una instancia superior en donde pudiera ser combatido el error cometido por el juzgador de instancia no es aceptable. La inexistencia de recurso y la situación de indefensión no son términos correlativos. Reiteradamente ha señalado este Tribunal que la Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal, por lo que no se viola la Constitución cuando no hay previsto un recurso en materia de jurisdicción laboral (...). Basta, por tanto, para que no haya indefensión con que la parte haya disfrutado de una instancia en la que haya podido formular alegaciones y proponer y practicar pruebas”. Naturalmente, en este caso se parte de que, tanto el proceso como la resolución que puso fin al mismo se observaron las obligaciones derivadas del art. 24.1 CE.

por no disponer el ordenamiento procesal de medios de impugnación para permitir al juez ordinario tutelar las situaciones de indefensión⁶⁹⁹. O, dicho de otra forma, la ley no es inconstitucional porque existe el recurso de amparo. Si esta deducción la relacionamos con la que concluye que de la Constitución no se deriva un derecho a los recursos salvo en el orden penal y que sería imaginable, posible y real que no existieran, llegaríamos al absurdo de afirmar que el único recurso o remedio que debe preservar el legislador para la tutela de los derechos del art. 24.1 CE es el amparo constitucional. Con lo cual, según el TC, sería imaginable posible y real que todos los medios de impugnación desaparecieran salvo el recurso de amparo constitucional.

Naturalmente, la tesis sostenida llevó al Tribunal a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad debido a que existía el amparo y que a su través era posible reparar las situaciones de indefensión que no dispusieran de un recurso ante la jurisdicción ordinaria. La conclusión adoptada por el TC venía a situar al amparo como un recurso más, común y general, para la tutela de los derechos fundamentales. Los problemas que tanto al TC como a los litigantes les generó esta doctrina serán abordados en el último capítulo. Lo importante a efectos de este trabajo es que el TC asumió la necesidad de que el ordenamiento jurídico dispusiera de algún cauce para reparar el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión. Es obvio, sin embargo, que la doctrina recaída en esta sentencia es contradictoria con la que antes se ha expuesto, según la cual, de la Constitución no se deriva un derecho a la existencia de medios de impugnación ya que, en ese caso, debería existir el amparo. Ahora bien, ¿un amparo objetivado o un amparo convertido en un recurso más, común y general?

Respecto a la norma cuestionada, el Tribunal afirma en la STC 185/1990 que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, en la medida en que imposibilita al órgano judicial modificar su resolución una vez que esta ha sido emitida y rubricada, lo único que ordena es preservar el principio de inmodificabilidad e irrevocabilidad. Tal conclusión la adopta el TC como si fuera una máxima incuestionable, sin atender a que tal principio —reconocido también como derecho fundamental por el Alto Tribunal— no

⁶⁹⁹ Esta es la conclusión a la que llega I. Díez- Picazo Giménez (“El artículo 53.2 de la Constitución...”, cit., pág. 157): “Con este pronunciamiento en la mano [se refiere a la STC 185/1990] la conclusión es la siguiente: la falta de un remedio para que los Tribunales ordinarios tutelen un derecho fundamental —en el caso concreto, la indefensión apreciada después de la firmeza de la sentencia— no es inconstitucional, precisamente porque existe el amparo constitucional [...]. *Contrario sensu*, aunque esto no lo dijera el Tribunal Constitucional, si el amparo judicial no existiera, la falta de ese remedio sí sería inconstitucional”.

podiera ser objeto de flexibilización o ponderación por legislador para preservar otros derechos o bienes dignos de protección.

Aunque tampoco se diga expresamente, da la sensación de que el TC asumió esta situación de falta de medios de impugnación para combatir la indefensión como transitoria, al imputarla a que el legislador no había dado aún cumplimiento a lo dispuesto en el art. 53.2 CE⁷⁰⁰. Creo sin embargo, que tal conclusión no respondía a la realidad, dado que el legislador ya había incidido en el ordenamiento procesal a través de una reforma importantísima llevada a cabo a través de la Ley 34/1984. Dicha norma, lejos de ampliar las posibilidades de garantía de los derechos insertos en el art. 24.1, las redujo considerablemente, al haber restringido en el orden civil el acceso a la casación por quebrantamiento de forma y suprimido de la LEC el incidente de nulidad de actuaciones. Retomaré esta cuestión más pausadamente en el siguiente capítulo.

Las contradicciones entre las conclusiones vertidas en la STC 185/1990 y la doctrina constitucional referida a los recursos, situaba al legislador en una posición muy cómoda o, al menos, poco comprometida. Ahora bien, si el legislador quedó indemne tras este pronunciamiento, no fue este el caso de los órganos judiciales ordinarios. El TC les impuso la obligación de flexibilizar la ley procesal reguladora de los medios de impugnación con el fin de reparar las situaciones de indefensión⁷⁰¹. ¿Significaba este mandato algo distinto de la necesaria aplicación del principio *pro actione* a las normas reguladoras del acceso a los medios de impugnación cuando éstos se interpusieran para instar *la primera* tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE?

5.3. La doctrina del derecho al recurso creada a través del amparo.

Son varios los motivos que han hecho que el amparo se haya convertido en una pieza clave para la tutela del derecho de acceso a los recursos. Además de los apuntados anteriormente (el nulo y el escaso éxito del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad respectivamente), el “efecto llamada” generado por el TC en la STC 3/1983, así como la torticera utilización de cualesquiera vías jurisdiccionales con

⁷⁰⁰ Tal afirmación se puede concluir de lo dispuesto en los FFJJ 5º y 6º de la STC 185/1990.

⁷⁰¹ En este sentido se afirma en el FJ 5º: “la tutela efectiva tiene lugar mediante los remedios y recursos ordinarios y extraordinarios que existen en el ordenamiento jurídico y, subsidiariamente por el amparo constitucional. Por ello, será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencia firme en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos antecedentes en este Tribunal (SSTC 10/1984, 15/1986, 110 y 148/1988 y 22/1989)”.

el fin de alargar la duración de los procedimientos y aplazar en el tiempo la recepción de una resolución desfavorable jugaron también un papel importante. Lo cierto es que al TC han accedido un número importante de amparos en los que se alegaba la vulneración de este derecho, por lo que se ha creado un cuerpo doctrinal importante. Debido a que la doctrina del Tribunal no ha sido uniforme a lo largo del tiempo, se hace necesario dar cuenta de las líneas esenciales de ésta distinguiendo dos períodos fundamentales: antes y después de 1995.

5.3.1. De 1981 a 1995: la convivencia de dos corrientes doctrinales.

Como ya se ha dicho, a pesar de que el Tribunal Constitucional pretendiera únicamente acabar con los llamados formalismos enervantes que dificultaban tanto el acceso a la justicia como a las sucesivas instancias, fue mucho más lejos. El criterio hermenéutico de interpretación más favorable a la eficacia del derecho pronto fue acogido por el Tribunal Constitucional para resolver aquellos asuntos en los que los órganos judiciales ordinarios dictaban resoluciones de inadmisión con independencia de que las mismas hubieran tenido lugar en la primera o en sucesivas instancias, o incluso de que a su través se pretendiera la tutela de derechos sustantivos o procesales.

Pero la aplicación de este principio no fue acogida con carácter general por el Tribunal, lo que dio lugar a una dualidad de doctrinas constitucionales en relación con el derecho de acceso a los recursos. Una de ellas es la que establecía que tanto los supuestos de procedencia de los recursos como los requisitos y formalismos establecidos por la ley para su admisión han de ser interpretados por los órganos judiciales de la forma más favorable al ejercicio del derecho. Esta línea doctrinal llevó al Tribunal Constitucional a tachar de inconstitucionales aquellas otras interpretaciones que, aunque posibles, no hubieran permitido el acceso al recurso. La otra línea doctrinal seguida de forma paralela por el Tribunal en los primeros años de jurisprudencia establecía que el órgano judicial dispone de libertad para proceder a la interpretación, tanto de los supuestos de procedencia del recurso, como de las normas referidas al cumplimiento de los requisitos y formalismos para su admisión, siempre y cuando dicha interpretación no fuera manifiestamente arbitraria, errónea o irrazonable. Si el Tribunal optaba por aplicar esta doctrina, y la interpretación del órgano judicial no era

arbitraria ni errónea, superaba el control de constitucionalidad aunque no hubiese servido de base a su fallo la interpretación más favorable de la norma.

La convivencia de ambas líneas doctrinales fue criticada duramente por la doctrina⁷⁰² y, de forma especial, la aplicación del principio *pro actione* para resolver aquellos recursos de amparo en los que el derecho fundamental vulnerado era el de acceso a los recursos. A pesar de que el Tribunal había dejado sentado ya en sus primeras sentencias que el principio *pro actione* no operaba con igual intensidad en la fase inicial del proceso que en las sucesivas instancias⁷⁰³, lo cierto es que de hecho, pronto abandonó tal diferenciación. El Tribunal empezó a resolver de la misma forma las resoluciones de inadmisión, ya se produjeran éstas en la fase de acceso a la jurisdicción o a las sucesivas instancias. Tal y como se señaló en el capítulo anterior, según I. Borrajo esta tendencia se debió a la utilización anfibológica del término “fondo”⁷⁰⁴. Me parece que las críticas de las que fue objeto el Tribunal no resultaron del todo acertadas, pues no tuvieron en cuenta que la tutela de los derechos fundamentales, en especial los de carácter procesal, pasaba necesariamente por la flexibilización de la ley procesal.

a) La aplicación justificada del principio *pro actione*.

Atendiendo a lo expuesto más arriba, puede dar la sensación de que el Tribunal Constitucional aplicaba de forma aleatoria uno u otro test. Y lo cierto es que con carácter general así fue. Pero también hubo casos en los que el Tribunal Constitucional justificó la utilización de uno u otro para la resolución del caso concreto.

A continuación se analizan algunos supuestos en los que el Tribunal, de forma consciente, optó por la aplicación de uno de los dos criterios señalados. Al menos dos factores fueron tenidos en cuenta por el Tribunal Constitucional para la aplicación del principio *pro actione* en la resolución de algunos recursos de amparo referidos a la vulneración del derecho de acceso a los recursos: la naturaleza y la finalidad del proceso en el que pretende ejercitarse el derecho inadmitido y los distintos fines y valores que se tutelan en los distintos órdenes jurisdiccionales.

⁷⁰² Vid. en este sentido I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres en *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., págs. 47 a 56.

⁷⁰³ Esta doctrina, entre otras, ya está recogida en la STC 3/1983.

⁷⁰⁴ *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., págs. 25-29.

a.1) Procesos en los que se ventilan derechos fundamentales sustantivos.

En la STC 188/1994 el Tribunal justifica la aplicación del principio *pro actione* en “la naturaleza y finalidad del proceso en el que pretende ejercitarse el derecho inadmitido”. Esa naturaleza no era otra que la tutela de derechos fundamentales. La citada sentencia resuelve un amparo mixto y opta por examinar en primer lugar el interpuesto al amparo del artículo 44. La infracción autónoma del artículo 24.1 imputable a los órganos jurisdiccionales ordinarios se refería a la inadmisión que la Sala Tercera del Tribunal Supremo había acordado del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en un asunto tramitado a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. El Tribunal Constitucional, a la hora de resolver el recurso, parte de la base de que la interpretación realizada por la Sala Tercera en el Auto por el que se acordaba la inadmisión era “posible”, por lo que no podía considerarse con carácter general ni irrazonable, ni arbitraria ni errónea. Sin embargo, haciendo suyas las afirmaciones del Ministerio Fiscal⁷⁰⁵, opta por sustituir tal interpretación –que conducía a la inadmisión del recurso— por otra más favorable con base en los siguientes argumentos:

“(…) Entre los criterios seguidos por este Tribunal para determinar si la aplicación de una causa legal de inadmisión es o no razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial, figura también (...) el de naturaleza y finalidad del proceso en el que pretende ejercitarse el recurso inadmitido. Siendo el de la Ley 62/1978 un procedimiento específico ideado para la defensa judicial de los derechos fundamentales, no es razonable que, a los efectos de la apelación, se esté mecánicamente al criterio y las exigencias establecidas para el caso de los recursos intentados en un procedimiento ordinario que, como es el caso del contencioso-administrativo, aparece informado por el principio de única instancia; será posible ese criterio cuando, (...) por la vía de la Ley 62/1978 se haya encauzado un litigio en el que manifiestamente no se planteen cuestiones relativas a supuestas lesiones de derechos fundamentales o cuando la reparación de las mismas se haya producido ya en la

⁷⁰⁵ Es interesante la lectura de las alegaciones del Ministerio Fiscal en los antecedentes, ya que hace evidente la inconveniencia de la aplicación del principio *pro actione* al derecho de acceso a los recursos, pero a su vez, defiende su aplicación en este caso concreto.

primera instancia (...). Pero, cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia (...). En definitiva, la expresión «en su caso» del art. 9.1 de la Ley 62/1978 podría interpretarse en el sentido en que lo ha hecho la sentencia impugnada si la materia objeto de debate fuese manifiestamente ajena a los derechos fundamentales, pero no cuando lo que se pretenda sea un pronunciamiento sobre cuestiones en las que tales derechos aparezcan evidentemente implicados. En el supuesto de autos esa conexión era (...) manifiesta (...) *debiéndose, por ello, estar a la interpretación más favorable*”⁷⁰⁶.

Es evidente que el Tribunal Constitucional hace un especial esfuerzo argumentativo para no aplicar el test más restrictivo y quizás por ello va mucho más allá de lo deseado, contradiciendo otra doctrina ya reiterada en sus sentencias y asumida por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo⁷⁰⁷. Téngase en cuenta que se trata de una sentencia del año 1994 y ya muchos habían denunciado que el Tribunal se equivocaba a la hora de resolver estos casos aplicando el principio *pro actione*. Pero el Tribunal lo aplica en este caso al entender que la regla general no está exenta de excepciones, siendo una de ellas que el asunto se refiera a la tutela de derechos fundamentales sustantivos.

Veamos, de no haberse seguido esta interpretación, las consecuencias que se hubieran producido y que a pesar de no haber sido puestas de manifiesto por el Tribunal, seguro que fueron tenidas en cuenta a la hora de dictar sentencia. Es evidente que el recurrente, al interponer el recurso de apelación previsto en el artículo 9.1 de la Ley 62/78 estaba agotando la vía judicial previa antes de acceder al amparo. Es decir,

⁷⁰⁶ La cursiva es mía.

⁷⁰⁷ Tal contradicción no se refería a aplicación del principio *pro actione* a este tipo de supuestos, sino al alcance que la expresión “en su caso” debía darse al artículo 9.1 de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Dicho precepto establecía que contra las sentencias dictadas a través de este cauce procedería “en su caso” recurso de apelación. Hasta la STC 188/1994, tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Tercera del Tribunal Supremo entendieron que la expresión “en su caso” suponía una remisión a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de tal manera que sólo serían susceptibles de ser apeladas si cumplían con los requisitos establecidos en ésta. A diferencia de lo sentado en anteriores sentencias y sin avocar el asunto al Pleno, el TC en la STC 188/1994 vino a cambiar radicalmente de criterio al establecer: “Cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema de derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia y darle ocasión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental vulnerado”. Es decir, el TC estableció que el art. 9.1 LPJDFP permitía en todo caso el acceso a la apelación. Esta extralimitación, aunque no la aplicación del principio *pro actione*, fue criticada por G. Fernández Farreres en “El derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema de recursos contra sentencias en el proceso de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”, *La Ley*, T. 1994-4, págs. 53-64.

de no haber interpuesto ese recurso y haber accedido directamente al amparo, quizás el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido éste al entender que era procedente el recurso de apelación. Lo que hizo el recurrente fue una valoración, nada fácil por cierto, a la hora de determinar qué recurso procedía interponer contra la sentencia de instancia. De no estimar el Tribunal Constitucional la lesión del artículo 24.1 en su vertiente de acceso a los recursos, quizás no hubiera podido entrar a conocer del amparo del artículo 43, ya que el mismo sería también inadmisibles por haberse interpuesto fuera de plazo⁷⁰⁸. Es decir, que la interpretación de la ley procesal realizada por la Sala Tercera era más que una inadmisión, en la medida en que vedaba al Tribunal Constitucional pronunciarse en último término sobre el fondo del asunto. La conclusión que se puede extraer y de la que, por cierto, se habla poco, es que los Jueces y Tribunales ordinarios pueden incidir en las competencias del Tribunal Constitucional a través de la interpretación que hagan de las normas procesales reguladoras del acceso a los recursos. Como se sabe, la discusión hoy en relación con las posibles extralimitaciones sólo señala en una sola dirección y no es precisamente a la jurisdicción ordinaria. Este argumento sí fue utilizado expresamente por el Tribunal Constitucional en una resolución anterior, la STC 47/1990, en la que, aunque no aplicó expresamente el principio *pro actione*, sí procedió a sustituir la interpretación de una causa de inadmisibilidad de un recurso de apelación contencioso-administrativo de la Ley 62/1978 que no era ni irrazonable, ni arbitraria ni incurría en error patente pero que conllevaba la declaración de inadmisibilidad del mismo por otra que permitía entrar a conocer del fondo del asunto. Se afirmó por el Tribunal Constitucional que cuando se inadmite un recurso de estas características éste no puede “limitarse a la sola comprobación de que el Tribunal Supremo no infringió el artículo 24.1 de la Constitución porque aplicó razonadamente una causa legal de inadmisión del recurso (...) Y no puede hacerlo porque este último recurso tenía por objeto la tutela de derechos fundamentales y constituía, por tanto, el presupuesto ineludible para poder deducir la queja de amparo constitucional ante esta jurisdicción. Esta circunstancia determina que este Tribunal no pueda permanecer indiferente ante la interpretación y aplicación que de la legalidad ha realizado el Tribunal ordinario.”

⁷⁰⁸ Es cierto que esta hipótesis hubiese sido menos probable que la anterior pero nunca descartable. En efecto, a pesar de que el Tribunal Constitucional es flexible (o al menos lo era) a la hora de apreciar la causa de inadmisibilidad por extemporaneidad al haberse alargado indebidamente la vía judicial previa, podía perfectamente ampararse en esta causa para inadmitir el recurso.

La misma doctrina que la sentada en la STC 188/1994 fue acogida posteriormente en la STC 195/1995, es decir una vez que dictada la STC 37/1995 en la que se decide aplicar el principio *pro actione* sólo a los supuestos de acceso a la jurisdicción pero no a los recursos. Debido a ello, esto es, a que se siguió manteniendo esta peculiar interpretación tras la doctrina sentada por la STC 37/1995, podría pensarse que el Tribunal Constitucional optaba de forma clara por establecer determinadas excepciones a la aplicación del canon de “legalidad ordinaria” a la hora de determinar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales referidas al derecho de acceso a los recursos. Y dentro de esas excepciones se encontraban aquellos supuestos que venían referidos a la tutela de derechos fundamentales sustantivos⁷⁰⁹.

Sin embargo en el contencioso-administrativo tal doctrina se rectificó cuando se suprimió el recurso de apelación contencioso-administrativo y en su lugar se instauró el de casación⁷¹⁰.

Lo mismo sucedió respecto de otros órdenes jurisdiccionales. En este sentido, tiene interés la lectura de la STC 71/2002, que resuelve un recurso de amparo mixto interpuesto contra determinadas resoluciones administrativas emitidas por el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, contra la resolución judicial dictada en primera instancia por un Juzgado de lo Social que confirmó aquéllas y contra la resolución judicial por la que se acordó inadmitir el recurso de suplicación interpuesto contra aquélla. El recurso interpuesto al amparo del artículo 44 se debió a que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia procedió a la inadmisión del recurso de suplicación al entender que el mismo se había formalizado sin citar expresamente el concreto apartado del artículo 191 LPL en el que incardinaba el motivo de su recurso y sin concretar con absoluta precisión y claridad las normas jurídicas infringidas por la sentencia de instancia. En realidad los vicios en los que incurrió el recurrente fueron no citar expresamente el apartado c) del artículo 191 y no citar con “absoluta precisión y claridad” las normas jurídicas que infringía la sentencia de instancia. Esta segunda omisión fue apreciada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia a pesar

⁷⁰⁹ A pesar de que tras la STC 37/1995 sí se admitieron excepciones a la aplicación del canon de irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente en el control de resoluciones judiciales que tenían por objeto la declaración de inadmisibilidad de un recurso o medio de impugnación, hay autores, como F. Chamorro Bernal que afirman lo contrario: “(...) aunque ha reiterado [se está refiriendo al TC] que el principio *pro actione* ha de ser matizado en el derecho al recurso no ha proporcionado criterio alguno para esa matización desde la STC 37/1995 y tampoco ha aplicado esa modulación en supuesto alguno”, *El artículo 24.1 de la Constitución. El derecho de libre acceso a los Tribunales*, T. I., Barcelona, 2005, pág. 430.

⁷¹⁰ Vid, en este sentido, las SSTC 202/1997, 94/2000, 32 y 196 de 2001, entre otras.

de que, tal y como establece la sentencia de amparo en el relato de los antecedentes, el recurrente sí alegó los argumentos por los que consideraba no conforme a derecho la sentencia de instancia con cita de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios⁷¹¹.

La sentencia resolutoria del amparo, remitiéndose a la doctrina anteriormente apuntada referida al proceso contencioso-administrativo de tutela de derechos fundamentales, estableció en el F.J. 4º: “El canon de enjuiciamiento que delimita el ámbito de nuestra jurisdicción (art. 4 LOTC), *aun cuando se aduzca la vulneración de derechos fundamentales*⁷¹² sigue siendo, en el acceso al recurso, el de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente”. Obviamente, en aplicación de esta doctrina se desestimó el recurso interpuesto al amparo al artículo 44 dejando, dejando imprejuizado el del artículo 43⁷¹³.

⁷¹¹ En el antecedente de hecho primero de la STC 71/2002 se hizo constar respecto del escrito de formalización del recurso de suplicación: “En el recurso razonaba sobre cómo la pena privativa de libertad no puede determinar ni directa ni indirectamente la privación accesorio de otros derechos ajenos al pronunciamiento penal como el derecho al trabajo y su subsidiario derecho a la obtención a la obtención de prestaciones de la Seguridad Social para el evento de incapacidad física o psíquica para ese mismo trabajo. Alegaba en ese mismo sentido que tanto la Constitución como la legislación penitenciaria aseguran a los reclusos la cobertura de su alimentación, habitación, vestido y asistencia sanitaria, con fundamento en los derechos a la vida y a la integridad física y moral, así como que las mismas normas protegen e incluso favorecen, de modo específico, incondicional e independiente, la posibilidad de desarrollar una actividad remunerada como medida de reeducación y resocialización. Así el trabajo se configura como una facultad indisponible, siendo su legítimo complemento las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que, de igual manera y por su mismo carácter sustitutivo, devienen de concesión obligada desde el momento en que una solicitud del interesado acredita la concurrencia de los presupuestos legales. (...) Se añadía en el recurso que el criterio de declarar la improcedencia de la pensión por considerar percepción sustitutiva de la renta la cobertura de necesidad desproporcionada por el centro penitenciario resulta discriminatorio respecto de los reclusos que sí pueden realizar una actividad laboral que les proporciona recursos económicos y que también se benefician de los gastos de infraestructura y mantenimiento general de las prisiones. En el supuesto del recurrente éste no podría conseguir en ningún caso ninguna remuneración propia ni por la vía del trabajo ni por la de la pensión asistencial, pese a que las causas de incapacidad que recaen sobre su persona son independientes de su voluntad. El escrito del recurso efectuaba, finalmente, una remisión a los arts. 14, 15, 25 y 35 CE, así como a los concordantes de la Ley y Reglamento Penitenciario en relación a los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los arts. 9 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, remitiendo a la fundamentación jurídica del escrito de la demanda”.

⁷¹² La cursiva la añadió yo.

⁷¹³ En el F.J. 7º el TC aduce las razones por las que no procede un pronunciamiento sobre el fondo: “En cuanto a las restantes vulneraciones aducidas respecto a la decisión acerca del fondo del asunto tomada en primera instancia, es decir, las vulneraciones de los arts. 25.2 y 14 de la Constitución Española (pues los demás a los que alude no son susceptibles de amparo), a tenor de lo anteriormente expuesto no cabe que este Tribunal efectúe pronunciamiento alguno de fondo. En efecto, la subsidiariedad del amparo exige que la jurisdicción ordinaria haya tenido ocasión de remediar las vulneraciones aducidas, para lo que el art. 44.1a) LOTC impone el agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial; y, según hemos manifestado reiteradamente (...) no se agota la vía judicial previa cuando los recursos pertinentes se interponen de forma incorrecta.”

A pesar de que el fallo fue desestimatorio, no se puede dejar de apreciar en el Tribunal una contradicción en la argumentación. En efecto, tras declarar que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Superior de Justicia superaba el test de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional reconoce que otra interpretación de la Ley “probablemente hubiera respondido más plenamente a los valores incorporados al art. 24.1 CE)”. Como se verá más adelante en relación con otros asuntos, esta nueva coletilla que añade el Tribunal cada vez es más frecuente en aquellos casos en los que, de haberse aplicado el test de legalidad ordinaria –no el *pro actione*— la resolución judicial se hubiera tachado de inconstitucional. O, si se prefiere, es una forma de decir que aunque en ese caso concreto una interpretación conforme con el artículo 24.1 CE hubiera debido llevar a la admisión del recurso de suplicación por parte de los Tribunales ordinarios, excede del control por parte del Tribunal Constitucional ya que se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria, al no venir exigido por la Constitución que la interpretación de la ley deba realizarse en todo caso en un sentido que persiga la máxima eficacia de los derechos. La Constitución, antes bien, sólo exige que la interpretación de la ley no sea contraria a la Constitución.

Sin embargo, la aplicación del test de legalidad ordinaria a todo asunto referido al acceso a un recurso no es mantenida de forma unánime por todos los Magistrados, ya que, concretamente, en relación con la última sentencia a la que se ha hecho referencia, esto es, la 71/2002, el Magistrado Gay Montalvo formuló voto particular en el que abogaba por aplicar a estos asuntos en los que en el recurso se suscita un problema de derechos sustantivos no el canon de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino el de proporcionalidad⁷¹⁴. Aunque no de forma expresa, el Magistrado disidente parece apreciar también que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia al realizar una interpretación en exceso rigorista de los requisitos de admisibilidad del recurso de suplicación está afectando a la competencia atribuida constitucionalmente al propio Tribunal Constitucional para pronunciarse en última instancia sobre el asunto⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Según el Magistrado disidente, la doctrina constitucional a la que se remite la sentencia de amparo no viene referida al problema que se suscitaba en este caso.

⁷¹⁵ En el numeral 6º se hace constar: “En casos como el presente, en el que están en juego derechos fundamentales sustantivos desde la instancia, la resolución judicial debe estar informada por su respeto y protección, con independencia del resultado que merezca el examen de fondo del proceso. Otra conclusión, a mi juicio, desconocería la dimensión constitucional del problema. Además, conduciría a la paradoja de que la jurisdicción ordinaria no pudiera abordar previamente las vulneraciones aducidas, incumpliendo el «en su caso» al que se refiere el art. 53.2 CE cuando alude a este Tribunal como última instancia para repararlas, con lo que además, este Tribunal terminaría por no poder tampoco examinar las vulneraciones al no haberse agotado la vía judicial previa”.

En definitiva, a día de hoy el Tribunal Constitucional no aplica a los casos en los que se ventilan supuestas vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos ni el principio de interpretación más favorable a la eficacia del derecho de acceso al recurso legal ni el de proporcionalidad, asumiendo incluso que el mantenimiento de tal postura —esto es, la aplicación del canon de “legalidad ordinaria”— le evite entrar en el fondo del asunto debatido sobre el que tiene atribuida la última palabra⁷¹⁶.

Estas dudas, acerca de si es aplicable o no el principio *pro actione* a aquellos supuestos en los que el recurso o el medio de impugnación se interponía para revisar resoluciones judiciales que se habían dictado en procesos para la tutela de derechos fundamentales, no se han trasladado, salvo en alguna excepción, a los casos en los que a través del medio de impugnación se pretende la tutela de los derechos fundamentales insertos en el art. 24.1 CE, con la salvedad de lo que se dirá más adelante respecto a la acción de la audiencia al demandado rebelde.

a.2) La aplicación del principio *pro actione* en atención a los intereses que se ventilan en los distintos órdenes jurisdiccionales.

En la STC 230/1993 ocurre algo parecido pero a la inversa de lo que se ha expuesto en el apartado anterior, es decir, se justifica porqué en ese caso concreto no es aplicable el principio *pro actione* y sí en otros similares cuya doctrina citaba la recurrente en apoyo a su pretensión. El objeto del recurso era un Auto dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo declarando desierto el recurso de casación interpuesto tras la excusa de dos letrados designados de oficio. Según la recurrente la Sala hubiera debido notificarle tal extremo antes de dictar el Auto dejando desierto el recurso con el fin de permitirle formalizar el recurso mediante abogado de su libre designación. El Tribunal Constitucional ya había abordado este problema en dos ocasiones anteriores: en la STC 37/1985 y en la 12/1993 referidas la primera a la casación penal y la segunda a la suplicación social. En ambos casos el Tribunal entendió que la falta de notificación al recurrente de la excusa de los letrados de oficio

⁷¹⁶ Es cierto, sin embargo, que la mayoría de las leyes procesales actuales hacen impugnables las resoluciones judiciales dictadas en procedimiento cuyo objeto ha sido la tutela de derechos fundamentales distintos a los contenidos en el art. 24.1 CE. No era este el caso en el momento en que se dictan las sentencias constitucionales señaladas en el texto principal.

con el fin de permitirle la formalización del recurso mediante Abogado de libre designación era contrario al artículo 24.1 en su vertiente de acceso a los recursos⁷¹⁷.

Como no podía ser de otra manera, en la STC 230/1993 el Tribunal estableció que no pueden equipararse la casación civil y la penal por el carácter necesario de ésta última no siendo trasladable a este supuesto la *ratio decidendi* de la STC 37/1985. Pero no es esta la diferencia que se quiere resaltar ahora. Efectivamente, a pesar de que estos amparos se refieren más a los límites que operan frente al legislador que frente al Juez, en la STC 230/1993 el Tribunal Constitucional establece con carácter general –y por ello también frente al juez ordinario— que el principio *pro actione* no puede operar igual respecto a la casación civil que respecto al recurso de suplicación. En este sentido se afirma por el Tribunal en el Fundamento Jurídico tercero: “(...) la no aplicación de la citada doctrina a la casación prevista en la LECv, se apoya en un doble y complementario orden de consideraciones; en primer lugar, porque no puede olvidarse que el acceso al recurso de suplicación laboral se produce tras una única instancia judicial, de forma que la necesidad de interpretación más favorable a la hora de considerar de aplicación a este proceso la STC 37/1988, cuya *ratio* estriba precisamente en la necesidad constitucional de una doble instancia en la materia, puede tener en este supuesto una justificación de la que carece la casación civil, en la que la recurrente ha recibido ya respuesta a su pretensión en dos instancias judiciales, (...) y, en segundo lugar, porque el proceso laboral tiene, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas las SSTC 3/1983 y 43/1984) un carácter tuitivo, del que no participa plenamente el proceso civil y que provoca que, en definitiva, y dado los intereses en juego, se puedan derivar de él exigencias adicionales en aras de la tutela judicial efectiva, como lo es la del supuesto que estamos analizando, que no son predicables con carácter general en el proceso civil.” Vuelve a ponerse en evidencia que existen justificaciones a la hora de aplicar uno u otro criterio interpretativo.

⁷¹⁷ Hay que decir, sin embargo, que ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni la Ley de Procedimiento Laboral vigentes en el momento de resolverse ambos casos establecían tal obligación, sino que prevenían expresamente que la Sala dictara Auto declarando desierto el recurso. Por ello, más que ante un amparo frente al juez –que se limitó sin más a aplicar la Ley— la inconstitucionalidad procedía de la norma. En la STC 37/1985, el TC, en lugar de barajar la posibilidad de elevar autocuestión de inconstitucionalidad al Pleno, estableció la obligación de los Jueces y Tribunales de notificar la excusa de los letrados con el fin de dar la posibilidad al recurrente de nombrar uno de su libre elección para la formalización del recurso, hasta que el legislador procediera a la modificación de la LECr. En la STC 12/1993, por el contrario, el Tribunal desechó expresamente tal posibilidad debido a que en el momento de resolverse el amparo el legislador ya había procedido a corregir tal omisión.

Lo que quiero poner de manifiesto es que el Tribunal no era tan arbitrario como algunos sostenían a la hora de aplicar o no el principio *pro actione*. Es más, en muchos amparos estimados por vulneración del artículo 24.1 en su vertiente del derecho de acceso a los recursos en los que el Tribunal aparentemente aplicó el principio de la interpretación más favorable de la norma a la efectividad del derecho hubieran sido estimados igualmente de haber optado el Tribunal por la aplicación de la más estricta⁷¹⁸.

Me parece que estas excepciones a la regla general que estableció el Tribunal no se tuvieron en cuenta a la hora de criticar su heterogénea jurisprudencia acerca del derecho de acceso a los recursos. Es cierto que el Tribunal incurrió en errores y que debió desde el comienzo establecer con más o menos claridad los criterios que le llevaban a aplicar el principio *pro actione* en unos casos y en otros no. Pero quizás hubiera sido deseable en este primer momento, más que reclamarle al Tribunal que abandonara una determinada doctrina, que explicara los motivos que impedían crear una doctrina uniforme. Y puede que éstos existieran, al igual que existen hoy en relación con la aplicación del principio *pro actione* cuando de recursos penales se trata. Es decir, no era extraño que en algunos órdenes jurisdiccionales como el contencioso-administrativo en el que desde el año 1992 quedó suprimida provisionalmente la apelación se hubiera exigido una flexibilización de la casación y mucho más cuando el procedimiento se había interpuesto al amparo de la Ley 62/1978. Algunos autores como Xiol Ríos apelaron a esta flexibilización precisamente por la provisionalidad de tal supresión.

a.3) La aplicación del principio *pro actione* cuando el medio de impugnación es el mecanismo para la tutela de los derechos del art. 24.1 CE.

Como se ha dicho unas páginas más atrás, una de las *ratione decidendi* vertidas en la STC 185/1990 fue la imposición a los órganos judiciales ordinarios de un mandato de flexibilización de las causas y requisitos legales establecidos en la ley procesal reguladora de los medios de impugnación para que a través de estos fuera

⁷¹⁸ Vid entre otras la STC 17/1985, en la que el TC, a pesar de hacer referencia al principio *pro actione*, hubiese llegado a la misma conclusión de haber aplicado el test de legalidad ordinaria.

posible tutelar las vulneraciones de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE⁷¹⁹. En principio y en la medida en que todos los medios de impugnación podían ser idóneos para la tutela de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión, la obligación de aplicar el principio *pro actione* no debía discriminarse en atención al tipo de recurso o vía rescisoria o anulatoria, siempre y cuando a su través se pretendiera, *por primera vez*, instar la tutela de alguna de las proyecciones del art. 24.1 CE.

Las cosas, sin embargo, no discurrieron así. Como se verá en el último capítulo de este trabajo, el único medio de impugnación que fue objeto de flexibilización para servir de cauce procesal adecuado para reparar las situaciones de indefensión fue la audiencia al rebelde. Respecto al resto de los recursos, y especialmente para el de casación, no se valoró en absoluto por el TC que su interposición viniera motivada por la infracción de los derechos insertos en el art. 24.1, lo que llevó a no flexibilizar ni las causas que determinan su interposición ni los requisitos para considerarlo admisible. No se entiende muy bien que el mandato general contenido en la STC 185/1990 no se generalizara de hecho para todos los medios de impugnación, lo que hubiera dado lugar a una justificación absolutamente razonable de la aplicación del principio *pro actione* a estos supuestos, ya que ¿por qué el mandato de flexibilización debía reflejarse sólo respecto de la acción de rescisión y quedar vacío de contenido respecto al resto de los medios de impugnación? Me parece que no hay motivos que justifiquen tal actuación. Sobre todo teniendo en cuenta que atemperar la interpretación de la ley respecto de otros recursos medios de impugnación no hubiera supuesto en muchos casos sobrepasar los límites de su tenor literal, lo que sí ocurría en el caso de la audiencia al rebelde.

b) Los efectos que provocó la dualidad de doctrinas.

Los efectos que provocó esta dualidad de doctrinas tuvieron su incidencia respecto de los recurrentes en amparo y de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder judicial.

⁷¹⁹ En este sentido, se indicó en el FJ 5º de la STC 185/1990: “la tutela efectiva tiene lugar mediante los remedios y recursos ordinarios y extraordinarios que existen en el ordenamiento y, subsidiariamente por el de amparo constitucional, Por ello, será preciso interpretar las normas procesales que integran alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales, esfuerzo interpretativo con algunos precedentes en este Tribunal”.

Respecto a los primeros, el mantenimiento de esa dualidad de doctrinas invitaba a recurrir en amparo aquellas resoluciones judiciales de inadmisión que pudiendo superar el test de constitucionalidad estricto por no haber incurrido en arbitrariedad ni en error, no contenían la interpretación más favorable. En efecto, la existencia de sentencias contradictorias en supuestos similares permitía albergar la duda al recurrente en amparo en relación con la posible estimación del mismo. Ello suponía el crecimiento (o al menos el mantenimiento) del número de recursos de amparo cuyo objeto venía referido a supuestas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos, que por cierto, era bastante elevado. Los datos que he podido encontrar son elocuentes. Por un lado, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer señaló en octubre de 1994 en la Conferencia de clausura del *Coloquio Internacional sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* que “alrededor de un 30% de los asuntos que llegan al Tribunal Constitucional se refieren a denegación por inadmisión de recursos”⁷²⁰. Por otro, I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández apuntan en su libro *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, publicado en 1995 que “el Tribunal viene dedicando desde el año 1989, aproximadamente, un 15% de sus sentencias de Sala a resolver amparos relacionados con la inadmisión de los recursos”⁷²¹. De los anteriores datos se desprende que sólo una mínima parte de los recursos de amparo referidos a la inadmisión de recursos en la jurisdicción ordinaria son admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, terminados mediante la emisión de la correspondiente sentencia⁷²².

Sin duda, este fue el efecto colateral de otro más importante: la contradicción de la jurisprudencia constitucional sobre la materia de la que se está dando cuenta. Algunos autores, como I. Borrajo Iniesta llegaron a señalar que el grado de contradicción jurisdiccional en este ámbito alcanzaba “extremos intolerable”⁷²³. Con el fin de justificar tal calificativo, Borrajo Iniesta trae a colación varias sentencias del Tribunal en las que es posible apreciar la contradicción en la que incurría el mismo por aplicar

⁷²⁰ Dicha conferencia fue publicada con el título “Jurisdicción y justicia constitucional” en *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pág. 239.

⁷²¹ *Vid.* pág. 51 del referido libro.

⁷²² He intentado contrastar los datos ofrecidos por M. Bravo-Ferrer con las Memorias y estadísticas que ha venido publicando el Tribunal. Sin embargo, no ha sido posible, debido a que el Tribunal sólo consigna en sus estadísticas el número de recursos de amparo en los que es invocado el artículo 24.1 CE, pero, a continuación, no ofrece datos concretos referidos a cada una de las vertientes o contenidos que integran el genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷²³ *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., pág. 51.

de forma indistinta dos test de constitucionalidad en supuestos análogos⁷²⁴. Sin embargo, los apuntados por Borrajo no son los únicos que cabe citar. Como ya se ha dicho anteriormente, la STC 188/1994 vino a realizar una nueva interpretación del artículo 9.1 de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona referido a la procedencia del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en los procesos seguidos a través del cauce especial de protección de derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo, contradiciendo así la interpretación que de la citada norma venía realizando la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que había sido declarada por el Tribunal Constitucional conforme a las exigencias del artículo 24.1 de la CE al menos en dos ocasiones (AATC 103/1982 y 788/1984)⁷²⁵.

En segundo lugar, dejaba a los órganos judiciales en una difícil tesitura, ya que recibían del Tribunal mensajes contradictorios en cuanto a cómo debían interpretar la ley procesal: ¿siempre de la forma más favorable a la eficacia del derecho o, por el contrario, tenían libertad para elegir la interpretación que estimaran conveniente siempre y cuando la misma superara el control de constitucionalidad estricto?

Era evidente que por parte del Poder Judicial existía una gran resistencia a aceptar esta doctrina, es decir, la que propugnaba la interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental, y ello por varios motivos. El primero es la propia situación de sobrecarga que pesaba sobre todos los órganos judiciales y, de forma especial, de los que estaban en la cúspide, es decir, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo. Como se verá con más detenimiento en el próximo capítulo de este trabajo, las reformas procesales introducidas en los distintos órdenes jurisdiccionales por la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal tenían como una de sus finalidades esenciales aligerar la carga de trabajo que sufrían determinados Tribunales. En todos los órdenes jurisdiccionales se procedió a restringir de forma importante bien los recursos, bien las resoluciones judiciales que podían ser revisadas a través de los mismos. Así, en el orden jurisdiccional civil se excluyeron del recurso de apelación

⁷²⁴ En el libro *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., concretamente en las págs. 51 y siguientes expone la contradicción en la que incurrió el TC respecto a si en la determinación de la cuantía del pleito –determinante del acceso al recurso de casación civil— debía tenerse en cuenta o no el importe de la reconvencción presentada por la parte demanda. Mientras que en la STC 50/1990 se estimó el amparo con base en la aplicación del principio *pro actione*, no sucedió lo mismo en la STC 142/1991 en la que se aplicó el test más estricto, lo que dio lugar a la desestimación del amparo.

determinadas resoluciones y se procedió a una restricción del acceso a la casación principalmente a través de dos mecanismos: aumentando la *summa gravaminis* e introduciendo nuevas de causas de inadmisión conectadas con el fondo del asunto que, en realidad, venían a conferir a las Salas de lo Civil del TS una mayor libertad y facilidad para proceder a la inadmisión de asuntos en atención no a motivos formales sino de fondo.

En el orden contencioso-administrativo se sustituyó el recurso de apelación por el de casación, lo que supuso un cambio radical no sólo en cuanto al tipo de control que podía dispensarse a través de uno u otro mecanismos, sino también en cuanto a las resoluciones susceptibles de ser recurridas, que se redujeron de manera muy considerable. Además, en este orden jurisdiccional también se introdujeron causas de inadmisibilidad conectadas con el fondo del asunto.

Asimismo, y en el orden penal, la reforma operada en el año 1988, además de proceder a incluir las citadas causas de inadmisibilidad, se excluyó la posibilidad de que tuvieran acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, debido al gran atasco que sufría la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Es decir, la ordenación del sistema de recursos no se pudo “armonizar” debido al atasco que sufría la citada Sala.

Las cosas, por tanto, acaecían de la siguiente manera: por un lado, el legislador tomó medidas para reducir el atasco que sufrían los Tribunales de Justicia, pero por otro, el Tribunal Constitucional, a través de la aplicación del principio *pro actione* para resolver los amparos en los que el derecho vulnerado era el de acceso a los recursos imposibilitaba en parte, o al menos dificultaba, la consecución de dichos objetivos. Así, las tendencias restrictivas del legislador establecidas en relación con la impugnabilidad de las resoluciones judiciales se veían frenadas por las exigencias que el Tribunal Constitucional imponía a los Tribunales de Justicia, y por ende, también al Tribunal Supremo, para proceder a la inadmisibilidad de los recursos. Es decir, que la materia de la que se viene dando cuenta pone en evidencia las tensiones que se producen entre el legislador y el Tribunal Constitucional, ya que las medidas adoptadas legítimamente por el primero pueden perder parte de su razón de ser con la intervención —a través de la interpretación— por el segundo⁷²⁶. Sin duda, la mala gestión de la jurisprudencia en

⁷²⁶ Este desencuentro entre las decisiones legislativas y la interpretación de la ley procesal reguladora de los recursos realizada por el Tribunal Constitucional ha sido puesta de manifiesto por G. Fernández Farreres en “El derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema de recursos contra sentencias en el

cuanto a los supuestos en los que debía aplicarse o no el principio *pro actione* están en el origen de esta confusión y de las tensiones generadas.

No es de extrañar, en este sentido, que se creara una resistencia de los órganos jurisdiccionales a acatar esta doctrina, que en algunos fue especialmente llamativa. Sólo por poner un ejemplo, hay que traer aquí la constante resistencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a asumir la doctrina constitucional referida a la subsanabilidad de la falta de firma y habilitación de letrado en el escrito de formalización del recurso de casación. Efectivamente, a pesar de que el Tribunal Constitucional en varias sentencias que tenían como objeto resoluciones de distintos órganos judiciales —y también de la Sala Primera del Tribunal Supremo— vino a establecer que tales omisiones eran subsanables, la mencionada Sala no dudó en seguir aplicando su propio criterio. De la Oliva llamó la atención sobre este extremo al afirmar: “Resulta asombrosa la pertinacia de la Sala Primera (o de lo Civil) del Tribunal Supremo que, contra esta reiteradísima jurisprudencia del TC, sigue inadmitiendo recursos de casación. No podemos pensar que, al decidir la inadmisión, no repare la Sala en la anulación posterior por el TC. Hay que conjeturar pues, —y no temerariamente—, que TS 1ª se desprende, por de pronto, de «papel», a sabiendas de que volverá, aunque tal vez no en la misma cantidad”⁷²⁷.

Lo cierto es que, si algo provocó el control a través del amparo de la aplicación de la ley reguladora del acceso a los recursos fueron tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria y, en especial, con el Tribunal Supremo.

5.3.2. El fin de la dualidad: la STC 37/1995.

Tras las idas y venidas del Tribunal Constitucional a la hora de resolver los recursos de amparo en los que el derecho invocado era el de acceso a los recursos, la STC 37/1995 vino a dejar zanjada la cuestión. No se trata de una sentencia más de las dictadas en un recurso de amparo referido al derecho de acceso a los recursos. Dicha sentencia, la 37/1995, de 7 de febrero, se dictó por el Pleno del Tribunal Constitucional, no por motivos de oportunidad, sino en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 LOTC. El Tribunal, a través de esta sentencia desestima un recurso de amparo a pesar de que unos meses antes, concretamente el 13 de julio de 1994, en su sentencia 212/1994,

proceso de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”, cit., págs. 64-65.

⁷²⁷ A. De la Oliva y M.A. Fernández, *Derecho Procesal Civil*, T.I., 3ª edición, Madrid, 1994, pág. 184.

había estimado otro cuyo objeto era, no ya similar, sino idéntico. Me parece que, de no haberse estimado el recurso de amparo resuelto mediante la citada sentencia, la STC 37/1995 no hubiese sido la misma. Es decir, hubo determinados factores que influyeron decisivamente en que este fuera el caso en el que el Tribunal Constitucional abandonara la dualidad de doctrinas y se decantara por la aplicación de una de ellas. Pero vayamos por partes.

La STC 212/1994, de 13 de julio, resolvió un recurso de amparo interpuesto contra un Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo acordando la inadmisión de un recurso de casación civil por carecer manifiestamente de fundamento sin dar trámite de audiencia al recurrente. Es decir, la resolución recurrida la constituye uno de los primeros autos de inadmisión dictados por la Sala Primera del Tribunal Supremo con base en los nuevos motivos introducidos por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. En este supuesto concreto, además, dicha causa de inadmisión no era tal, ni en el momento en el que se procedió a la preparación del recurso de casación ni tampoco en el de su formalización, sin embargo, fue apreciada por el Tribunal Supremo en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la citada norma⁷²⁸.

Como ya se ha dicho, estas nuevas causas de inadmisión conectadas con el fondo del asunto tenían como finalidad contribuir a aligerar la carga de trabajo que pesaba sobre la Sala Primera del Tribunal Supremo. Así, el nuevo apartado 3º del artículo 1710 de la antigua LEC establecía: “Asimismo, dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de 10 días antes de resolver definitivamente (...)”. Además de esta regla tercera, en el artículo 1710 se preveían otras tres causas de inadmisión (la 1ª, 2ª y 4ª), pero en ninguna de ellas se otorgaba el trámite de audiencia. Todo parecía indicar que, aunque en la regla tercera se contuvieran dos causas de

⁷²⁸ El contenido de tal disposición era el siguiente: “En los recursos de casación en trámite, en los que no se hubiere resuelto sobre su admisión, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o, en su caso, la del Tribunal Superior de Justicia podrán inadmitir el recurso por los motivos señalados en la redacción dada por esa Ley al art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A este efecto, tanto los motivos en que se funde el recurso de casación, como los límites a los que se refiere la regla 4ª del núm. 1 del mencionado artículo serán los determinados por la legislación vigente en el momento de la interposición del recurso. Cuando la Sala considere que puede existir causa de inadmisión, procederá en la forma prevista en aquel precepto”.

inadmisibilidad, el trámite de audiencia al recurrente era obligado para la apreciación de cualquiera de ellas.

Sin embargo, el precepto transcrito fue interpretado por Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 30 junio de 1992 de la siguiente manera: “En el nº 3 del artículo 1710 LECiv. (reformado) existen dos causas de inadmisión, pero sólo respecto de la segunda se establece el incidente de audiencia de la parte y la unanimidad en la decisión”⁷²⁹. Dicha interpretación, tal y como reconoció la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no era la única que cabía extraer de tal precepto, sino una de las posibles que cabía deducir atendiendo a los criterios de la literalidad y de la lógica⁷³⁰.

Como cabía esperar, pronto llegaron al Tribunal Constitucional recursos de amparo a través de los que se impugnaban resoluciones de inadmisión en el sentido expuesto, es decir por carecer de fundamento pero sin dar trámite de audiencia. La primera de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional analizó si la interpretación que del artículo 1710.3 LEC sostenía el Tribunal Supremo era conforme a la Constitución fue la 212/1994. La conclusión a la que llegó en el fundamento jurídico 3º fue clara y contundente: “La lectura del precepto revela *inequívocamente* que en los casos –como el presente— en que la inadmisión del recurso se basa en su

⁷²⁹ Dicha interpretación fue adoptada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que tras la publicación de la Ley 30/1992, decidió reunirse con el fin de despejar diversos “aspectos dudosos o conflictivos” referidos a la nueva regulación de la casación civil “a fin de que el común fuera seguido por la Sala de Admisión”. Estos criterios fueron acogidos en el Acuerdo de 30 de junio de 1992 y a éste se remiten numerosos autos de inadmisión.

⁷³⁰ La Sala, en varios autos de inadmisión, vino a exponerlo así y razonó de la siguiente forma: “Asimismo dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos substancialmente iguales. «En este caso», puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oír a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolver efectivamente. Para denegar la inadmisión del recurso «por esta causa» será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad. Las palabras que aquí se entrecorren parecen demostrar, cuando menos, que la norma estaba necesitada de interpretación, como por otra parte ocurre con todas las normas y como, en relación concretamente con la que ahora se examina, corrobora el dato de que los estudiosos de la reforma procesal en cuestión sostengan opiniones discrepantes acerca de cuándo el trámite de audiencia. Sea como fuere, lo cierto es que el Pleno de los Magistrados de esta Sala optó por la interpretación literal» (...). Así, siguiendo las pautas ya tradicionales de la labor hermenéutica, se ha destacado, aplicando el elemento literal, que la indicada regla 3ª. Contiene en realidad dos causas de inadmisión diferentes, según releva la conjunción disyuntiva «o»; y que las expresiones «en este caso» y «por esta causa», a continuación de un punto y seguido, se refieren por tanto sólo a la segunda causa. Y aplicando el elemento lógico, se ha hecho notar que mientras para la segunda causa tiene sentido la previa audiencia de la parte recurrente, pues puede ocurrir que la jurisprudencia sobre el fondo del asunto no sea unánime y existan algunas sentencias discrepantes de las que se citen en la providencia que acuerda el trámite de audiencia, para la primera, en cambio, la audiencia previa carece de sentido, pues la parte recurrente no podría hacer otra cosa que o bien limitarse a reafirmar de modo puramente voluntarista el fundamento de su recurso, algo inútil por demás, o bien ampliar la fundamentación del mismo, algo que, desde luego, pugna frontalmente tanto con la regulación legal del recurso de casación, (...), como con los derechos de la parte recurrida a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas y a un proceso sin dilaciones indebidas (...)”. Esta argumentación se contiene en los AATS de 23 y 30 de abril de 1993.

falta de fundamento es obligatorio oír al recurrente por el plazo de diez días antes de resolver definitivamente”⁷³¹. En este caso, el TC ni aplicó el principio *pro actione*, ni tampoco discutió o desautorizó los fundamentos en los que se basó la Sala Primera del Tribunal Supremo para no conferir el trámite de audiencia por la sencilla razón de que los mismos no se contenían en el Auto impugnado. El motivo de la estimación del recurso no fue la inaplicación de un trámite –el de audiencia— inequívocamente exigido por la Ley –según el propio TC—, ya que tal hecho hubiera sido constitutivo tan sólo de una “infracción formal”, sino el hecho de que tal falta de audiencia produjo una indefensión de carácter material y, por tanto, constitucionalmente relevante en la medida en que la omisión del mismo no permitió al recurrente exponer sus razones ante la Sala del Tribunal Supremo en relación con la causa de inadmisibilidad apreciada. Es decir, el Tribunal no aplicó su doctrina referida al derecho de acceso al recurso –tutela judicial efectiva—, sino la de prohibición de indefensión. Es más, vino de alguna manera a afirmar que el legislador estableció conscientemente el trámite de audiencia en estos supuestos –y no en otros en los que las causas de inadmisión eran de distinta naturaleza— para posibilitar una rectificación por parte de la Sala en cuanto a la posible estimación de la concurrencia de la mencionada causa de inadmisibilidad⁷³². Dicha argumentación fue avalada por el Ministerio Fiscal, que solicitó al Tribunal la estimación del amparo y por todos los Magistrados, ya que ninguno formuló voto alguno a la sentencia⁷³³.

Por el contenido de la sentencia resolutoria del amparo puede deducirse que el Tribunal Constitucional, más que achacar la omisión del trámite de audiencia a una “reflexión” del Pleno de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la atribuye a un “despiste”, esto es, a un error involuntario. Es decir, de las palabras del TC no parece deducirse que éste conociera ni el mencionado Acuerdo adoptado por el

⁷³¹ El subrayado es mío.

⁷³² En el F.J. 4º se dice: “ (...) resulta claro que la privación a la parte recurrente de una vía procesal de defensa, de carácter esencial, como es la de audiencia, que le hubiera permitido en su caso exponer los argumentos que a su juicio no concurrían para la inadmisión, apreciada inicialmente en el auto impugnado, le producía indefensión. Posiblemente por ello el legislador estableció ese particular trámite cuando se tratase de la inadmisión por manifiesta falta de fundamento, a diferencia de otras causas que, por su propia naturaleza, pueden ser estimadas de oficio. La idea del legislador al establecer dicho requisito fue la de dar al Tribunal la oportunidad de rectificar o reafirmar su inicial criterio respecto de la concurrencia de la causa de inadmisión, apreciada inicialmente a la vista de las alegaciones de la parte a cuyo favor se establece un derecho, y cuya inobservancia determina la omisión de un trámite esencial en razón de su finalidad y a un real y efectivo menoscabo en su derecho a la defensa causante, en definitiva, de una verdadera indefensión material.”

⁷³³ Las alegaciones del Ministerio Fiscal pueden verse en el antecedente séptimo de la referida sentencia.

Pleno de la Sala Primera del TS, ni tan siquiera los argumentos en los que éste se basó para omitir de forma consciente el trámite de audiencia previsto en el artículo 1710.1.3 LEC.

Las cosas podían haber seguido como hasta ese momento, sin embargo, las reacciones a la STC 212/1994 no se hicieron esperar. Como ya se ha dicho, la mencionada sentencia fue dictada el 13 de julio y publicada en el BOE el 8 de agosto. Pues bien, un mes y medio después, concretamente el día 22 de septiembre de 1994, la Sala Primera del Tribunal Supremo se reunía en Pleno para analizar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Sin duda, este ha sido uno de los episodios (aunque como es sabido no el único) que ha generado grandes tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Y ello debido a que el Tribunal Supremo se negó a aceptar pro futuro la interpretación que del artículo 1710.1.3º había realizado la STC 212/1994. Las razones en las que se basó el Tribunal Supremo fueron cuatro, a saber⁷³⁴:

La primera: la STC 212/1994 no tiene efectos vinculantes sobre otros recursos de casación pendientes de admisión, debido a que la misma había recaído en un recurso de amparo “carente del efecto frente a todos que producen las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho (art. 164.1 de la Constitución en relación con los artículos 38, 54 y 55 LOTC)”⁷³⁵.

La segunda: que aun admitiendo que con la expresión en todo tipo de procesos el artículo 5.1 LOPJ se está “refiriendo” también a los recursos de amparo, la vinculación de los jueces y tribunales se ordena respecto de los preceptos y principios constitucionales conforme a su interpretación por el Tribunal Constitucional, no respecto de la interpretación que éste haga de una norma de legalidad procesal ordinaria cual es el artículo 1710.1.3ª LECiv.”⁷³⁶

La tercera: El artículo 1710.1.3º es una norma de legalidad procesal ordinaria cuya interpretación no compete al Tribunal Constitucional, sino al Tribunal que debe aplicarla: el Tribunal Supremo. Así, la doctrina sentada en la STC 212/1994 entra en contradicción con aquella otra que afirma no ser misión del Tribunal Constitucional, la

⁷³⁴ Los argumentos en los que se basó tal conclusión, así como la confirmación de que existió dicha reunión, se pueden leer en el Auto de 24 de enero de 1995 dictado en el recurso 167/1994.

⁷³⁵ Vid. el A. TS, 1ª de 24 de enero de 1995.

⁷³⁶ *Ibidem*.

interpretación de la legalidad ordinaria, y más en concreto, con aquella “que afirma la libertad del Tribunal Supremo para interpretar con más o menos rigor los requisitos legales de acceso a la casación (STC 199/1994, fundamento de derecho 2, párrafo segundo *in fine* que cita como precedente la STC 113/1990).”⁷³⁷

La cuarta y última: el Tribunal Supremo añade un nuevo argumento de carácter sistemático: “curiosamente en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regular la inadmisibilidad del recurso de amparo, se distingue nítidamente, pese a estar encuadradas en el mismo apartado 1 de su artículo 50, la causa consistente en la manifiesta carencia de contenido (letra c) de la consiste en la previa desestimación de recursos o cuestiones sustancialmente iguales (letra d), causas autónomas e independientes cuya aplicación, por ende, sólo requiere previa audiencia del solicitante del amparo y del Ministerio Fiscal cuando no hubiere unanimidad en la Sala”⁷³⁸.

Por último y también como un argumento de peso, la Sala Primera del Tribunal Supremo añadió a sus motivaciones el hecho de que el Tribunal Constitucional había procedido a inadmitir mediante providencia un recurso de amparo contra Auto dictado por aquella en el que acordaba la inadmisión del recurso de casación por carecer manifiestamente de contenido sin dar trámite de audiencia⁷³⁹.

La Sala de Admisiones de la Sala Primera del Tribunal Supremo siguió con su interpretación del artículo 1710.1.3^a procediendo, en consecuencia, a inadmitir los recursos de casación por carecer manifiestamente de fundamento sin dar trámite de audiencia a la parte recurrente. Sin embargo, es evidente que las razones en las que se basó el Tribunal Supremo para llegar a tal conclusión iban mucho más allá del caso concreto y se referían a una nueva razón de ser del recurso de amparo⁷⁴⁰.

Como era de esperar, debido a la negativa por parte del Tribunal Supremo de acatar la doctrina recaída en la STC 212/1994, pronto llegaron al Tribunal Constitucional recursos de amparo cuyo objeto era idéntico al resuelto en aquella. Dos

⁷³⁷ *Ibidem.*

⁷³⁸ *Ibidem.*

⁷³⁹ Dicha providencia del TC, según lo establecido en el A. TS., 1^a, de 24 de enero de 1995, fue dictada el 26 de septiembre de 1994 por la Sección Cuarta del TC en el recurso de amparo con número de registro 486/1994). Es decir, después del famoso Acuerdo de los Magistrados de la Sala 1^a del TS. Por ello, no se puede afirmar que dicha providencia fuera producto del caos reinante en el TC, sino más bien una reacción al citado Acuerdo. Lo que en cualquier caso no parece justificado es que el TC procediera a inadmitir mediante providencia teniendo en cuenta el precedente sentado en la 212/1994.

⁷⁴⁰ Así lo entiende también A. Gil-Robles en su libro *Los nuevos límites a la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1996, pág. 46-47. En la citada obra se detallan de forma minuciosa tanto los antecedentes como el desarrollo del conflicto del que vengo dando cuenta.

opciones tenía el Tribunal Constitucional: seguir manteniendo la doctrina contenida en la STC 212/1994 o, por el contrario, hacer suyas las razones aducidas por la Sala Primera del Tribunal Supremo y rectificar su posición. La postura más novedosa sería la segunda, ya que la primera, como se ha dicho, fue practicada por el TC en reiteradas ocasiones al verse obligado a corregir mediante recursos de amparo la doctrina referida a la subsanabilidad de determinados defectos como la firma de letrado o la falta de habilitación. Sin embargo, hay algo en este caso que no existió en los anteriores: la manifestación explícita del conflicto y la firme voluntad de la Sala Primera del Tribunal Supremo de seguir manteniendo su doctrina con independencia de lo que hiciera el Tribunal Constitucional. Es decir, el Tribunal Supremo, con su actuación, se aseguró de que los Magistrados del Tribunal Constitucional conocieran de su profundo malestar con algunas de sus resoluciones y de su renuncia a acatar su doctrina. Y todo ello, a pesar de que en la resolución de inadmisión del recurso de casación civil que llegara en amparo no se contuvieran ni los motivos del malestar ni la decisión de acatar la doctrina constitucional *pro futuro* en esta concreta materia. Y a la vista del contenido de la STC 37/1995, parece que ésta trata de responder al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1994 más que a la resolución judicial impugnada.

En efecto, la STC 37/1995 resolvió un recurso de amparo cuyo objeto era idéntico al resuelto por la 212/1994⁷⁴¹. Es decir, se daban en ambos las mismas circunstancias: el recurso de casación se preparó y formalizó cuando aún no estaba en vigor la causa de inadmisibilidad apreciada, no se confirió el trámite de audiencia y no se explicitó en el Auto del TS si dicha omisión era voluntaria o producto de un despiste⁷⁴². A pesar de que la resolución del recurso de amparo le correspondió a la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fue resuelto por el Pleno del Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 LOTC⁷⁴³. La conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional fue totalmente opuesta a la adoptada en su STC 212/1994. Si en esta resolución el Tribunal Constitucional sólo había analizado si había existido o no

⁷⁴¹ Y así se reconoce en el F.J. 4 de la STC 37/1995: “(...) Sentencia 212/1994 (Sala Primera) donde se contempla un supuesto idéntico, sin un solo rasgo diferencial del presente”.

⁷⁴² El Auto impugnado en amparo es de fecha 12 de noviembre de 1992, es decir, anterior a la STC 212/1994, y por tanto a la polémica surgida entre ambos Tribunales.

⁷⁴³ Así se pone de manifiesto en la propia STC 37/1995, concretamente en el FJ 6º: “Era necesario el discurso jurídico que antecede, cuya concisión, posible en otras circunstancias, ha debido sacrificarse para exponer las razones que nos han movido a apartarnos de la doctrina constitucional precedente sentada en una sentencia anterior de nuestra Sala Primera ya mencionada más arriba, la STC 212/1994, a tenor del artículo 13 de nuestra Ley Orgánica”.

indefensión al apreciar el Tribunal Supremo la causa de inadmisibilidad sin conferir el trámite de audiencia, no sucedió así en la STC 37/1995, en la que se reconduce el problema del ámbito de la indefensión al del acceso a los recursos legalmente establecidos. En efecto, en ambos casos el objeto de amparo no se refería a la admisibilidad del recurso de casación, sino a un requisito extrínseco a ésta, consistente en si la omisión del trámite de audiencia vulneraba o no el artículo 24.1 CE. Es decir, el problema no era determinar si procedía o no el recurso, sino cómo debía llevarse a cabo la inadmisión del mismo por el Tribunal Supremo. Ante el mismo problema, el Tribunal Constitucional llegó a conclusiones diferentes a partir de la aplicación de distintas vertientes del artículo 24.1 CE, de tal manera que lo que resolvió como un problema de indefensión con trascendencia constitucional pasó a serlo de legalidad ordinaria en la medida que venía referido a un supuesto de acceso a los recursos legalmente establecidos.

Lo cierto es que la STC 37/1995 ha pasado a ser el *leading case* en cuanto al derecho de acceso al recurso legal se refiere⁷⁴⁴. La doctrina que vino a asumir el Tribunal fue la del control estricto o de legalidad ordinaria como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas reguladoras del acceso a los recursos. Desde esta perspectiva, la interpretación de las citadas normas pasa a ser considerada una cuestión de legalidad ordinaria cuya realización corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, por lo que sólo cabría una intervención del Tribunal Constitucional si la resolución que impide el acceso al recurso es arbitraria, irrazonable o incurre en un error patente. Partiendo de una doctrina que ya se había reiterado por el Tribunal en diversas resoluciones, se señala la diferente intensidad con la que debe operar el principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción y a los recursos o sucesivas instancias. Mientras que el primer caso, esto es, el acceso al sistema judicial, constituye el elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el de acceder a acceder a los siguientes grados de impugnación se defiende a las leyes. Según el Tribunal hasta tal punto es así que sería “imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan (los recursos), salvo en lo penal.” En consecuencia ambas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva son “cualitativa y cuantitativamente distintos” (FJ 5º). Por ello, la aplicación del principio *pro actione* o

⁷⁴⁴ Desde entonces y hasta la fecha la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional referidas al derecho de acceso a los recursos siguen remitiéndose a la doctrina contenida en la 37/1995. Es cierto, sin embargo, que desde el año 2008 se han producido importantes matizaciones que serán objeto de análisis más adelante.

de interpretación más favorable a la eficacia del derecho sólo operaría respecto de aquellas normas reguladoras del acceso a la jurisdicción, pero no respecto de aquellas referidas a las sucesivas instancias o recursos. En líneas generales esta es la doctrina que cabe extraer de la mencionada sentencia.

Es evidente que el discurso y la argumentación realizada en la STC 37/1995 poco o nada tiene que ver con el enfoque desde el que fue abordado el problema en la STC 212/1994. Hay que decir, sin embargo, que en la 37/1995, tras exponer la doctrina general sobre el derecho de acceso al recurso antes comentada, entra a analizar si la falta de audiencia causó o no indefensión al recurrente. Para ello, partió de la base de la constitucionalidad de las distintas posibilidades interpretativas que presentaba el artículo 1710.3 LEC, incluida aquella según la cual no era preciso otorgar trámite de audiencia cuando el recurso se inadmitiera por carencia manifiesta de fundamento. Admitiendo, por tanto, que la ley presentaba diversas posibilidades interpretativas válidas, es decir, conformes con las exigencias constitucionales, analizó si al recurrente se le había causado indefensión por no habersele conferido tal trámite. Según el TC el recurrente no sufrió indefensión porque ya tuvo oportunidad de ser oído por el Tribunal Supremo cuando procedió a la interposición del recurso de casación. En dicho escrito deben constar los motivos y el soporte argumental de la pretensión casacional, por lo que a través de lo expuesto en el mismo el Tribunal Supremo tiene los elementos de juicio necesarios para apreciar si el recurso tiene o no carencia manifiesta de fundamento y en consecuencia para apreciar sin más trámite tal causa de inadmisión.

Creo que esta última argumentación era realmente la que venía a rectificar la doctrina contenida en la STC 212/1994. Es decir, si el Tribunal Constitucional hubiera llegado a la conclusión de que el escrito de interposición del recurso de casación no contenía los elementos suficientes y necesarios para que el Tribunal Supremo apreciara tal causa de inadmisibilidad –lo que supone afirmar que la declaración de inadmisibilidad se acordó sin la audiencia necesaria— igual hubiera dado que nos encontráramos ante un supuesto de acceso a la jurisdicción que a las sucesivas instancias, ya que el derecho en juego no sería el de acceder a los recursos legalmente establecidos, sino a no sufrir indefensión en la tramitación del recurso de casación. Pienso, sin embargo, que el que el Tribunal Constitucional no rectifica gratuitamente su doctrina sobre el derecho de acceso al recurso, sino que lo hace precisamente para relajar las tensiones que la STC 212/1994 habían generado en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Me parece que fueron dos las razones que llevaron al Tribunal a cambiar su criterio. Por un lado, el hecho de que la jurisprudencia constitucional acerca del derecho de acceso a los recursos fuera vacilante y, en ocasiones hasta contradictoria, debió ser un motivo de peso para dejar zanjada la cuestión de una vez por todas⁷⁴⁵. Como ya se visto, tanto desde la doctrina como desde la propia judicatura se criticó duramente –quizás en exceso por lo que luego se dirá– la convivencia de ambas líneas jurisprudenciales y los tímidos intentos del Tribunal por intentar hacerla uniforme. Quizás si el Tribunal Constitucional no hubiese tenido pendiente de resolver otro recurso idéntico al resuelto en la STC 212/1994 no hubiera existido tal sentencia del Pleno. Pero sin duda no fue ésta la única causa ni la más decisiva. Considero que fue crucial el hecho de que la Sala Primera del Tribunal Supremo reaccionara tal y como se ha expuesto frente a la STC 212/1994. Es decir, que en el giro doctrinal que se ha expuesto, lo verdaderamente decisivo fue un nuevo escenario de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, y más concretamente, con el Tribunal Supremo.

En definitiva, las reacciones de la jurisdicción ordinaria frente a la doctrina constitucional han sido cruciales a la hora de reorientar el contenido del derecho de acceso a los recursos. Aunque los conflictos entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no han venido motivados únicamente por la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de la ley procesal, sino también de derechos fundamentales sustantivos y de lo que se ha llamado legalidad ordinaria, creo que la tensión y la resistencia de la jurisdicción ordinaria se acrecientan a la hora de acatar aquella jurisprudencia constitucional, esto es, la referida a la ley procesal. Y ello porque, además de defender en estos casos una competencia propia, tratan de protegerse frente al creciente número de asuntos pendientes de resolver. Situar en sede constitucional la interpretación de la ley procesal reguladora de los recursos es tanto como desapoderarse del control del acceso de asuntos en un momento en el que los índices de litigiosidad son elevadísimos⁷⁴⁶. Era evidente que, si el Tribunal Constitucional

⁷⁴⁵ Aunque la cuestión se pretendió dejar zanjada en el sentido expuesto, no lo fue por unanimidad. En efecto, como en una buena parte de los amparos referidos al derecho de acceso a los recursos acompañan a la STC 37/1995 dos votos particulares formulados por los Magistrados Fernando García Mon y González-Regueral y Carlos de la Vega Benayas. Ambos votos tienen, sin embargo enfoques diferentes.

⁷⁴⁶ Tal y como ha apuntado L. Díez-Picazo y Ponce de León recientemente (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, pág. 16) “no puede reconocerse a los jueces competencia para regular el volumen regular el volumen de su trabajo. La Sala Primera del Tribunal Supremo (y algunas

imponía como criterio interpretativo el *pro actione*, ningún margen de maniobra tendrían los Tribunales ordinarios, sobre todo los más colapsados, para mitigar o atenuar en la medida de lo posible su carga de trabajo.

Sin embargo, este cambio de doctrina, más que dejar las cosas en un término medio, las ha situado en el lugar de partida en el mejor de los casos, ya que en otros, como se verá a continuación, es de retroceso, es decir, en una situación parecida a la existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Y lo que es más importante a efectos de este trabajo, abortó la posibilidad de que la doctrina constitucional matizara o estableciera excepciones a su doctrina general sobre la aplicación del principio *pro actione* en aquellos casos en los que a través del recurso o medio de impugnación se pretendiera la primera tutela de cualesquiera de las infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión.

5.3.3. Una nueva vuelta de tuerca: la tímida aplicación del principio de proporcionalidad.

Como ya se ha dicho en el capítulo anterior, la doctrina sobre el derecho de acceso a los recursos ha sido recientemente atemperada como consecuencia de la doctrina del TDEH y especialmente de las condenas que ha sufrido el Reino de España, entre otras, en las SSTDH de 9 de noviembre de 2004 (*Sáez Maeso contra España*), de 22 de julio de 2008 (*Barrenechea Atucha contra España*), de 8 de enero de 2009 (*Golf de Extremadura, S.A. contra España*) y de 15 de diciembre de 2009 (*Llavador Carretero contra España*). Con el fin de no alargar más el presente capítulo, me remito a lo que ya se ha dicho al respecto.

5.3.4. Algunos efectos perversos del amparo

a) La falta de una doctrina “de matices”.

otras del mismo órgano) nos puede dar la pista sobre lo que tal cosa significa”. Aunque tales afirmaciones se dirigen a criticar la interpretación realizada por el TS de los motivos que regulan el acceso a la casación y al recurso extraordinario por infracción procesal regulados en la nueva LEC, considero que son extrapolables al supuesto expuesto en el texto principal.

Me parece que todas las vicisitudes que se han puesto de manifiesto anteriormente impidieron que el TC tuviera cierto sosiego para matizar su doctrina sobre el acceso a los recursos con el fin de atemperar su aplicación en los casos en los que el medio de impugnación iba a ser la vía para la protección de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE. Las críticas doctrinales, poco matizadas cuando no contradictorias, y el hecho de que el conflicto entre los Tribunales situados en la cúspide del sistema se produjera también respecto a esta materia, coadyuvaron a ello⁷⁴⁷. Los argumentos sentados en la STC 37/1995 debieron excepcionarse para determinados casos y entre ellos, aquellos en los que el recurso tenía por objeto reparar por vez primera la lesión de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Sin embargo, no fue así con carácter general y las afirmaciones contenidas en la STC 37/1995 parecían estar indicadas para toda clase de recursos que no correspondieran al orden penal. Quizás, las prisas del TC por sosegar o atemperar el serio conflicto que se estaba gestando con la Sala Primera del Tribunal Supremo hubieran recomendado sentar los criterios sobre el derecho de acceso a los recursos en un caso diferente al resuelto por la STC 37/1995.

No debe concluirse de lo anterior que estoy en desacuerdo con la doctrina del TC referida al derecho de acceso a los recursos. En términos generales la comparto y creo que los criterios interpretativos de las normas que determinen tanto su admisión

⁷⁴⁷ Uno de los autores que incurrió en serias contradicciones fue I. Borrajo Inieta. Mientras que en su trabajo, tantas veces citado aquí, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, escrito en colaboración con I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, criticó la aplicación del principio *pro actione* al derecho de acceso a los recursos, en su trabajo “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, *REDC* núm. 43, 1995, pág. 40, sostuvo lo contrario respecto al incidente o recurso de audiencia al rebelde (sic) como un instrumento adecuado para reparar situaciones de evidente indefensión. Tras sostener que el citado recurso (sic) debería ser objeto de nueva regulación por el legislador, señaló a continuación: “Pero ahora mismo es posible llevar a cabo una reinterpretación de los preceptos legales, en los términos previstos por las STC 83/1983 y 310/1993: «El procedimiento de audiencia al rebelde permite a los órganos judiciales remediar aquellas situaciones de indefensión, contrarias al artículo 24.1 CE, cuando el vicio determinante de inconstitucionalidad es detectado después de que la sentencia deviene firme, y por ende intangible a través de los recursos de apelación, suplicación o casación; “sin que los órganos judiciales ordinarios puedan efectuar una interpretación restrictiva, rigorista o en exceso formalista de los presupuestos contenidos en los arts. 774-777 LEC que condicionan la admisibilidad de este medio rescisorio de la cosa juzgada ya que las infracciones del derecho a la tutela y a la defensa pueden y han de ser remediadas, a través de dicha vía por los tribunales ordinarios»”. La apelación a esta doctrina del TC, que a mi juicio suponía contravenir el tenor literal de la ley más que flexibilizar dentro de lo posibilitado por aquella los criterios para la admisión de la acción, fue rescata y asumida por Borrajo para concluir que en nuestro ordenamiento jurídico sí es posible remediar las situaciones de indefensión. Lo dicho por Borrajo, podría considerarse una rectificación o al menos una matización de su tesis respecto a lo sostenido en otros trabajos. Sin embargo, no fue así, ya que en este mismo artículo, el autor concluye (en pág. 48) con una crítica al TC por los amplios contenidos de los que ha dotado al derecho a la tutela judicial efectiva y entre ellos el derecho a acceder a los recursos. Es evidente que, cuando menos, la excepción hecha para la audiencia al rebelde hubiera merecido una matización de la doctrina general.

como los requisitos para su interposición corresponden a los tribunales ordinarios. Ahora bien, en determinados casos, sobre todo en aquellos en los que el ordenamiento jurídico procesal presenta déficits importantes para hacer efectivos algunos derechos fundamentales, como sucede en relación con los del 24.1 CE, debe procurarse que los órganos judiciales flexibilicen o atemperen el rigor interpretativo en la medida en que el medio de impugnación se constituye en el *primer y único* cauce de tutela de estos derechos fundamentales. La importancia decisiva de esta función atribuida a los medios de impugnación debería haber estado clara desde el principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y con mayor motivo debido a extrema deferencia que éste tuvo con el legislador. Si no se le exige al legislador la creación de vías para la tutela de los derechos y tampoco se manejan por el órgano judicial criterios que flexibilicen la aplicación de la ley procesal, ¿en dónde se reside la tutela de los derechos?

Podría aducirse de contrario que el juez constitucional sí siguió aplicando el principio *pro actione* a determinados instrumentos procesales, especialmente al derecho de audiencia al rebelde⁷⁴⁸. Sin embargo, como ya he señalado líneas más atrás, no llego a comprender bien el motivo por el que esta exigencia no se trasladó a todos los medios de impugnación en la medida en que tuvieran por objeto la protección de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. De hecho, la utilización de la vía de la audiencia al rebelde para la tutela del derecho de audiencia en aquellos casos en los que la notificación de la demanda no se había llevado a cabo de conformidad con lo exigido por el ordenamiento jurídico por causas imputables al órgano judicial, suponía ir más allá de lo que entonces permitían los arts. 774 a 777 de la LEC de 1881.

b) La manipulación de la doctrina constitucional por los órganos judiciales ordinarios

Me parece que era difícil prever que la inicial doctrina antiformalista impulsada en los primeros años de democracia por el Tribunal Constitucional se iba a volver tiempo después en su contra. Además de la rectificación del propio Tribunal Constitucional, no puede desconocerse la manipulación que los órganos jurisdiccionales ordinarios han

⁷⁴⁸ Cuya interposición exigió incluso antes de acudir al recurso de amparo en aquellos casos en los que el litigante había obtenido una sentencia de condena dictada inaudita parte. Aunque en el último capítulo volveré sobre este asunto, pueden verse ya en este sentido las SSTC 16/1995

realizado de esa doctrina constitucional que, en muchos casos, ha servido de coartada para justificar interpretaciones de dudosa constitucionalidad.

El efecto más perverso es que la referencia de los Jueces y Tribunales en la interpretación de la ley procesal ya no está puesta en las exigencias derivadas del artículo 24.1 en cada caso concreto sino en la doctrina de mínimos establecida por el Tribunal Constitucional. En efecto, la doctrina de máximos, abandonada por el Tribunal Constitucional, desaparece *en todo caso* referida a los medios de impugnación y se sustituye por una de mínimos que, además, es la única aceptada como válida por los Tribunales ordinarios. Es decir, la única interpretación conforme de la Ley procesal es la que el Tribunal Constitucional establece en sus sentencias, de tal manera que una interpretación *pro actione* de la ley procesal parece no tener cabida precisamente por no ser exigida desde la doctrina constitucional.

Vuelvo a traer a colación, para poner un ejemplo en este sentido, el caso concreto que dio lugar a las STC 212/1994 y 37/1995 pero esta vez referido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Efectivamente, las causas de inadmisibilidad conectadas con el fondo del asunto y previstas en la regulación de la casación contencioso-administrativa en el año 1992 a través de la Ley 10/1992 eran idénticas a las previstas para la casación civil y que dieron lugar a la famosa STC 37/1995. En el orden contencioso-administrativo también se incluyeron como causas de inadmisibilidad del recurso de casación que éste careciera de trascendencia casacional y que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otros recursos en asuntos similares, en cuyo caso también estaba previsto dar trámite de audiencia antes de que la Sala acordara de forma definitiva la inadmisibilidad del recurso. La norma procesal contencioso-administrativa y la procesal civil estaban redactadas en términos idénticos. Sin embargo, la interpretación que llevó a cabo la Sala Tercera del Tribunal Supremo no se correspondió con la realizada por la Sala Primera, por lo que procedió a conferir el trámite de audiencia tanto en los casos en los que el recurso se pretendiera inadmitir por carencia de contenido o por haber resuelto en fondo otros recursos sustancialmente iguales. Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo cambió de criterio tras la STC 37/1995. Las razones que le llevaron a ello se exponen con claridad en infinidad de resoluciones “tipo” dictadas por el Tribunal y que, por su importancia, se transcriben a continuación:

“Las consideraciones anteriores se hacen –somos conscientes de ello— sin oír a la parte recurrente, toda vez que la audiencia previa sólo es preceptiva en uno de los casos

previstos en el apartado c) del artículo 100.2 de la LJCA —concretamente cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, pues la primera causa de inadmisibilidad de este apartado «carencia manifiesta de fundamento», puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición donde han de constar los motivos y su soporte argumental (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1995, de 7 de febrero)— siendo innecesario poner ahora de manifiesto a la recurrente aquellas causas de inadmisibilidad pues ya tuvo ocasión de exponer los fundamentos del recurso de casación en el momento de interponerlo, (...). Esto supone un cambio de criterio respecto al observado hasta ahora por la Sala, proclive a la audiencia previa del recurrente en todo caso, pero entendemos que tal cambio, además de encontrar sólido anclaje en la ley, responde al objeto de agilizar un trámite en el que la experiencia ha demostrado, después de más de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que se producen frecuentes dilaciones determinadas principalmente por el ingente número de casaciones que ingresan en este Tribunal, pero a las que también contribuye la apertura indiscriminada de un incidente que el legislador ha querido reservar para un caso determinado, sin que ello implique una situación de indefensión para el recurrente que pudiera desembocar en una falta de tutela judicial efectiva (así resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1995, de 25 de septiembre)”.

Es evidente, tras lo expuesto, que el cambio de criterio viene motivado por la saturación de asuntos en el Tribunal, pero éste se apoya en la doctrina constitucional derivada de la STC 37/1995 para concluir acerca del acierto de la decisión adoptada.

Dicha manipulación o de cambio “a la baja”, se ha llevado incluso a cabo con base no en la doctrina constitucional (*ratio decidendi*) sino en meros *obiter dicta*⁷⁴⁹.

Esta práctica de los tribunales ordinarios ha recibido importantes críticas doctrinales. I. Díez-Picazo Giménez ha señalado incluso que una de las cuestiones pendientes que hay que resolver es el tratamiento que se le da a la jurisprudencia

⁷⁴⁹ *Vid.*, en este sentido las remisiones que la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otros en sus AATS de 2 y 16 de febrero de 1999, realiza a la STC 5/1996 para corroborar la constitucionalidad de la interpretación que la propia Sala realizaba del antiguo art. 1694.2 de la antigua LEC. Esta remisión parecía indicar que dicha interpretación había sido objeto de control a través del procedimiento de amparo por el TC y que, en consecuencia, había superado el test de constitucionalidad. Sin embargo, en la STC 5/1996, el precepto constitucional supuestamente infringido es el 22 y no el 24.1 CE, por lo que sólo respecto del primero se crea doctrina constitucional. Únicamente en el FJ 2º el Tribunal Constitucional hace referencia al art. 1687.1 b) de la antigua Ley con el fin de determinar si la parte recurrente había dado cumplimiento al requisito consistente en el agotamiento de la vía judicial previa opuesto de contrario. Es decir, el Tribunal analizó, a los únicos efectos de controlar la admisibilidad del amparo en el caso concreto, si era o no razonable la interposición del recurso de casación.

constitucional como jurisprudencia ordinaria⁷⁵⁰. Cuando el TC establece que una interpretación de la ley no es irrazonable ni arbitraria no está afirmando que la misma sea correcta. Sin embargo, los órganos judiciales se empeñan en escoger precisamente esa interpretación por haber sido “validada” por el TC. Esta actuación de los órganos judiciales es absolutamente contradictoria con sus reivindicaciones hacia el TC referidas a que el alto Tribunal no invada las competencias que a éstos le son propias.

También se ha pronunciado desde esta última perspectiva, J. Damián Moreno, al considerar que “no siempre es fácil distinguir con la suficiente nitidez qué declaraciones o pronunciamientos sirven para articular el armazón lógico de la sentencia de amparo y cuales no, ya que a menudo se concede valor de ley a las interpretaciones de naturaleza prejudicial que se incorporan a las resoluciones del Tribunal Constitucional, llegando a considerar como intromisión lo que a veces simplemente es el resultado de un razonamiento de carácter instrumental y, como tal, sin mayor trascendencia”⁷⁵¹.

c) ¿La vuelta a los formalismos enervantes?

Algunos autores, unos de una forma más tímida que otros, han venido a señalar que en algunos casos y en relación con determinadas garantías, entre las que se encuentra el acceso a los recursos, estamos peor que antes de la entrada en vigor de la Constitución.

En este sentido E. García de Enterría ha establecido al respecto que el cambio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en relación con el derecho de acceder a los recursos “ha llevado al Tribunal Supremo no sólo a recuperar su antiguo formalismo para decidir sobre la admisión de los recursos de casación, sino a extender tal formalismo a extremos absurdos y en algún caso propiamente ridículos.”⁷⁵² Según el

⁷⁵⁰ “El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del derecho procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital”, cit. pág. 349. También y en el mismo sentido, J. M^o Rodríguez de Santiago, “El artículo 24.1 CE como «norma de conducta» para Jueces y Tribunales y «norma de control» para el Tribunal Constitucional, *REDC* núm. 74, 2005.

⁷⁵¹ “Intromisión? ¿Qué intromisión?”, *El derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Madrid, 2009, pág. 301.

⁷⁵² E. García de Enterría, “Los daños colaterales del colapso judicial”, artículo publicado en el periódico ABC el 30 de diciembre de 2001, pág. 3 y en la revista *Otrosí*, del Colegio de Abogados de Madrid, núm. 34, febrero 2002, págs. 70-71. También se ha referido a este asunto en “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003 y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos”, *Revista de Administración Pública* núm. 163, enero-abril 2004, págs. 169-195.

citado autor algunos de esos casos calificados como absurdos y ridículos que conllevaba a la declaración de inadmisibilidad son, por ejemplo, la aplicación de criterios de nuevas leyes a recursos que se rigen por una Ley anterior, la no especificación suficiente en el escrito de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo de la norma supuestamente infringida, aunque sí se haya hecho en el de formalización, la nueva fijación de la cuantía del asunto si fenece el recurrente a pesar de que la herencia no se haya ni aceptado ni dividido, etc. El gran peligro que entraña este cambio es que las tendencias formalistas asumidas por el Tribunal Supremo están comenzando a aparecer en órganos inferiores como los Tribunales Superiores de Justicia e incluso en las Audiencias Provinciales y en los órganos judiciales unipersonales⁷⁵³.

En el mismo sentido que E. García de Enterría, J. E. Soriano García suscribe las palabras de aquel en lo que a este asunto se refiere y denuncia el extremado formalismo con el que la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmite los recursos de casación con el fin de aliviar su carga de trabajo⁷⁵⁴.

También J. González Pérez comparte esta visión de la situación en el proceso contencioso-administrativo. En su libro *El derecho a la tutela jurisdiccional*, señala que en el mencionado orden jurisdiccional “hemos vuelto a la lamentable situación existente antes de la Ley de 1956, e incluso peor”⁷⁵⁵. Según González Pérez, tras la entrada en vigor de la Ley 56 y debido al acceso de magistrados especializados a tal orden jurisdiccional “se produjo un cambio sustancial en los hábitos de esta jurisdicción, y al bárbaro formalismo anterior sucedió una jurisprudencia que aplicó correctamente el principio antiformalista en contraste con el formalismo que seguía imperando en la jurisprudencia de otros órdenes jurisdiccionales como el civil”. Sin embargo, “aquella esperanzadora corriente jurisprudencial, nacida a raíz de la Ley de 1956, continuada más tarde después de la Constitución de 1978 y de la LOPJ de 1985,

⁷⁵³ “Los daños colaterales del colapso judicial”, cit., pág. 3. Un ejemplo de este contagio del formalismo practicado por el TS al resto de los órganos judiciales inferiores se puede observar, por ejemplo, en la interpretación que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid realiza de los arts. 80.1 c) y 80.1 a) LJCA y que es objeto de control de constitucionalidad en la STC 59/2003. ¿Puede sostenerse una aplicación tan absolutamente rigorista de tales preceptos cuando lo que está en juego es el derecho de acceso a un recurso a través del cual pretende tutelarse la vertiente nuclear del art. 24.1 CE, cual es el derecho de acceso a la jurisdicción?

⁷⁵⁴ “¿Alguna esperanza de flexibilización en la casación?” *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 113, enero-marzo 2002.

⁷⁵⁵ Las citas son de su libro *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2001, 3ª ed., págs. 82-85. Sin embargo, J. González Pérez ha dedicado otros trabajos a demostrar tales aseveraciones. Entre otros puede verse “Los obstáculos a la Justicia Administrativa”, *REDA*, núm. 83, págs. 357-380.

hace unos años se ha truncado y ha surgido una doctrina jurisprudencial que nada tiene que envidiar a la anterior a la Ley de 1956.”⁷⁵⁶

Alejandro Nieto ha señalado que una de las medidas que mejor han respondido a reducir la masificación del servicio público de la Administración de Justicia ha sido precisamente ésta: evitar que haya menos asuntos que despachar, para lo cual se ha instalado en los tribunales superiores “una aduana implacable que restringe drásticamente el acceso a una decisión sobre el fondo”⁷⁵⁷. El sentido absolutamente restrictivo en que hoy se interpreta la ley procesal reguladora de los medios de impugnación es fruto, según Nieto, de una evolución curiosa: “Porque la tendencia tradicional era muy favorable a la inadmisión con un gran porcentaje de recursos en los que así se declaraba (aunque en sentencia). Hasta tal punto que Gella pudo un día decir con humor que «tantas veces se está declarando el Tribunal Supremo incompetente (por razones procesales), que estoy ya empezando a creerlo (aludiendo así en un juego de anfibología a la incompetencia técnica de los Magistrados)». Luego cambiaron los tiempos hasta imponerse el criterio —mil veces explicitado con intenciones demagógicas— de que lo progresista era lo contrario, o sea, el pasar por alto los defectos formales que no fueran graves ni garrafales (*in dubio pro actione*): tal era, al parecer, lo justo y democrático. Pues bien, ahora se ha cerrado el círculo evolutivo y *hemos vuelto al lugar de partida si bien gravemente exacerbado*”⁷⁵⁸. Es decir, Nieto llega a la conclusión a la que me intento aproximar para llegar a la conclusión de que, en efecto, el formalismo es hoy más exacerbado que antes de la famosa jurisprudencia constitucional del *pro actione* e incluso de la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional y de la aprobación de la Constitución. Según Nieto, es fundamental el papel que ha desempeñado el Tribunal Constitucional, primero siendo defensor acérrimo de permitir el acceso a los tribunales en todas sus instancias para posteriormente modificar su doctrina “en términos pintorescos de absoluta artificiosidad”⁷⁵⁹.

Por otro lado, M. Serra Domínguez se ha referido a la situación actual del proceso desde una perspectiva más general: “Paradójicamente quienes diariamente acudimos al insustituible laboratorio de los Tribunales de Justicia, podemos constatar

⁷⁵⁶ *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2001, 3ª ed., págs. 84-85.

⁷⁵⁷ *El desgobierno judicial*, Madrid, 2004, págs. 274-275.

⁷⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 275. La cursiva que se ha añadido es mía.

⁷⁵⁹ *Ibídem.*

que pese a la existencia del artículo 24, la tutela judicial efectiva es mucho menos efectiva que en la realidad preconstitucional, y lo más grave es que cada día se deteriora más (...)"⁷⁶⁰.

Si los citados autores describen de forma semejante la situación actual, no coinciden exactamente en las causas que han originado esta transformación. Según E. García de Enterría el resurgimiento del rigorismo en la doctrina del Tribunal Supremo se debe, como ya se ha dicho, al cambio de doctrina que, en relación con el derecho de acceso a los recursos adoptó el Tribunal Constitucional. Pero ¿a qué factores obedeció este último? Según García de Enterría, a la avalancha de recursos de amparos que generó una actitud comprensiva del propio Tribunal Constitucional hacia el Tribunal Supremo en relación con la defensa a través de la aplicación rigurosa de la ley procesal con el fin de conseguir una reducción del número de asuntos que tuvieran entrada en su sede⁷⁶¹. En definitiva, el colapso judicial y la actitud defensiva de los Tribunales —tanto ordinarios como del propio Constitucional— ante el mismo fueron las causas de esta tendencia. Para M. Serra Domínguez, las causas son dos, a saber: el incremento de los asuntos judiciales y “las desacertadas reformas legales que pretenden sustituir sin éxito la absoluta falta de adecuación de nuestra organización jurisdiccional a las exigencias del Derecho contemporáneo”⁷⁶². Asimismo, de los trabajos de J. González Pérez dedicados a este asunto cabe deducir que tanto el legislador como el Tribunal Constitucional han contribuido a este empeoramiento de la situación.

Con independencia de las motivaciones o razones que hayan conducido a esta situación convendría analizar si ese retroceso o ese mayor formalismo exigido por los Tribunales a la hora de determinar tanto la procedencia de los recursos como el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas procesales se ha producido o no. Aunque no me atrevería a afirmar que con carácter general sí es así, me parece que es un hecho evidente que determinados órganos jurisdiccionales interpretan la ley procesal reguladora de los recursos de la forma más restrictiva posible a la hora de determinar la procedencia de determinados recursos, llegando en mi opinión en algunos

⁷⁶⁰ Prólogo al libro de J. Picó y Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, págs. 11 y 12.

⁷⁶¹ E. García de Enterría, “Los daños colaterales del colapso judicial”, cit., pág. 3. Es más, el citado autor señala que “el propio Tribunal Constitucional cayó él mismo en el formalismo más descarado para inadmitir esos recursos (incluso sin motivación, como una reforma de su Ley Orgánica realizada por la Ley Orgánica 6/1988 vino a justificar).”

⁷⁶² M. Serra Domínguez, Prólogo al libro de J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., pág. 12.

casos a contravenir el tenor literal de la norma. Y por lo que respecta a las interpretaciones excesivamente formalistas, hay que decir que, contrariamente a lo que se podía esperar, algunos órganos jurisdiccionales siguen haciendo uso de ellas de forma más exagerada que antes de la entrada en vigor de la Constitución. Un buen ejemplo de ello, lo constituye la interpretación que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido realizando hasta la reforma operada por la Ley 37/2011, de las causas que regulan el acceso a la casación civil, que desnaturalizó el concepto de interés casacional⁷⁶³. Evidentemente, de ser esto así, la labor del TC de los primeros años, dedicada en buena parte a desterrar los formalismos enervantes de nuestros Tribunales de Justicia, habría sido en vano.

Todas las consideraciones anteriores, sobre todo las doctrinales, requieren una matización adicional. Considero que no es lo mismo establecer criterios “exigentes” en el cumplimiento por parte de los litigantes de los requisitos procesales que interpretar tanto éstos como las causas que determinan el acceso a los medios de impugnación, no sólo de forma rigorista y en el sentido más desfavorable a la eficacia del derecho fundamental, sino también de dudosa corrección a partir de los criterios de interpretación comúnmente admitidos. El criterio *pro actione* no puede ni debe convertirse, aun aplicado al derecho de acceso a la jurisdicción, en una especie de criterio sanador de cualesquiera negligencias y errores cometidos por los litigantes en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero sí debe desplegar su eficacia en aquellos casos en los que la interpretación de la ley procesal, sin llegar a lo irrazonable o insostenible, impide que un determinado medio de impugnación sirva de cauce para la primera tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE.

De todo lo expuesto anteriormente puede deducirse que la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los recursos y de los límites que se derivan frente al órgano judicial, a pesar de haberle llevado mucho esfuerzo al TC por la gran

⁷⁶³ La labor interpretativa del TS ha sido criticada de forma unánime por la doctrina procesalista. Véase por todos, I. Díez-Picazo Giménez, que calificó a tal interpretación de “absurda”: “Ni en el tenor literal del art. 477 ni en el de ningún otro precepto, ni en los trabajos prelegislativos y parlamentarios, ni en la lógica ni en la ratio de la norma se puede encontrar base para semejante entendimiento de la recurribilidad en casación. Es evidente que el interés casacional es la clave de la casación. Reducir su aplicación a esos casos supone desnaturalizar absolutamente esa clave. Es posible que se pretenda basar esta *absurda* interpretación en algún dato, como, por ejemplo, alguna frase de la Exposición de Motivos. Sin embargo, si se lee enteramente lo que la Exposición de Motivos dice sobre el recurso de casación, sin sacar frases de contexto (...) resulta evidente cuál es la *voluntas legislatoris* sobre el ámbito que debe darse a la recurribilidad en casación por interés casacional”. Vid. “Libro II. Título IV.- De los recursos” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2001, pág. 831.

cantidad de recursos de amparo que ha generado, ha sido poco útil en la medida en que no ha sido capaz ni de modularse o excepcionarse en determinados casos, con la única excepción de la casación penal, ni ha podido terminar con la excesiva ritualización de la ley procesal.

6. Algunos indicios que apuntan a una rectificación de la doctrina del derecho al recurso y su vinculación al legislador

Como ya he reiterado en varias ocasiones, el TC se ha mostrado absolutamente convencido de que la Constitución no obliga al establecimiento de recursos, salvo en el orden penal. Hasta tal punto ha sido así, que ha llegado a afirmar que “el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le dé cada una de (las) leyes de enjuiciamiento reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales, sin que, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales de medios de impugnación, *siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal*”⁷⁶⁴. Llevar hasta las últimas consecuencias tal afirmación, tendría consecuencias desastrosas para el recurso de amparo y para el propio Tribunal Constitucional. Éste, a través del recurso de amparo, debería tutelar todas las vulneraciones de los derechos fundamentales del art. 24.1 CE que se produjeran una vez que recayera la última resolución que pusiera fin al único procedimiento en el que se ventilaran las controversias. A no ser que se admitiera que tales derechos no son objeto de garantía o tutela judicial.

Me parece, no obstante, que se ha producido una rectificación importante por parte del Tribunal Constitucional, que no ha tenido aún su traducción en la jurisprudencia que define los contornos del derecho al recurso, ni en la vinculación que de éste se deriva para el legislador. Los datos en los que se puede apoyar tal afirmación son de diverso orden.

El primer motivo, aun constituyendo una cuestión sólo de matiz, puede ser el anticipo de un nuevo giro jurisprudencial. Como ya se ha señalado en otro lugar de este trabajo, el TC ha suavizado, que no matizado, su doctrina a propósito de cómo vincula al legislador el derecho a la existencia de recursos en el ordenamiento jurídico procesal. Y lo ha hecho mediante la supresión, en todos los recursos de amparo a partir del año

⁷⁶⁴ Esa última frase, señalada en cursiva, se repite en un sinnúmero de sentencias desde que fue incluida en el año 1995, hasta el año 2007 en el que se omite.

2008, de la frase transcrita líneas anteriores en la que se afirmaba de forma tajante que podría ser imaginable, posible y real que los recursos no existieran, con la salvedad de lo indicado para el orden penal. Concurren varios indicios que apuntan a que no se trata de una omisión debida a un simple despiste o a un mero error. En primer lugar, la mencionada frase, salvo inadvertencia mía, no se incluye en ninguna sentencia posterior al año 2008. Es más, puede incluso comprobarse que en varias sentencias posteriores a esa fecha, el TC ya ni siquiera se refiere a su doctrina general, esto es, a que el derecho de acceso a los recursos lo es sólo en la medida en que estén previstos por el legislador, sino que el Tribunal entra de lleno a aplicar el test de razonabilidad, arbitrariedad o error patente para comprobar si ha existido o no vulneración del derecho fundamental. En este último sentido pueden verse recientemente las SSTC 20, 27 y 65/2009, 58 y 90/2010, y 65/2011. Asimismo, en otras, como en las SSTC 55 y 186/2008, se inserta incluso una fórmula más sencilla que la utilizada tradicionalmente para condensar la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al recurso, a saber: “Sobre esta específica vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), hemos recordado recientemente que se trata de un derecho “de configuración legal, excepto en el supuesto de sentencias penales de condena en primera instancia”.

Todo parece indicar que no estamos ante una rectificación de una Sala, pues tal modificación se ha producido en ambas. De igual modo, el que no se deba a un despiste o incluso a que sea producto de una nueva redacción o cambio de estilo, lo arroja el dato de la fecha en que se produce tal supresión: el año 2008, momento inmediatamente posterior al que se produce la objetivación del amparo constitucional. No es ni antes ni después, sino justo en ese momento. La explicación de los motivos por los que este dato constituye un indicio del cambio de la tesis o doctrina del TC se relaciona a continuación con el siguiente argumento.

El segundo motivo que puede indicar que estemos ante un cambio de parecer del Tribunal se debe a que la reforma operada en la LOTC por la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha ampliado, posiblemente como contrapartida a la objetivación del recurso de amparo, el incidente de nulidad de actuaciones a todos aquellos casos en los que una resolución judicial firme y en consecuencia inimpugnable, incurra en vulneración de cualquiera de los derechos previstos en el art. 53.2 CE. Así lo ha considerado un sector importante de la doctrina y también de los Magistrados Constitucionales que en el

momento de producirse tal reforma, desempeñaban dicho cargo⁷⁶⁵. Puede decirse que la reforma del art. 241 LOPJ “sale del Tribunal” como una de las medidas necesarias para acometer la reforma del amparo. Y ello por la sencilla razón de que una parte de los recursos de amparo que llegaban al TC y que hasta entonces habían sido merecedores de sentencias estimatorias, tras la reforma operada sobre el amparo, no gozarían de la oportuna tutela ni en la vía judicial ordinaria, debido a la falta de vías o cauces de tipo procesal, ni tampoco a través del amparo constitucional, por no revestir los meritados asuntos el requisito de la “trascendencia constitucional” al que se refiere el art. 50.1.b) LOTC.

En efecto, la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, no sólo fue abordada por motivos de oportunidad política, que quizás también, sino sobre todo por las constantes apelaciones del Tribunal Constitucional al legislador manifestadas por boca de quien en cada momento ostentaba su Presidencia⁷⁶⁶. El hecho

⁷⁶⁵ Hay sin embargo algunas voces discrepantes. En este sentido, L. Bachmaier Winter, “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal* núm. 23, 2007, págs. 3y 4 afirma que la introducción del incidente no se debió a la falta de cauces o mecanismos de tutela ante la jurisdicción ordinaria, “sino con la intención de compensar la restricción del acceso al amparo como consecuencia de los nuevos requisitos de admisibilidad”.

⁷⁶⁶ En este sentido, cuando A. Rodríguez Bereijo ostentaba la presidencia del Tribunal Constitucional, se elaboraron por el propio Tribunal unas propuestas de reforma que pueden consultarse en *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 4, 1999, págs. 395 y ss. Asimismo, en la Presentación de la Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente al año 2004, M^a Emilia Casas Bahamonde, entonces Presidenta del citado órgano constitucional manifestó: “[L]os esfuerzos de racionalización y agilización en los modos de organización del trabajo, así como la dedicación ejemplar de los Letrados y del resto del personal de la institución –dedicación que deseo resaltar y sinceramente agradecer— quizá no sean suficientes para responder con la celeridad requerida por la sociedad a la demanda de justicia constitucional por ella planteada. Por ello, el año 2005, en el que se cumple el XXV aniversario de nuestra institución, ofrece, desde mi punto de vista, una ocasión inmejorable para reflexionar sobre la oportunidad de una reforma de la Ley Orgánica de nuestro Tribunal.” El texto transcrito, así como el resto de la Presentación de la Memoria correspondiente al año 2004 puede consultarse en la siguiente dirección:

http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/Mem2004_1_Presentacion.aspx.

Asimismo, en el año 2005, volvió a reiterar la necesidad de reforma de la LOTC. En esta vez, el énfasis es mayor que en anteriores ocasiones: “En efecto, las cifras de asuntos ingresados han seguido una tendencia imparable de crecimiento con el resultado de incrementar en exceso el volumen de trabajo acumulado del Tribunal. Ya he tenido ocasión de señalar que las soluciones arbitradas con los medios procesales que la legislación ofrece en la actualidad no pueden, sencillamente, alterar esta situación, por más que se intensifique el esfuerzo de organización y trabajo que viene procurando el Tribunal con el mejor empeño y voluntad y el ritmo de su producción, ya verdaderamente notable en comparación con otras jurisdicciones constitucionales. La conclusión que se alcanza no puede ser otra que la que también he tenido ocasión de exponer en anteriores oportunidades, siguiendo en ello, por lo demás, la reclamación permanentemente formulada y sostenida por los anteriores Presidentes del Tribunal, desde la reforma de su Ley Orgánica de 1988 (los Presidentes Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón y Jiménez de Parga): esas disfunciones sólo podrán ser corregidas por la acción del legislador. La racionalización de su carga de trabajo y la mayor agilidad y el acortamiento de los plazos de respuesta en los procesos de que conoce, mediante la disminución del número de asuntos pendientes de admisión (cuya acumulación, señaladamente en amparo, ha crecido a lo largo de los años) y del tiempo medio de espera en el dictado de la Sentencia o resolución definitiva son objetivos irrenunciables, cuya consecución dependerá de

de que la reforma del art. 241 LOPJ haya que vincularla con la objetivación del amparo se debe, entre otras razones, a que la única ley, además naturalmente de la rectora o reguladora del Tribunal Constitucional, que se vio afectada por la reforma, fue la LOPJ y además, respecto de ésta, sólo su artículo 241 en el que se contiene la regulación del mencionado incidente⁷⁶⁷. Llama poderosamente la atención, además, que dos meses después de aprobarse el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC, se aprobó también el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se reforma el recurso de apelación y se generaliza la doble instancia, en el que se proponía una redacción del incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC distinto al impulsado por el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC⁷⁶⁸. Sin duda, este episodio se encuadra como un hecho pintoresco más de la atribulada historia reciente del incidente de nulidad de actuaciones. Pero quizás denota también que no existía una sola voluntad política a la hora de configurar dicho incidente. Parece que tal opción legislativa es la otra cara de la moneda de lo dispuesto en la STC 185/1990: en la medida en que el amparo se objetiva

reformas legales. La necesidad de evitar que el recurso de amparo sea una tercera instancia y el elevado número de decisiones de inadmisión, basadas mayoritariamente en la falta de contenido constitucional de las demandas de amparo, es también un objetivo que debemos alcanzar”. La presentación de las Memorias correspondientes al año 2005 pueden consultarse en la siguiente dirección: http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/Mem2005_1_Presentacion.aspx.

Tales reivindicaciones volvieron a ser formuladas al año siguiente, es decir, en la Presentación de la Memoria correspondiente al año 2006, en los siguientes términos: “Las cifras del volumen del trabajo en el año 2006 son elocuentes y excusan toda insistencia en la necesidad de una reforma de nuestra Ley Orgánica que dote al Tribunal de los medios procesales pertinentes para el tratamiento de un volumen de demandas de amparo constitucional que no deja de crecer y necesarios para garantizar el cumplimiento de las altas funciones que nuestra Constitución ha encomendado al Tribunal Constitucional. (...) Los desajustes que las cifras ofrecidas se empeñan en poner en evidencia año tras año, con una tendencia inequívoca, confirman un diagnóstico que no admite controversia alguna y que requiere, de manera perentoria, la intervención del legislador orgánico. El empeño de las Cortes Generales en la tramitación de la que esperamos sea pronto una revisión ambiciosa de la Ley rectora del Tribunal ha suscitado el mayor interés. La reforma de nuestra Ley Orgánica es ciertamente imprescindible, como lo es también nuestro deseo de que cuente con el mayor respaldo parlamentario, como ha sido siempre el caso”. El texto citado puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/memorias/Paginas/Memoria2006_1.aspx

Las apelaciones al legislador que se hacen constar aquí, no han sido ni mucho menos las únicas, pero se han trascrito por la importancia de los actos en las que se manifestaron y por la contundencia con que se adujeron.

⁷⁶⁷ Vid. la Disposición Final Primera de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁷⁶⁸ En realidad, el citado Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A 69-1, de 27 de enero de 2006) pretendía modificar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones de la LEC con el fin de que este último texto acogiera la regulación del incidente de nulidad de actuaciones prevista en entonces en el art. 240.1 LOPJ, en la medida en que la existencia de dos regulaciones distintas sobre el mismo instrumento estaba generando graves situaciones de incertidumbre.

y deja de ser un recurso común, se hace necesaria la creación de nuevas vías ante la jurisdicción ordinaria.

Todo apunta a que el TC ha caído en la cuenta de que no es posible objetivar el amparo sin incidir en el sistema impugnatorio y sin tratar de asegurar la existencia de mecanismos procesales que garanticen los derechos fundamentales –también los insertos en el art. 24.1 CE— en aquellos casos en los que son vulnerados por un órgano judicial en una resolución firme. A partir de las consideraciones anteriores, me parece que puede afirmarse que las posiciones de nuestro Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de que existan recursos, remedios, acciones de impugnación o de rescisión para asegurar la tutela de los derechos del proceso debido por los órganos judiciales ordinarios no dista mucho de la sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 30 de abril de 2003 y que ha sido objeto de estudio en páginas anteriores. En ambos ordenamientos se ha implantado una acción anulatoria, a modo de última ratio, para la tutela de derechos fundamentales en aquellos casos en los que su violación tiene lugar en una resolución judicial inatacable. También en ambos casos su conocimiento se atribuido al mismo órgano judicial que supuesta o fundadamente incurrió en la vulneración del derecho y sólo será procedente su interposición en la medida en que la vulneración del derecho fundamental en cuestión no pueda ser reparada a través de la interposición de otros medios de impugnación, ya sean de carácter ordinario o extraordinario.

A pesar de las semejanzas expuestas, existen también diferencias entre ambos sistemas, siendo una de ellas especialmente significativa. Mientras que el TCF alemán ha trasladado a su jurisprudencia la tesis según la cual de la Constitución se deriva el derecho a la existencia de remedios para la tutela de algunos derechos procesales, a nuestro Tribunal Constitucional le ha bastado –de momento— con aceptar la introducción por parte del legislador de un instrumento procesal que tiene por objeto decretar la nulidad de actuaciones judiciales en los casos en los que éstas incurran en una violación de cualquiera de los derechos a los que se refiere el art. 53.2 CE, entre los que se incluye el 24.1 CE. Con independencia ahora de que en la reforma del art. 241 LOPJ haya tenido más o menos protagonismo el TC, el hecho de que se haya vinculado la reforma del proceso impugnatorio con la reforma del amparo debe tener su traducción también en la doctrina constitucional. No está en absoluto garantizada la idea a la que creo responde la ampliación del incidente, que no es otra que la de asegurar la existencia de medios de impugnación para hacer valer las lesiones de los

derechos fundamentales insertos en el art. 24.1 CE, entre otros, en aquellos casos en los que su vulneración se produce por primera vez en una resolución judicial de carácter irrevocable. El legislador en un futuro y con base a la doctrina constitucional referida a los medios de impugnación podría perfectamente suprimir todos los existentes, salvo en el orden penal, o seguir apostando por una política procesal que no tuviera en cuenta que una de las finalidades esenciales que han de cumplir los medios de impugnación sea, precisamente, la de servir de cauces para dejar sin efecto o en su caso corregir aquellas resoluciones aquejadas de inconstitucionalidad. Si no se produce un giro importante en la doctrina constitucional, al TC no le quedará más remedio que volver a “universalizar el amparo”, a no ser, naturalmente que asuma que los derechos insertos en el art. 24.1 no son dignos de tutela, en cuyo caso les negará la condición misma de derechos.

En definitiva, el proceso de implantación de una acción anulatoria que resulta de aplicación como último instrumento de tutela de determinados derechos procesales responde en el derecho alemán a una exigencia constitucional, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en apariencia, a una concreta política legislativa que puede ser abandonada sin problemas porque no encuentra límite alguno en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de acceso al recurso. Puede no obstante, que la evolución tanto de la legislación como de la doctrina en ambos países sea coincidente algún día, aunque el origen de ella, en uno y en otro caso sean inversos. Mientras que en Alemania, la instauración del “*Abhilfemöglichkeit*” se instauró por ordenarlo así el TCF, a pesar de la oposición de la Comisión Benda, en España ha sido el legislador el que ha decidido su implantación, a pesar de que podía no haberlo hecho con base en la doctrina constitucional.

De todo lo anterior no cabe derivar que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, tal y como está configurado en la actualidad, vaya a constituirse en un remedio adecuado o eficaz para la reparación de todas las vulneraciones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Este, sin duda, es otro tema del que me ocuparé más adelante. Tampoco cabe derivar, evidentemente, que este vaya a ser el único mecanismo de tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE, ya que el resto de recursos, ordinarios y extraordinarios, también cumplirán esa función.

7. Un apunte sobre los problemas del control de constitucionalidad de las leyes supresoras o restrictivas de los mecanismos de tutela de los derechos del art. 24.1 CE.

Aunque con pocos apoyos tanto doctrinales como jurisprudenciales, considero que es posible concluir que de la Constitución se deriva el derecho a la existencia de medios de impugnación que permitan corregir o, en su caso, rescindir o anular resoluciones judiciales firmes que sean vulneradoras de los derechos del art. 24.1 CE y cuya tutela no haya podido instarse con anterioridad a su vulneración. No debe derivarse de tal afirmación que se tenga derecho a una determinada clase de medios de impugnación. El legislador debe contar con un amplio margen de libertad a la hora de configurarlos, por lo que sería perfectamente posible para dar cumplimiento a tal cometido ampliar la acción de revisión, crear una acción de anulación, universalizar la casación por quebrantamiento de forma, etc. Lo que debe procurar el legislador es que la modificación –total o parcial— de cada una de las piezas que permiten la garantía de los derechos del artículo 24.1 CE no arroje una laguna que impida impetrar la tutela de estos derechos a través de algún instrumento procesal. Decisiones legislativas que de forma aislada podrían considerarse perfectamente constitucionales, podrían devenir contrarias a la Constitución cuando se altera de tal manera el sistema impugnativo, que no existe ningún mecanismo procesal que permita aducir por vez primera la lesión del derecho. Por ejemplo, el legislador goza de libertad para restringir el acceso al recurso de casación; también para suprimir el incidente de nulidad de actuaciones –como se hizo en el año 1984—. Pero cuando son éstos los dos *únicos* cauces que permiten garantizar que las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión sean alegados vez primera para instar su tutela jurisdiccional so pena de perpetuarse su vulneración, no es posible acometer su reforma o su supresión o restricción de forma conjunta o sucesiva si tal medida no va acompañada de la creación de nuevos cauces que permitan la tutela de estos derechos. Naturalmente, esto plantea graves problemas a la hora de realizar el control de constitucionalidad de dichas decisiones legislativas.

Por un lado porque como ha declarado hasta la saciedad el TC, su labor o función no es el análisis de la constitucionalidad de un determinado bloque normativo globalmente considerado, sino tan sólo de los preceptos concretos impugnados por los

recurrentes⁷⁶⁹. Traslada esta doctrina a nuestro caso, sería problemático que el TC hiciera depender la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la supresión o restricción de un determinado mecanismo de garantía de los derechos del art. 24.1 CE con base en la ausencia en el ordenamiento jurídico procesal de otros instrumentos para poder hacer valer estos derechos fundamentales. O dicho, de otro modo, no sé hasta qué punto el TC puede declarar la inconstitucionalidad de una norma por los efectos que tal regulación produce puesta en relación con el bloque normativo en el que se inserta y, sin embargo, que tal juicio arrojará un resultado distinto si fuera juzgada aisladamente. Me parece que esta idea queda perfectamente expresada en cómo se produjo el control de constitucionalidad del art. 240 LOPJ en su redacción inicial y que dio lugar a la STC 185/1990. El TC afirmó entonces “que el derecho a la tutela judicial no exige, siempre que respete el contenido esencial del mismo, que dicha tutela se configure de una forma determinada, sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos y también, por tanto, de instancias y recursos, de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones cuya satisfacción se inste y de las normas que los fundamentan.” Por ello, la redacción del incidente de nulidad de actuaciones, considerada de modo aislado, debía considerarse conforme a la Constitución, pues la limitación impuesta al juez, que impedía declarar la nulidad de los actos tras dictar sentencia definitiva, tenía por objeto salvaguardar el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales⁷⁷⁰. El problema de la inconstitucionalidad sólo surge cuando se conecta tal mecanismo procesal con el resto de los existentes en el ordenamiento jurídico vigente y se comprueba que deja sin tutela verdaderas situaciones de indefensión y de falta de tutela judicial. Ahora bien, el hecho de que el legislador sea libre para ordenar el entramado de mecanismos de tutela no puede rebajar el control de inconstitucionalidad de los mismos hasta hacerlo inútil o ineficaz.

⁷⁶⁹ El FJ 4º STC 11/1981 establece: “El recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como una impugnación dirigida contra *un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico*, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional haya que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La función del recurso es más modesta pero más clara. Se trata de enjuiciar exclusivamente los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentran expresamente derogadas”. La cursiva es añadida.

⁷⁷⁰ Tal y como señaló A. Martínez Escribano (“El marco constitucional del amparo judicial ordinario”, *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, pág. 70) el hecho de que el art. 24.1 CE sea un derecho de configuración legal tuvo mucho peso en la argumentación del TC en la STC 185/1990, “ya que, por iguales motivos, sería constitucionalmente válida una solución legal distinta e incluso de signo contrario a la del actual art. 240.2 LOPJ”.

Por otro lado, también plantea problemas porque el juicio de inconstitucionalidad que se propone recae sobre una norma que lo que hace es restringir o suprimir un determinado mecanismo de tutela. La inconstitucionalidad vendría dada, no por lo que dice el precepto, sino por lo que suprime o restringe⁷⁷¹. Es evidente que en este caso una declaración de inconstitucionalidad no serviría para reparar la constitucionalidad, salvo en el caso en el que el TC ordenara la reviviscencia de la institución procesal antes de su modificación o supresión. Sin embargo, esta solución también plantea graves problemas en la medida en que el juez constitucional no sería del todo respetuoso con el amplio margen de libertad del legislador a la hora de encauzar la tutela de las lesiones del art. 24.1 CE. Téngase en cuenta que, como ya se ha expuesto, el legislador tiene un sinfín de posibilidades a la hora de regular esta materia. Probablemente, la salida más respetuosa con el legislador consistiría en formular una sentencia de inconstitucionalidad apelativa⁷⁷². Esta es la opción por la que apostó de forma rotunda el TCF en su Sentencia de Pleno de 30 de abril de 2003. Y aunque muy tímidamente, nuestro Tribunal Constitucional en la STC 185/1990 también invitó al legislador a establecer una nueva regulación de la materia. En efecto, en la STC 185/1990 el TC analizó si el art. 240 LOPJ en su redacción original era inconstitucional en la medida en que impedía al órgano judicial declarar la nulidad de actuaciones por la existencia de indefensión en los casos en los que ya se había dictado resolución definitiva. Aunque es cierto que el Tribunal Constitucional cometió el grave error de admitir que el recurso de amparo sería el recurso procedente para la primera tutela de estos derechos, instó al legislador a que desarrollara el art. 53.2 CE. Lo que el TC no consideró fue que la situación creada en 1990 respecto a la tutela del derecho a ser oído en el proceso era producto, más que la inactividad del legislador, de su intervención en el año 1984 (Ley 34/1984) mediante la restricción de la casación por quebrantamiento de forma –hasta entonces universal– y la supresión del incidente de nulidad de actuaciones de la LEC⁷⁷³. A este último extremo me referiré más adelante.

⁷⁷¹ Aunque quizás no estaríamos aquí ante un supuesto puro de inconstitucionalidad por omisión. Ésta, la omisión, no existió *ab origine* sino que surge como consecuencia de la nueva medida legislativa adoptada. Es difícil sostener entonces que nos encontremos ante una inconstitucionalidad por omisión “absoluta”. *Vid.*, en relación con los conceptos de omisión “absoluta” y “relativa”, M. Ahumada Ruiz, “El control de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 8, 1991, págs. 170-173.

⁷⁷² *Vid.* J. J. Campo, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, con F. Rubio Llorente, Madrid, 1998, págs. 140 y 141.

⁷⁷³ De la evolución legislativa en la regulación de los medios de impugnación tras la entrada en vigor de la Constitución me ocuparé en el siguiente capítulo.

El problema que presentan los pronunciamientos de inconstitucionalidad apelativa es que, a pesar de ser muy deferentes con el legislador, dejan el derecho a merced del éste, salvo en el caso de que tengan el carácter de fundamentales, pues en este caso podrán ser reparados por el TC. En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal admitió esta salida sólo de forma transitoria debido a que la Ley reguladora del Tribunal no contempla la posibilidad de que sean admitidos y estimados todos los recursos de amparo en los que se vulnere un derecho fundamental, sino que además exige que el asunto tenga importancia desde un punto de vista objetivo o subjetivo. Residenciar la tutela ordinaria del derecho de audiencia a través del amparo no deja de suponer, en consecuencia, una vulneración por parte del TC de su propia Ley. Tampoco sería posible en nuestro caso la tutela primaria y ordinaria del derecho a través del recurso de amparo tras la objetivación que ha sufrido éste con motivo de la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo. Al igual que en el caso alemán, sólo podría admitirse esta salida de forma transitoria.

Con todo y debido al problema adicional que presenta la objetivación del recurso de amparo, no me parece descabellado en absoluto que el TC declarara la inconstitucionalidad de la ley supresora o restrictiva del medio de impugnación y ordenara la reviviscencia de la norma derogada si ésta constituyera la única vía a través de la que residenciar, con carácter universal, las lesiones del derecho inserto en el art. 24.1⁷⁷⁴. El motivo de la inconstitucionalidad sería precisamente el hecho de suprimir o restringir la única herramienta de tutela del derecho, lo que equivaldría a negar la existencia de éste. Aunque esta decisión no sería del todo respetuosa con el legislador en la medida en que éste podría articular la tutela del derecho a través de otras vías, esta posibilidad no queda cerrada *pro futuro*. Lo que se censura en este caso es que el legislador cierre, suprima o restrinja la única vía de tutela disponible y que tal decisión no vaya acompañada del establecimiento de otra que, siendo libremente configurada por el legislador, sustituya la derogada. Esta opción no impone al legislador un modelo

⁷⁷⁴ Dicha posibilidad, la de que uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sea la reviviscencia de las normas derogadas por esta, aun siendo considerada una excepción a la regla general, ha sido admitida en algunos casos. Tal como indica A. Gómez Montoro remitiéndose a H. Kelsen (“Comentario al artículo 40”, *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, coord. J. L. Requejo Pagés, Madrid, 2001, págs. 611-613) uno de ellos será, sin duda aquel en el que la ley anulada tiene como único efecto la derogación de la norma entonces en vigor. Así, si el legislador derogara un medio de impugnación que tiene por objeto la tutela de los derechos 24.1 podría admitirse la reviviscencia tras su declaración de inconstitucionalidad. Plantean muchos más problemas los supuestos en los que el legislador reordena o dota de una nueva configuración a un determinado medio de impugnación.

de tutela de creación jurisprudencial al modo en que lo hizo el TCF alemán, pues se remite a otro producto del legislador y a cambio permite la tutela y, en consecuencia, la vigencia del derecho. Una ponderación de ambos bienes, me parece que haría sostenible la tesis propuesta⁷⁷⁵. Téngase en cuenta, además, que el TC ha apostado incluso por soluciones más drásticas o más difíciles de aceptar en las que no estaban en juego derechos fundamentales⁷⁷⁶.

No obstante, los problemas que pueden surgir en orden al control de constitucionalidad de las leyes reguladoras de los medios de impugnación, no debe debilitar la exigencia del derecho a la existencia de mecanismos de tutela de la tutela judicial. Otra cosa es, naturalmente, que el legislador goza de un amplio margen de libertad a la hora de configurar si son preferibles los recursos o las acciones de rescisión o anulación con la finalidad de servir de instrumentos de tutela del derecho a la tutela judicial efectiva. Al margen ahora de lo que establece el derecho positivo y la ordenación de recursos en los distintos órdenes jurisdiccionales, la doctrina tampoco es unánime a la hora de determinar si los recursos o las acciones de rescisión o anulación de resoluciones judiciales son las más idóneas para la tutela de los derechos fundamentales insertos en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Aunque con carácter general se ha hecho referencia a los recursos o medios de impugnación como los mecanismos más apropiados prestar tutela a estos derechos –como por ejemplo la apelación, la casación o la suplicación—, también se han señalado como adecuadas las acciones de rescisión o de anulación de resoluciones judiciales firmes (como la audiencia al rebelde, la revisión o la nulidad de actuaciones). Así, mientras García Morillo hace referencia a los recursos –creo que

⁷⁷⁵ Algunos autores, entre ellos F. Rubio Llorente (“El recurso de amparo”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, con J. Jiménez Campo, *cit.* pág. 56.), han señalado que la única opción que tiene el TC es apelar al legislador y confiar en que este actúe, por lo que parece que rechazan la tesis que se adopta en texto principal.

⁷⁷⁶ Por ejemplo en la STC 195/1998, en la que se sacrifica la libertad de configuración del legislador autonómico al ordenar que siga en vigor la ley estatal invasora de las competencias de la Comunidad Autónoma “para evitar[se] al máximo los posibles perjuicios que esta declaración pued[a] producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia: en el caso aquí enjuiciado, la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural (...) Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida. Por ello, en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta Sentencia le reconocemos, la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas” (STC 195/1998, FJ 5).

utilizando un concepto amplio de dicho término⁷⁷⁷—, otros autores se muestran más partidarios de apostar por las vías de rescisión de resoluciones judiciales firmes para reparar determinadas situaciones en las que se crea indefensión⁷⁷⁸. Hay que afirmar que estas propuestas, salvo alguna excepción, se realizan como consecuencia de los problemas concretos que han salido a la luz debido a su grave y notoria importancia, como ocurrió por ejemplo con el art. 240.1 LOPJ en su redacción original y que impedía a los jueces dictaminar la nulidad de las actuaciones *post sententiam*. Sin embargo, salvo excepciones, no se han realizado estudios en los que se aduzcan serias razones para elegir unos u otros cauces.

En mi opinión y como expondré más adelante, apostar por una vía u otra dependerá, en buena medida, tanto de la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva que se haya vulnerado, como de la forma en la que el órgano judicial haya causado la vulneración del derecho, ya que no es lo mismo que la vulneración se produzca por la comisión de un puro error del juzgador, a que ésta tenga lugar como consecuencia de una determinada interpretación suficientemente interiorizada y aplicada voluntariamente por el órgano judicial. En el primer caso, es el propio órgano judicial el más interesado en su reparación y probablemente la forma más rápida y eficaz de corregir el grave defecto, sea otorgando al mismo juez que cometió la lesión del derecho, la competencia su reparación a través incluso de un proceso incidental. Sin embargo, tal modo de proceder resultaría prácticamente inútil en el segundo de los supuestos apuntados, ya que es muy improbable que el órgano judicial modifique un ápice su posición.

⁷⁷⁷ *Op. cit.*, pág. 193.

⁷⁷⁸ I. Borrajo Iniesta (“Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, *REDC* núm. 43, enero-abril 1995, pág. 42) se mostró partidario de crear para determinados casos una audiencia al incomparecido, “vía impugnatoria –dice el autor— equivalente al recurso al rebelde”. No obstante, a pesar de optar por una vía rescisoria, se muestra totalmente en contra de la vía anulatoria, al considerar absolutamente inconveniente la reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones. Por el contrario, otros autores como J. Jiménez Campo, *op. cit.*, pág. 104, se refieren de forma genérica a “vías extraordinarias para la rescisión de la cosa juzgada”. Asimismo, otros autores, como V. Moreno Catena, V. Cortes Domínguez y V. Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 1993, pág. 283, han apostado decididamente por ampliar las causas de la acción de revisión en determinados supuestos. Concretamente en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico no posibilitaba reparar las situaciones de indefensión una vez que había recaído resolución definitiva. Asimismo, las vías rescisorias también fueron apuntadas en su día por J. Gabaldón López (“¿Hacia un amparo judicial?”, *cit.*, págs. 33-37), aunque admitía que tal y como estaban reguladas, no podían ser utilizadas al efecto sin ciertos retoques legislativos.

Lo importante, en todo caso, es que los mecanismos de reparación estén disponibles y sean efectivos, pero la tarea de su definición y concreción no puede quedar prefigurada desde la Constitución, sino que corresponde al legislador.

8. La necesidad de una nueva doctrina constitucional del derecho a los recursos y a su vinculación a los órganos judiciales

En coherencia con lo sostenido hasta ahora en este trabajo, creo que también se hace necesario que el TC matice de nuevo su doctrina sobre la forma en que ha de vincular el derecho de acceso a los medios de impugnación a los órganos judiciales. Desde luego que no voy a defender aquí que el TC retome su doctrina para acabar con los formalismos enervantes. Sin duda, hubiera sido deseable que el TC en esta materia hubiera estado bien acompañado desde el principio, pero no fue el caso⁷⁷⁹.

Sin embargo, sí me parece que la doctrina del TC sobre el acceso al recurso debe ser matizada en aquellos casos en los que el medio de impugnación constituye la primera vía –y con carácter general la única, tras la objetivación del amparo— para la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE⁷⁸⁰. Creo que debe tenerse en cuenta esta funcionalidad de los recursos para evitar que los mecanismos previstos para la defensa de los derechos del art. 24.1 CE sean considerados como un medio de impugnación que no sirve a esta finalidad. La aplicación del principio *pro actione* se justifica, más que en señalar que constituyen la primera vía de tutela, en resaltar que son la *única* vía procesal a través de la cual puede tutelarse el derecho.

Resulta incoherente afirmar la aplicación del principio *pro actione* para interesar la rescisión de una resolución judicial a través de las acciones de revisión y de la audiencia al rebelde que, como se verá más adelante, constituyen los cauces oportunos para interesar la tutela de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la lesión tiene origen en la actuación de un tercero y que tal principio no resulte de aplicación en los casos en los que es poder público el que vulnera el derecho fundamental. Aplicar tal diferenciación con el solo argumento de que en el

⁷⁷⁹ L. Díez-Picazo y Ponce de León, en su condición de ex Magistrado del Tribunal Constitucional, ha sostenido recientemente que en “en materia de 24 (...) el TC no estuvo bien acompañado nunca”, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la defensa de los derechos fundamentales”, cit., pág. 30

⁷⁸⁰ Esta tesis es apoyada por algunos autores. *Vid.*, entre otros, C. Sáez Lara, “La tutela judicial efectiva y el proceso laboral”, cit., págs. 274-277.

primer caso lo iniciado por el litigante es en realidad una nueva acción, mientras que en el segundo es un recurso no resulta admisible. En primer lugar y sobre todo, porque tal tesis no es respetuosa con el concepto jurídico que se deriva del término “derecho fundamental”. Éstos, los derechos, se afirman sobre todo frente al poder público, a pesar de que puedan vincular también a los particulares⁷⁸¹. Desde esta perspectiva, resulta incoherente que los test de constitucionalidad en uno y otro caso no sólo sean desiguales, sino que el que se aplica a los casos en los que la vulneración que no es imputable al poder público sea menos favorable que el aplicado en el resto de supuestos.

En segundo lugar, porque el resultado de indefensión o de falta de tutela se produce de forma idéntica en ambos supuestos. La jurisprudencia constitucional está plagada de ejemplos en los que se aplica la tesis expuesta.

El origen de la STC 11/2005 lo constituye una acción de revisión dirigida a la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que se interesa la rescisión de una sentencia firme, dictada *inaudita parte*, como consecuencia de la actuación fraudulenta de la contraparte al ocultar el domicilio del demandado con la sola intención de que éste pudiera personarse en el proceso y hacer uso de su derecho de defensa. Una vez conocida la sentencia, el litigante indefenso acude en revisión ante el TS, que inadmite la acción de revisión. El test de constitucionalidad aplicado en este caso por el TC es el de proporcionalidad o *pro actione*. Son dos los criterios en los que se basa para llegar a tal afirmación. Por un lado, porque a pesar de que la acción de revisión es considerada un recurso por la LEC de 1881, constituye en realidad una nueva acción, aunque ésta tenga por objeto la rescisión de una resolución judicial firme. Por otro, y con base en la STC 158/1987, el TC admite que con más razón hay que aplicar el principio *pro actione* en la medida en que la acción de revisión en estos casos “embebe o engloba una pretensión de amparo judicial de los derechos fundamentales, por haberse sustanciado el proceso inicial sin el debido emplazamiento del demandado y sin haber y sin darle por consiguiente la posibilidad de ser oído y sin defenderse”. Esta doctrina no debe considerarse una excepción ya que ha sido aplicada de forma reiterada por el TC⁷⁸².

⁷⁸¹ Vid. sobre este asunto, J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, 1997.

⁷⁸² Vid. entre otras, SSTC 158/1987, 194/2003.

La conclusión a la que llega el TC en este caso como consecuencia de embeber la revisión una pretensión de amparo judicial ordinario, no se extiende a aquellos supuestos en los que la misma situación de indefensión producida por la actuación judicial se intenta corregir a través de un recurso –apelación o casación— o una acción anulatoria –nulidad de actuaciones—. Son numerosísimos los recursos de amparo en los que se constata que, pudiendo haber sido el recurso la vía idónea y natural para dispensar la primera tutela de alguna de las vertientes de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, el TC no corrige, mediante la aplicación del principio *pro actione*, la interpretación de la legalidad procesal reguladora de dicho recurso en la medida en que no es ni arbitraria, ni irrazonable ni incurra en error patente. Un buen ejemplo lo constituye la STC 59/2003. En este caso, la interposición de un recurso de apelación interpuesto contra la inadmisibilidad mediante auto de un recurso contencioso-administrativo pretendía ser el cauce procesal adecuado –porque así lo entendió el legislador— para reparar la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción. Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a través de una interpretación en exceso rigorista y en el sentido más desfavorable a la eficacia del derecho fundamental, inadmitió la apelación. Las consecuencias de esa lectura fueron de diverso orden: el primer lugar, obligó al recurrente a interponer un recurso de amparo constitucional. En segundo lugar, obligó al TC a controlar la decisión de inadmisión de acceso a la jurisdicción que, por cierto, estimó. El amparo fue el único recurso efectivo para tutelar el derecho, a pesar de que el ordenamiento procesal sí contaba en este caso con un instrumento idóneo –el recurso de apelación— que podía perfectamente haber servido a esa finalidad. No hubiera hecho falta, en este caso concreto, exigir al Tribunal Superior Justicia que interpretara de forma flexible las normas reguladoras del derecho de acceso a la apelación para permitir que a su través se tutelara el derecho de acceso a la jurisdicción, ya que eran posibles otras interpretaciones de la norma más razonables y más ajustadas a la *voluntas legislatoris* que la sostenida en el auto de inadmisión. En tercer lugar, en la medida en que el TC afirma la constitucionalidad de la interpretación la norma, ésta puede ser asumida y aplicada por otros órganos judiciales ordinarios, lo que constituiría una manifestación de lo que antes he considerado uno de los efectos perversos del amparo. La doctrina constitucional se convierte así en un escaparate, a la vista de todos los órganos judiciales, de un sinfín de interpretaciones que aun siendo posibles pero poco o nada acertadas, se consideran conformes a la Constitución, lo que conduce

irremediablemente a que puedan ser acogidas y aplicadas por otros órganos judiciales, no sólo bajo el supuesto *placet* o visto bueno del TC, sino también como manifestación del ejercicio de su libertad interpretadora del Derecho⁷⁸³.

Así, la actividad interpretadora del juez puede hacer perfectamente inútil la voluntad del legislador que, haciendo uso de su libertad de configuración en el establecimiento de los medios de impugnación para que sirvan de garantía a los derechos insertos en el artículo 24.1 CE, decide que sea un recurso y no otro –incluido el amparo– el idóneo para llevar a cabo tal labor. Esta es, por lo demás, la opción que persiguió el legislador en el orden contencioso-administrativo, en el que ha hecho apelables todas las sentencias que no entren en el fondo del asunto con independencia de la materia y de la cuantía del proceso⁷⁸⁴. Dicha previsión legislativa, por expresa y libre decisión del legislador, hace de la apelación –y no de la casación o el amparo– el medio idóneo para tutelar las posibles lesiones del derecho a la tutela judicial en una de sus vertientes nucleares, cual es el derecho de acceso a la jurisdicción. Así lo ha puesto de manifiesto el TC en la STC 65/2011 al afirmar que “[e]ste régimen legal encuentra su razón de ser en la mayor efectividad del derecho a obtener una resolución judicial de fondo, pues posibilita que en todos los casos –independientemente de su cuantía– en que la primera instancia concluye con una decisión judicial de cierre del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo exista una vía de recurso para que otro órgano judicial verifique si dicha resolución judicial es conforme con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución de fondo sobre las cuestiones suscitadas”⁷⁸⁵.

A los términos de comparación que he elegido para mostrar que no hay razón para no aplicar el principio de proporcionalidad en un caso y sí en el otro, podría aducirse que mientras en el primer supuesto lo iniciado por el litigante es una acción, en el segundo es un verdadero recurso o medio de gravamen. Sin embargo, tal objeción no resulta ni mucho menos definitiva por los siguientes motivos. Por un lado, porque

⁷⁸³ Este tipo de interpretaciones, que a pesar de no ser inconstitucionales es evidente que no constituyen la mejor interpretación de la ley, requieren en ocasiones de una importante reflexión o exégesis en la medida en que no suelen deducirse ni del tenor literal de la norma, ni de la finalidad con la que fueron establecidas por el legislador. Las sentencias constitucionales recaídas en recursos de amparo que tienen por objeto controlar la constitucionalidad de estas interpretaciones sirven para difundirlas y darlas a conocer, pudiendo convertirse en ocasiones en una tentación para los órganos judiciales especialmente aquejados de sobrecarga de trabajo.

⁷⁸⁴ Con la salvedad de las recaídas en el contencioso-electoral.

⁷⁸⁵ La diferencia entre lo dicho aquí por el TC y lo que yo sostengo es que da la impresión de que el Alto Tribunal deja libertad al legislar para hacer o no impugnables las resoluciones de inadmisión, mientras que yo creo que la posibilidad de atacar las resoluciones de inadmisión debe existir, ya sea a través de la apelación, la casación, la anulación o las acciones de rescisión.

como ya se expuso en el capítulo I, la apelación o medio de gravamen no sólo tiene por objeto volver a someter la pretensión aducida en la primera instancia a una nueva decisión de judicial, sino que también embebe verdaderas acciones de impugnación, como es, por ejemplo, la anulatoria. En segundo lugar, porque el TC, en relación con otras acciones, que no recursos, como el incidente de nulidad de actuaciones, tampoco ha aceptado expresamente que deba aplicarse el principio *pro actione* o de interpretación más favorable. En efecto, no han sido pocos los casos desde que volvió a introducir el incidente de nulidad de actuaciones en el año 1997, en los que se ha demostrado de forma patente que su interpretación por algunos órganos judiciales ordinarios ha sido contagiada de ese formalismo al que antes aludí, en la medida en que se optado, no por la interpretación más ajustada al tenor literal de la norma, sino por la más desfavorable⁷⁸⁶. A esta cuestión me referiré en el último capítulo.

⁷⁸⁶ En relación con este tipo de interpretaciones suele pronunciarse el TC en los siguientes términos: “es posible que existan interpretaciones de la legalidad ordinaria que no respondan plenamente a los valores incorporados a preceptos constitucionales y, muy en particular, a los relativos a los derechos fundamentales, pero que sin embargo no lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva”. Contienen esta argumentación, entre muchas otras, las SSTC 160/1997 y 135/2001.

CAPÍTULO V. LA TUTELA JUDICIAL DEL 24.1 CE ¿UNA PRIORIDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LAS ACCIONES DE RESCISIÓN? UNA MIRADA AL DERECHO POSITIVO.

1. La necesidad de profundizar en el Derecho positivo.

Como se ha expuesto en el segundo capítulo, si en la etapa preconstitucional las vulneraciones de la legalidad procesal eran corregidas a través del sistema de recursos y acciones de rescisión y anulación de resoluciones judiciales previsto en las distintas leyes de enjuiciamiento, las cosas no han cambiado tras la entrada en vigor de la Constitución. Los medios de impugnación –considerados en un sentido amplio— han sido y siguen siendo mecanismos esenciales a través de los que se reparan las vulneraciones de los derechos fundamentales incluidos en el derecho a la tutela judicial efectiva. El legislador no ha apostado por poner en marcha algunas de las propuestas lanzadas desde la doctrina para la creación de un cauce específico para la tutela de todos los derechos integrados en el artículo 24.1 CE. Puede afirmarse, en consecuencia, que a pesar de que la mayoría de los aspectos de la legalidad procesal preconstitucional hayan sufrido una transformación cualitativamente importante tras la entrada en vigor de la Constitución, pues han pasado de ser simples principios u obligaciones del poder público a derechos fundamentales (subjctivos) de los ciudadanos, no ha sido así en relación con los mecanismos de tutela de los mismos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. Los medios de impugnación y las acciones de rescisión y anulación de resoluciones judiciales fueron antes de la Constitución y después de la aprobación de ésta los mecanismos apropiados para la reparación de los principios (en la etapa preconstitucional) que pasaron a ser derechos fundamentales (tras la aprobación de la Constitución).

En efecto, como ya se expuso el art. 240.1 LOPJ así lo establece en la medida en que dispone: “La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos de la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”. Esta realidad, esto es, el hecho de que los medios de impugnación sigan siendo el único mecanismo adecuado para asegurar la efectividad de

los derechos del art. 24.1 CE, con la salvedad de los casos en los que es procedente el recurso de amparo, requiere poner de manifiesto algunas consideraciones.

En primer lugar, es importante caer en la cuenta del papel que éstos tienen asignado en el ordenamiento jurídico. Si son, como se ha afirmado, los únicos instrumentos, con la salvedad del amparo constitucional, que existen a través de los cuales se garantizan los derechos que el justiciable tiene frente al Poder Judicial, su configuración debe ser una preocupación esencial no sólo para los procesalistas sino también para los constitucionalistas. Sin embargo, creo que han faltado estudios de derecho constitucional que se hayan tomado en serio el estudio de la ordenación de los recursos y medios de rescisión o anulación de la cosa juzgada y, especialmente de si estos responden a las exigencias de tutela a las que se ha hecho referencia en los primeros apartados de este capítulo. Otro tanto cabe decir de los que se dedican al estudio del Derecho Procesal. A pesar de la función de tutela de derechos fundamentales que, tanto de *iure* como de *facto*, tienen atribuidos los medios de impugnación, ésta no pasa a engrosar la lista de aquellas otras que los procesalistas incluyen en sus estudios de derecho procesal. La función esencial o principal de éstos, se dice con carácter general, es tratar de corregir los errores en los que hayan incurrido los órganos judiciales, pero no se subraya, como creo que se debería, que éstos constituyen la vía a través de la cual es posible reparar las lesiones de derechos fundamentales que se producen en el seno de un proceso. Aunque la vulneración de derechos fundamentales procesales es un caso típico de error judicial, creo que merece una mención específica su virtualidad para ser cauces reparadores de los derechos fundamentales que pueden vulnerar los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de la función jurisdiccional. Partir de este presupuesto, debería ser causa suficiente y bastante para verificar si la acción del legislador democrático —a la hora de modificar y perfilar tanto los medios de impugnación como las acciones de rescisión y anulación de resoluciones judiciales— ha ido encaminada tras la aprobación de la Norma Fundamental a lograr o a facilitar este objetivo o, por el contrario, se ha centrado en otras finalidades que ha considerado más acuciantes, como por ejemplo la función nomofiláctica, la unificación de doctrina, la reparación de la injusticia de la sentencia por causas ajenas al proceso, etc. Tales decisiones no sólo repercuten en una misma dirección sino que también inciden, como ha sido nuestro caso, en el trabajo que han tenido que desempeñar otros órganos constitucionales, como el Tribunal Constitucional que, a través del recurso de amparo, ha debido suplir los déficits de tutela que existen en la jurisdicción ordinaria.

Quizás esta falta de preocupación se deba en buena medida a que la existencia de recursos o medios de impugnación no se ha configurado por parte del TC como un verdadero derecho fundamental, en la medida en que su existencia depende por completo de la libertad del legislador, salvo en el orden penal. Esta característica, el gozar de un contenido esencial que vincula al legislador, es la que no tiene el derecho a los recursos según el TC, lo que hace que este derecho no sea en realidad “fundamental”. Si, como dice el TC, puede ser imaginable, posible o real que todos los recursos desaparecieran salvo en el orden penal, entonces quizás no quedaría más remedio que arbitrar la tutela de estos derechos a través de un procedimiento especial tendente a la rescisión de las resoluciones judiciales que de forma flagrante se hubieran dictado con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 CE, pero aun en ese caso también pasaría por la creación de un medio de impugnación. A no ser, naturalmente, que el TC asuma a través del recurso de amparo la tutela de estos derechos. No obstante, como los recursos y las acciones de rescisión y anulación siguen hoy existiendo, conviene indagar en ellos para verificar si son suficientes y capaces de reparar las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en los términos tan amplios en los que lo ha definido el Tribunal Constitucional a través de su doctrina. Se trata, en definitiva, de indagar, con los pies en la tierra, lo que han dado de sí y lo que dan de sí esos instrumentos para servir de cauce de reparación de los derechos del 24.1 CE.

La segunda puntualización que quisiera hacer se refiere a la acción del legislador sobre estos instrumentos. La ordenación de los recursos, medios de impugnación y acciones de anulación y rescisión de resoluciones judiciales en los distintos órdenes jurisdiccionales se ha visto considerablemente alterada desde la entrada en vigor de la Constitución y este hecho ha repercutido seriamente tanto en el recurso de amparo constitucional, como en la idoneidad de estos instrumentos para proteger unas u otras vertientes del artículo 24.1 CE. Es decir, la reforma de los medios de impugnación afecta y ha afectado de forma considerable a las posibilidades de tutela de estos derechos fundamentales. Por ejemplo, la sustitución del recurso de apelación por el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo que tuvo lugar tras la reforma operada por la Ley 1/1992, de Medidas Urgentes de reforma procesal, supuso una minoración importante de las vías de reparación de estos derechos ante la jurisdicción ordinaria y, como contrapartida, un aumento significativo del protagonismo del recurso de amparo en la tutela de estos derechos cuando su

vulneración se producía en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Estas modificaciones operadas en la legislación procesal tuvieron su traducción en el recurso de amparo en la medida en que, para muchos casos, éste pasó a ser el único remedio para la protección de derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Operar en el ordenamiento procesal y en especial en el sistema de recursos repercute de forma directa en el recurso de amparo y, en consecuencia, en el protagonismo que una y otra jurisdicción asumen en la tutela de los derechos del artículo 24.1. El estudio de cuál ha sido la evolución legislativa de los medios de impugnación y, sobre todo, averiguar si la configuración de estos –o su supresión o modificación— ha ido encaminada a “la exigencia de que las vías procesales se ordenen de modo tal que sea posible reparar en ellas, sin acudir al recurso de amparo constitucional, el mayor número posible de indefensiones”⁷⁸⁷.

El estudio de cuál ha sido la evolución legislativa de los medios de impugnación, rescisión y anulación de resoluciones judiciales, y sobre todo, averiguar si la configuración de estos –o su supresión o modificación— ha ido encaminada a dichos objetivos es lo que se pretende en las próximas páginas. Para ello es necesario dar cuenta de cómo se han regulado estos mecanismos por parte del legislador democrático y si el hecho de que sean el cauce más apropiado para la tutela de los derechos del art. 24.1 –e indirectamente de la garantía de los sustantivos que se ventilen en el pleito en el que tienen lugar— ha sido una preocupación esencial del legislador. En definitiva, el estudio ha de estar orientado a si nuestro sistema impugnativo ha sido y es adecuado para cumplir esta finalidad. Reparar en ello tiene una importancia trascendental, ya que como ha señalado M. Taruffo, hace ya tiempo que el tema de las garantías procesales se aborda desde el punto de vista de su *efectividad*⁷⁸⁸. Nos hemos dado cuenta, relata el citado autor, “de que la enunciación de las garantías fundamentales del proceso (como la de cualquier otra garantía o derecho) sólo tendría una función declamatoria y abstractamente reivindicativa si permaneciera en el papel y no fuese ejecutada en la práctica”⁷⁸⁹. Con el objeto de analizar si un determinado ordenamiento jurídico asegura la efectividad de las garantías procesales, M. Taruffo ha propuesto distinguir entre la *efectividad institucional* y la *efectividad concreta*. La primera viene referida a “la

⁷⁸⁷ J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, 1999, pág. 104.

⁷⁸⁸ “Garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado”, *Páginas sobre Justicia civil*, Barcelona, 2009, pág. 67.

⁷⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 67.

presencia, en un ordenamiento dado, de todos los mecanismos institucionales y procesales que son necesarios para darle un contenido efectivo a las garantías”⁷⁹⁰. La efectividad concreta, por el contrario, “tiene que ver con la aplicación directa y específica, en la realidad de cada proceso, de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales dirigidos a su realización”⁷⁹¹. Tal distinción resulta de utilidad, en la medida en que ambas efectividades pueden no darse de forma concurrente, ya que puede haber ordenamientos jurídicos que, desde un plano institucional, sean efectivos en la medida en que incorporen mecanismos tendentes a la garantía de estos derechos y, sin embargo, que en el momento de su aplicación o puesta en práctica queden absolutamente devaluadas.

Me parece interesante llevar tal análisis a lo que ha sucedido en nuestro ordenamiento jurídico en relación con los medios de impugnación, de rescisión y de anulación de las resoluciones judiciales, ya que es posible que nos encontremos ante un sistema especialmente comprometido y consciente de la importancia de las garantías constitucionales de carácter procesal y que, o no estén suficientemente habilitados legalmente los mecanismos para su tutela o que, aun estándolo, su aplicación o interpretación por los órganos judiciales los devalúen de forma notable.

El trabajo se simplificaría notablemente si en los distintos órdenes jurisdiccionales se hubiera establecido un sistema de recursos más o menos homogéneo. Sin embargo, ni ha sido así en el pasado ni lo es en la actualidad. Las grandes reformas no se han acometido de forma conjunta ni las finalidades perseguidas por el legislador en cada uno de los órdenes jurisdiccionales han sido coincidentes, por lo que existen grandes diferencias entre el sistema de recursos y acciones de rescisión de cada uno de ellos. Por estos motivos resulta obligado estudiarlos por separado.

Me ocuparé en primer lugar del orden jurisdiccional civil debido a que otros órdenes jurisdiccionales, como el social o el contencioso-administrativo, se han construido a partir de las normas reguladoras del proceso civil, de ahí que con frecuencia las normas procesales reguladoras de aquellas jurisdicciones hagan continuas referencias a ésta. Debido a que mi objetivo no es realizar un estudio

⁷⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 68. M. Taruffo cita como ejemplo para dar un contenido efectivo a la garantía del acceso a la tutela jurisdiccional “que haya formas eficaces de asistencia jurídica a los desfavorecidos, que existan medidas cautelares adecuadas, que se ejerza el derecho a la prueba excluyendo limitaciones probatorias injustificadas, que los procedimientos sean simples y rápidos, que existan remedios ejecutivos idóneos para llevar a cabo la actuación de los derechos, etcétera”.

⁷⁹¹ *Ibíd.*, págs. 68-69.

exhaustivo y detallista de la ordenación de los recursos y acciones de rescisión, sino, como ya se ha dicho, mostrar la tendencia y los objetivos perseguidos por el legislador en su configuración tras la aprobación de la Constitución de 1978, poniendo el acento en si, entre éstos, ocupa un lugar preferente el ser cauce adecuado para la tutela judicial de las vulneraciones de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, las cuestiones meramente procedimentales quedan fuera de este estudio. Para facilitar la lectura de este trabajo, me ha parecido oportuno transcribir en nota aquellos preceptos especialmente relevantes, sobre todo los ya derogados.

Antes de entrar en el citado estudio, quisiera hacer cuatro aclaraciones. Las dos primeras se refieren al tipo de medios de impugnación y rescisión de resoluciones judiciales firmes de los que, de manera especial, se va a dar cuenta en este capítulo. La tercera se refiere al orden jurisdiccional penal. Y la cuarta y última a la necesidad de “mirar” a la jurisdicción constitucional en la exposición del tema.

La primera aclaración es que en este trabajo voy a manejar un concepto amplio del término recurso, equivalente a medio de impugnación. Como es sabido, la doctrina procesalista no es unánime a la hora utilizar este término y establecer clasificaciones entre los medios de impugnación propiamente dichos y aquellos otros que son en realidad verdaderos procesos autónomos de impugnación. Debido a ello, se utiliza la palabra “recurso” para hacer referencia a determinados medios de impugnación de resoluciones judiciales que no son propiamente recursos, sino remedios o procesos autónomos de impugnación. Por mi parte, en este trabajo, no sólo me voy a referir a aquellos medios de impugnación que cabe interponer contra sentencias definitivas, sino también a aquellos otros cuyo fin es atacar la cosa juzgada, esto es, declarar la nulidad o la rescisión de una sentencia judicial firme.

En segundo lugar, he decidido prestar menor atención en este estudio a los recursos que proceden contra decisiones interlocutorias y que, por tanto, no deciden el fondo del asunto. Las resoluciones interlocutorias sirven para ordenar el proceso. La ley no regula la ordenación del proceso de forma caprichosa y, precisamente, ésta tiene por finalidad ayudar a los jueces a acertar tanto en lo que se refiere a la calificación de los hechos como en la aplicación del derecho cuando proceden a fallar en un caso. Pero, por un lado, no siempre un desconocimiento de las normas ordenadoras del proceso acaba con una sentencia vulneradora de la Constitución y, por otro, las lesiones, ya sean legales ya constitucionales, que se pueden producir durante el proceso van a poder ser conocidas a través del recurso o medio de impugnación que proceda

interponer – si es que existe— contra la resolución definitiva que se dicte. En definitiva, lo que interesa en este trabajo no es un estudio procesal referido a la ordenación (ideal) del proceso sino el producto que surge del mismo: la resolución definitiva.

La tercera aclaración se refiere al orden jurisdiccional penal. He decidido no hacer un repaso pormenorizado de cómo el legislador ha ido configurando el sistema de recursos en este orden jurisdiccional, y ello por diversas razones a las que haré referencia en el quinto epígrafe de este trabajo pero que pueden resumirse en una sola: la gran reforma del sistema de recursos en el proceso penal está todavía por llegar. El legislador, a pesar de los diversos “remiendos” aprobados para adaptar a las exigencias constitucionales los distintos órdenes jurisdiccionales, ha acabado por renovar las leyes reguladoras de cada uno de ellos, salvo el del orden penal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y es el texto que, aunque con importantes modificaciones, sigue hoy vigente.

En último lugar, anticipo ya al lector que dar cuenta de la transformación sufrida por los medios de impugnación obliga a atender constantemente a la jurisdicción constitucional. Y es que, desde mi punto de vista, el amparo constitucional ha sido lo que ha sido en buena medida por el diseño de los medios de impugnación y de rescisión de resoluciones firmes legalmente previstos contra las resoluciones judiciales.

2. La nueva configuración constitucional del Poder Judicial: principios y organización.

Antes de exponer la evolución legislativa de los medios de impugnación en los distintos órdenes jurisdiccionales tras la entrada en vigor de la Constitución, me parece necesario hacer una breve referencia a los cambios que la aprobación de la Norma Fundamental ha supuesto en relación con el Poder Judicial. Es preciso, sobre todo, un análisis de la nueva organización de los Juzgados y Tribunales, ya que ésta afecta muy directamente al establecimiento de los medios de impugnación y de las acciones de rescisión y anulación de resoluciones judiciales firmes.

Debido a que primero la Constitución y después la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial, alteraron la organización judicial preconstitucional, he preferido hacer

esta primera introducción con la finalidad de no tener que repetir en cada orden jurisdiccional cómo ha quedado diseñado el organigrama judicial. Se trata de que el lector cuente ya desde el principio con una primera aproximación a la organización judicial que poco a poco se ha ido fraguando tras la entrada en vigor de la Constitución, sin que ello evite que cuando se considere oportuno por las especialidades previstas en cada orden jurisdiccional se retome el tema.

Para abordar tal cometido es preciso hacer también un breve comentario a propósito de la configuración constitucional del Poder Judicial, ya que no se puede acometer un estudio orgánico al margen de los principios constitucionalmente impuestos que han de regir la actuación del Poder Judicial.

2.1 Algunas notas sobre la configuración constitucional del Poder Judicial.

La principal novedad que trajo consigo la entrada en vigor de la Constitución fue el paso de un sistema caracterizado por la concentración de poder en manos del Jefe del Estado a un sistema basado en la división de poderes. El Título VI CE, dedicado al “Poder Judicial”, devolvió el calificativo de “Poder” a los Jueces y Tribunales que se habían ido formando durante el franquismo y que habían aplicado el derecho emanado de la dictadura⁷⁹². En esta opción, aunque en apariencia evidente, “se [encontraba] uno de los pocos problemas pendientes de la Constitución de 1978”⁷⁹³. Los titulares de los órganos que debían ejercer la potestad jurisdiccional en la entonces incipiente democracia española eran los mismos que la habían venido ejerciendo durante el franquismo, pero nada tenía que ver ni el lugar que ocupaban en el Estado, ni las

⁷⁹² Es cierto que la Constitución de 1978, al igual que el resto de nuestras Constituciones históricas, utiliza indistintamente los términos “Poder Judicial” y “Administración de Justicia” para referirse a la función jurisdiccional, esto es, de impartir justicia. Puede verse en este sentido P. Cruz Villalón, “La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 307. Este trabajo fue publicado por primera vez en el libro colectivo *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 913-944.

Sin embargo, la opción por uno u otro nombre para designar la función jurisdiccional se ha relacionado con el carácter más o menos independiente de la Justicia. Según A. Nosete (*Derecho Procesal. Parte general. Proceso civil*, con V. Gimeno Sendra, V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, T. I, Vol. I, Valencia, 1991, 5ª edición, pág. 53) la opción del Constituyente de 1978 por el término Poder no fue casual y con él se pretendió, entre otras cosas, “subrayar (...) el papel primordial que han de desempeñar los órganos jurisdiccionales en la defensa, desarrollo y promoción de los valores democráticos”.

⁷⁹³ Así lo expresó P. Cruz Villalón en su trabajo “Constitución y Tiempo: primera década”, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, cit., pág. 90. Basta ahora con apuntar el hecho de la continuidad, ya que en el capítulo siguiente de este trabajo me referiré más en profundidad a las consecuencias que se derivaron de esta decisión del constituyente.

funciones que constitucionalmente le venían atribuidas, ni los principios que regían su actuación ni el estatuto personal al que se encontraban sometidos. Como se verá, el conjunto de Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial venían a ocupar un papel central y fundamental en el nuevo Estado de Derecho.

Desde el punto de vista funcional, a los Jueces y Tribunales se les atribuye en el artículo 117.3 CE el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en todo tipo de procesos. Se opta así por residenciar en la jurisdicción ordinaria no sólo los conflictos *inter privatos*, sino también los que puedan surgir entre los ciudadanos y la Administración, ya sea ésta estatal, autonómica o local. Además de esta enunciación de carácter general, el texto constitucional está plagado de manifestaciones concretas de lo que supone esta potestad así como de otras atribuciones referidas sobre todo al ejercicio de determinados derechos fundamentales⁷⁹⁴.

Esta potestad de tipo funcional viene regida por dos principios fundamentales: exclusividad y reserva. Con el último se garantiza que tan sólo al Poder Judicial le corresponda el ejercicio de la potestad jurisdiccional. El artículo 117.3 CE establece que tal potestad la ejercen los Jueces y Tribunales de forma *exclusiva*. Sólo existen tres excepciones a esta regla general: el inciso segundo del artículo 117.5 CE se refiere a la jurisdicción militar, que es una jurisdicción especial, el artículo 136 referido al Tribunal de Cuentas y los artículos 161 y 163 CE enumeran las competencias de la jurisdicción constitucional. En consonancia con tal principio se prohíben los Tribunales excepcionales (art. 117.6 CE) y se eleva a rango de fundamental el derecho al juez natural o predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). De esta manera se ponía fin a un largo período en el que desde la Jefatura del Estado, de forma sistemática, se procedía a la instauración de jurisdicciones especiales para que fueran éstas y no la ordinaria las que conocieran de determinados asuntos especialmente relevantes desde el punto de vista político.

⁷⁹⁴ Entre otros, el control de las detenciones (art. 17.4 CE), la emisión de la autorización para la entrada y registro de domicilios (art. 18.2 CE), la emisión de la autorización para intervenir todo tipo de comunicaciones, autorizar el secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE), la disolución o suspensión en sus actividades de las asociaciones (art. 22.4 CE), la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24 CE), la imposición de penas (art. 25 CE), la protección de los derechos fundamentales (art. 53 CE), el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE), participar en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley (art. 163 CE).

Por lo que se refiere al principio de exclusividad, puede decirse que éste constituye el reverso de la moneda del principio de reserva: los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, según dispone el artículo 117.4 CE, “no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. Mediante la constitucionalización de este principio se trata de evitar que los Jueces y Tribunales se inmiscuyan en funciones ajenas a la jurisdiccional o no atribuidas a los Jueces expresamente por la ley.

Una de las consecuencias del reconocimiento como “Poder” es su independencia respecto al resto de los poderes del Estado. Esto no implica, obviamente, que el juez sea absolutamente libre a la hora de decidir los asuntos. O, en palabras de Jiménez Aparicio, “el Poder Judicial no ejerce una suerte de poder propio”⁷⁹⁵, sino que se trata de un poder constituido y, en consecuencia, se halla vinculado a la Norma Suprema (art. 9 CE) y al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). Mediante el principio de independencia se trata de evitar las posibles injerencias de otros poderes, tradicionalmente del Ejecutivo o del Monarca, o incluso de la propia judicatura, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. De esta manera, la obligación constitucionalmente impuesta de la sujeción del juez al imperio de la ley es en sí misma una garantía de su independencia. O, como apunta J. L. Requejo Pagés, con el principio de independencia judicial lo que se pretende es “asegurar una dependencia: la del Juez respecto del Derecho positivo”⁷⁹⁶. Desde esta perspectiva, el principio de independencia pasa a ser un instrumento que para ser verdaderamente efectivo necesita el sometimiento del juez a determinadas dependencias y controles⁷⁹⁷. Quizás por ello, la Constitución también se refiere a la forma en que ha de llevarse a cabo la potestad jurisdiccional. En efecto, los apartados 1 y 3 del artículo 120 establecen el carácter público de las actuaciones judiciales e imponen al Juez la obligación de motivar las sentencias, es decir, le obligan a dar las razones de su decisión.

Este mandato constitucional, referido al pleno sometimiento del juez a la ley, además de constituir la base fundamental de su independencia, es precisamente el que

⁷⁹⁵ E. Jiménez Aparicio, “Sobre el principio de legalidad procesal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 362, 22 de octubre de 1998, Navarra, pág. 2.

⁷⁹⁶ J. L. Requejo Pagés, “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, enero-abril 2006, pág. 80.

⁷⁹⁷ Una visión acerca de cuáles puedan o deban ser éstas dependencias, además de algunas “servidumbres convenientes”, la expone J. L. Requejo Pagés en el artículo citado en la nota anterior.

vincula al Poder Judicial con el principio democrático. De ahí que el artículo 117.1 CE establezca que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey”. Los Jueces y Tribunales no han de desempeñar su función según su propio arbitrio o su idea de justicia o según el principio de equidad⁷⁹⁸, sino de conformidad con la voluntad del pueblo que viene expresada en la ley elaborada por el Parlamento democráticamente elegido. El juez, desde esta perspectiva, es servidor del Estado y su legitimidad democrática se encuentra precisamente en su plena vinculación a la ley. Hasta tal punto esto es así que en nuestro ordenamiento es inadmisibles que el juez, so pretexto de su vinculación a la Constitución, inaplique una norma con rango de ley por considerarla contraria a la Norma Fundamental, con la excepción claro está del Derecho preconstitucional.

Una vez que ha quedado aclarada la posición constitucional del Juez, es necesario volver al principio de independencia, ya que tanto la Constitución como las leyes de desarrollo prevén otras garantías que tienden precisamente a salvaguardar dicho principio. Siguiendo en este punto a L. M^a Díez-Picazo⁷⁹⁹, puede establecerse una diferenciación entre aquellas garantías tendentes a salvaguardar la independencia desde una perspectiva interna o externa.

Desde este último punto de vista, la independencia judicial trata de garantizarse, por un lado, a través del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) y, por otro, a través de una serie de garantías sustantivas. Por lo que respecta al CGPJ, se trata de un órgano constitucional independiente, no adscrito a ninguno de los tres poderes clásicos del Estado⁸⁰⁰. Esta opción del constituyente por residenciar el gobierno y la administración de los jueces y tribunales en un órgano creado *ad hoc*, independiente del

⁷⁹⁸ Con la salvedad, claro está, de que la ley le habilite para ello.

⁷⁹⁹ L. M^a Díez-Picazo, Voz “Independencia Judicial”, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, coord. M. Aragón Reyes, T. II, Madrid, 2001, págs. 221-223.

⁸⁰⁰ Según el artículo 122.3 CE, el CGPJ está compuesto por el Presidente del Tribunal Supremo y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años, “de éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión”. Como es sabido, antes de la aprobación de la LOPJ, la Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, establecía que 12 de sus miembros eran elegidos por los propios Jueces y Magistrados y los 8 restantes por el Congreso de los Diputados y el Senado. Esta circunstancia hacía que el Consejo tuviera un cierto carácter de representatividad y de autogobierno. Sin embargo, la LOPJ vino a modificar tal carácter. El artículo 112 de esta norma establece que la totalidad de los veinte miembros del Consejo serán elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado: seis por cada Cámara, entre Jueces y Magistrados en activo y 4 por cada Cámara entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de antigüedad. La opción del legislador orgánico, a pesar de plantear problemas de compatibilidad con el artículo 122.3 CE, fue declarada constitucional por el TC en su sentencia 108/1986.

poder ejecutivo, no fue casual sino que tenía como objetivo precisamente impedir la injerencia de otros poderes en el Judicial, en especial la del Ejecutivo⁸⁰¹. Otra es, naturalmente, que a la vista de lo acaecido, deba considerarse o no un éxito del constituyente. Su función esencial es la de garantizar la independencia del Poder Judicial ejerciendo, por un lado, facultades de gobierno y administración, que presuponen el ejercicio de una función de control sobre la actuación de los Jueces y Tribunales, y por otro, de órgano de auxilio en los casos en los que la independencia judicial se pueda ver perturbada⁸⁰². De ahí que la Constitución le haya reservado un papel fundamental en materia de nombramientos, ascensos, inspección y sanción de los titulares de la potestad jurisdiccional. Respecto al control que ejerce sobre los Jueces y Magistrados, éste no puede extenderse a la actividad propiamente jurisdiccional, sino que ha de limitarse a la vertiente administrativa⁸⁰³. En este sentido, el artículo 176 LOPJ establece que la interpretación y aplicación de las leyes realizadas por los Jueces y Tribunales cuando administran justicia no podrán ser objeto de aprobación, censura o corrección, con ocasión o a consecuencia de los actos de inspección.

Además del CGPJ, se prevén en el ordenamiento otras garantías de carácter sustantivo tendentes a hacer eficaz el principio de independencia judicial, como es la inamovilidad judicial y también el régimen de incompatibilidades de Jueces y Magistrados⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ Otra cosa es que la fórmula elegida en su día sea la más conveniente o eficaz a la luz de la finalidad para la que fue instituida. O incluso que de hecho, aunque teóricamente no fuera la más acertada, haya arrojado resultados especialmente beneficiosos. Según J. L. Requejo Pagés (“Dependencias y servidumbres...”, cit. pág. 86), lo importante no es tanto a quién se le encomiende el control sobre la vertiente administrativa, que no jurisdiccional, del juez, como que el mismo se realice de manera efectiva. Desde esta perspectiva, podría resultar interesante un estudio sobre el alcance del control administrativo de la actuación del juez en nuestro país.

⁸⁰² El artículo 14.1 LOPJ establece en este sentido que “Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden público”. El juez que se siente amenazado en su independencia está obligado a actuar de forma diferente a cómo lo haría cualquier particular. Éstos pueden acudir directamente a los Tribunales de Justicia, pero el juez amenazado o perturbado en el ejercicio de sus funciones “deberá” ponerlo en conocimiento del citado Consejo y será éste y no aquél el encargado de impulsar la vía jurisdiccional. Con esto se pone de manifiesto que el desempeño de la potestad jurisdiccional como actividad del Estado no es algo que sólo atañe a cada Juez como titular de tal potestad, sino al propio Estado. Un ataque a la independencia del Juez es también un ataque al propio Estado.

⁸⁰³ Esta afirmación no está exenta de problemas, ya que en ocasiones la línea divisoria entre ambos no es del todo nítida.

⁸⁰⁴ *Vid.* apartados 1 y 2 del art. 117 CE y 15 LOPJ.

Asimismo existen en nuestro ordenamiento jurídico otras garantías que tratan de proteger al Juez de las injerencias que puedan proceder de la propia judicatura o de su órgano de gobierno, el CGPJ⁸⁰⁵. Como ya se ha dicho, las labores de inspección y, en su caso, de sanción atribuidas a éste, están limitadas a la vertiente administrativa de la actuación del Juez. Al Consejo le está vedada la posibilidad de emitir cualquier tipo de instrucción en relación con la interpretación que ha de darse a determinadas normas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otro lado, el Juez o Magistrado goza también de independencia respecto del resto de los titulares que ejercen la potestad jurisdiccional. De esta manera, los Jueces o Tribunales no pueden corregir la actuación que los inferiores hayan realizado con ocasión del ejercicio de la potestad jurisdiccional, salvo claro está, a través de los recursos legalmente establecidos⁸⁰⁶. El Juez sólo se encuentra sometido a la ley y, en este sentido, puede discrepar de una determinada interpretación realizada por otros órganos jurisdiccionales, ya sean estos jerárquicamente superiores o inferiores.

Por último, es importante señalar que la Constitución también hace responsable al Estado-juez frente a los errores que los titulares de la función jurisdiccional puedan cometer en el ejercicio de sus funciones (art. 121 CE).

2.2. La nueva organización del Poder Judicial prevista en la Constitución y en las normas de desarrollo.

Además de las notas anteriores, es importante detenerse en la organización de la jurisdicción ordinaria debido a que ésta condiciona en gran medida la previsión de unos u otros medios de impugnación.

El principio general del que parte la Constitución es el de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE). Como ha señalado P. Cruz, tal principio “no es más que la expresión orgánica del principio funcional de exclusividad”⁸⁰⁷, al que ya se ha hecho referencia. Desde esta perspectiva, es evidente que los órganos jurisdiccionales no son ni órganos

⁸⁰⁵ En este sentido, el artículo 12.1 LOPJ establece que “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.”

⁸⁰⁶ En este sentido, el artículo 12.2 LOPJ establece que “No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.”

⁸⁰⁷ P. Cruz Villalón, “La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 309.

dependientes de los poderes del Estado central ni de los autonómicos⁸⁰⁸. Son órganos independientes y, por tanto, están fuera del proceso de descentralización política que se inició con la entrada en vigor de la Constitución. Otra cosa es que la Constitución en determinados preceptos atribuya competencias legislativas respecto a la Administración de Justicia al Estado central, como sucede en el artículo 149.1.5 de la misma. Este principio ha de ser, sin duda, al que han de someterse las normas reguladoras de la organización y constitución de los Juzgados y Tribunales.

Éste, sin embargo, no es el único límite al que está sujeto el legislador a la hora de proceder a la regulación de la organización judicial⁸⁰⁹. Dos preceptos van a resultar claves al respecto: el 123 y el 152.1 CE.

Por un lado, el artículo 123.1 CE constitucionaliza el Tribunal Supremo y lo califica como “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Por otro lado, el artículo 152.1 CE contiene tres tipos de previsiones que vienen a limitar la libertad del legislador: de una parte, se establece que un Tribunal Superior de Justicia “culminará la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma”, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo; en segundo lugar, se prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, establezcan las formas y supuestos de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio “de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste”; y por último, establece el agotamiento de las sucesivas instancias procesales ante los órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente de primera instancia, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 123.1 CE, es decir, de las competencias del Tribunal Supremo.

Del contenido de estos preceptos pueden extraerse las siguientes consecuencias.

Por un lado y respecto al artículo 123.1 CE, la constitucionalización del Tribunal Supremo como última instancia jurisdiccional ha de implicar necesariamente que este

⁸⁰⁸ Según P. Cruz Villalón (“La administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, cit., págs. 309-310), “la potestad jurisdiccional no puede afirmarse que sea, en puridad, ni *de* los «poderes generales» ni *de* los «poderes autonómicos» del Estado. Podría incluso afirmarse que si la concepción trimembre del Estado políticamente descentralizado tuviera alguna utilidad, ésta sería la de permitir residenciar la Administración de Justicia en ese tercer elemento resultante de la suma de los dos órdenes de poderes anteriormente citados”.

⁸⁰⁹ El artículo 122.1 CE reserva al legislador orgánico, y por tanto estatal, la regulación de la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados.

Tribunal tenga atribuciones en todos los órdenes jurisdiccionales que el legislador cree⁸¹⁰. La exclusión del conocimiento de la totalidad de aquellas materias referidas a un mismo orden jurisdiccional resultaría, sencillamente, inconstitucional⁸¹¹. Esta es sólo una de las muchas cuestiones que plantea el art. 123 y que no pueden ser abordadas en este trabajo, so pena de desviar el objeto de la investigación.

Por otro lado, el artículo 152.2 CE creaba unos órganos jurisdiccionales hasta aquel momento inexistentes: los Tribunales Superiores de Justicia⁸¹². Éstos, según la propia Constitución, venían a culminar la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma. Esto no debe llevar a confusión. Éstos no son órganos de las Comunidades Autónomas. Los Tribunales Superiores de Justicia son órganos integrantes del Poder Judicial. Su efectiva creación y constitución estaba supeditada no sólo a su inclusión en los eventuales Estatutos de Autonomía⁸¹³, sino a la aprobación de la Ley orgánica del poder judicial a la que hace referencia el artículo 122 CE⁸¹⁴. Desde el punto de vista territorial, los Tribunales Superiores de Justicia serían los órganos que vendrían a ocupar el lugar que hasta entonces había correspondido a las Audiencias Territoriales. Sin embargo, el papel que han venido desempeñando tanto en el organigrama judicial como en su ámbito competencial en muy poco se asemeja al que hasta aquel momento habían desarrollado las Audiencias Territoriales. Debido al reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones y a la configuración constitucional que se hizo de los mismos, como los órganos jurisdiccionales que culminaban la organización judicial en los territorios de las Comunidades Autónomas, los Tribunales Superiores de Justicia han venido asumiendo un doble cometido. Por un lado, se les ha asignado por el derecho positivo el control

⁸¹⁰ Esta es la opinión de L. M^a Díez Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, cit., pág. 92.

⁸¹¹ Otra cosa es, naturalmente, que el Tribunal Supremo deba pronunciarse acerca de todas y cada una de las materias que se conocen en cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

⁸¹² A pesar de que son órganos jurisdiccionales novedosos tienen claros antecedentes históricos en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, previsto en su Estatuto de 1936, y el Tribunal de Casación de Cataluña, previsto a su vez en el Estatuto catalán de 1932.

⁸¹³ Téngase en cuenta que la Constitución no procedió a dibujar el mapa autonómico, por lo que en el año 1978 cabía la posibilidad de que tan sólo determinadas nacionalidades o regiones hicieran uso del derecho de acceso a la autonomía de conformidad con lo previsto en el artículo 2 CE. De ahí que tampoco pudiera conocerse el número de Tribunales Superiores de Justicia que finalmente se implantarían en el Estado. Como es sabido, diecisiete son hoy las Comunidades Autónomas y diecisiete, por tanto, los Tribunales Superiores de Justicia existentes.

⁸¹⁴ Tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 56/1990, la LOPJ no puede ser contrariada por los Estatutos de Autonomía en la regulación de esta materia, ya que aquélla es la norma interpuesta entre la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Más recientemente ha declarado en la STC 31/2010 que los Estatutos de Autonomía no pueden sustituir a la LOPJ.

sobre el Derecho emanado de la Comunidad Autónoma. La Constitución ha diseñado un sistema de distribución territorial del poder altamente descentralizado, en el que las Comunidades Autónomas gozan de autonomía política. Junto al Derecho emanado del Estado central, existen diecisiete ordenamientos autonómicos respecto a los cuales los Tribunales Superiores de Justicia vienen a jugar un papel fundamental. Tanto los Estatutos de Autonomía, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y Planta Judicial como las leyes reguladoras de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa les han atribuido competencias para conocer de los recursos de casación y revisión que se funden en la infracción de normas de Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma. Estos órganos jurisdiccionales son pues los que tienen la última palabra respecto del Derecho propio de la Comunidad Autónoma en la que están radicados⁸¹⁵. Por otro lado, se trata de órganos jurisdiccionales que han estado vinculados al proceso político de la propia Comunidad Autónoma. Desde esta perspectiva, P. Cruz Villalón se ha referido a éstos como órganos de “justicia política” en la medida en que son los competentes para “la resolución de los conflictos derivados de la existencia y el funcionamiento de las (...) instituciones públicas autonómicas”⁸¹⁶.

La segunda de las previsiones contenidas en el artículo 152.1 CE se refiere a la participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales⁸¹⁷. Esta participación, según una interpretación sistemática de la Constitución, sólo podría operar de hecho respecto de los municipios y de los “partidos judiciales”. Éstos últimos son, en realidad, la única unidad territorial exclusivamente jurisdiccional, ya que las demás son coincidentes con la división administrativa del territorio⁸¹⁸. Tanto la LOPJ como los Estatutos de Autonomía han concretado la forma en que se posibilitará la colaboración de las distintas Comunidades Autónomas en dicha organización⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Es evidente que esta afirmación requiere de algunos matices, ya que en determinados casos el Tribunal Supremo y el Constitucional serán los que en realidad tengan la última palabra respecto de asuntos en los que el Derecho aplicado sea el autonómico.

⁸¹⁶ P. Cruz Villalón, “La administración de justicia en el Estatuto de Andalucía”, cit., pág. 332.

⁸¹⁷ En la STC 56/1990 se establece que la participación de las Comunidades Autónomas prevista en la Constitución se refiere sólo a la organización de la demarcación judicial, lo que no incluye la determinación de la planta judicial. El establecimiento de ésta ha de hacerse con anterioridad y compete, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.5.a) CE al legislador estatal.

⁸¹⁸ En efecto, según dispone en artículo 30 LOPJ, el Estado se organiza territorialmente a efectos judiciales en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas. Respecto al ámbito que comprende cada una de ellas *vid.* los arts. 31 a 34 de la misma norma.

⁸¹⁹ *Vid.* arts. 35 a 37 LOPJ.

Por último, el artículo 152.1 CE ha establecido que, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 56/1990, de dicho precepto se desprende tan sólo la imposibilidad de que exista otro órgano judicial superior al Tribunal Superior de Justicia, a excepción de lo previsto en el artículo 123.1 CE respecto del Tribunal Supremo.

En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido al significado del artículo 152.1 CE sino que también ha aclarado qué interpretaciones no son posibles extraer de este precepto constitucional. De una parte, de lo dispuesto en el artículo 152.1 no puede concluirse que el agotamiento de todas las instancias procesales se haya de producir necesariamente y en todos los órdenes jurisdiccionales ante los Tribunales Superiores de Justicia. En consecuencia, sería perfectamente constitucional que en determinados supuestos las sucesivas instancias culminaran en las Audiencias Provinciales, sin necesidad de prever un nuevo medio de impugnación contra las resoluciones dictadas por éstas para que fuera conocido por los Tribunales Superiores de Justicia. La única exigencia que se deriva de tal precepto es que la preclusión de las diversas instancias “se produzca ante órganos radicados en el propio territorio de la Comunidad Autónoma, si en ella está el órgano competente en primera instancia” (F.J. 33º STC 56/1990). De otro lado, el artículo 152.1 tan sólo se refiere al agotamiento de las instancias procesales “en las que conceptualmente no estaban incluidos los recursos extraordinarios en general, ni en particular los recursos de casación y revisión”. A pesar de que en determinadas ocasiones el Tribunal Constitucional haya utilizado de forma confusa e inexacta el término “recurso” o “medio de impugnación”, en la STC 56/1990, distingue de forma muy clara entre “instancias procesales” y “recursos extraordinarios”⁸²⁰. Tan sólo el conocimiento de las primeras debe residenciarse en los

⁸²⁰ Según apunta el TC en el FJ 33º de su sentencia 56/1990 “(...) la instancia procesal comporta un nuevo examen o pleno conocimiento por parte del Tribunal superior del asunto inicialmente juzgado, alcanzando la revisión, tanto a la determinación de los hechos (permitiendo, incluso, nuevas pruebas en determinados casos y valoración de la prueba practicada ante el Juez a quo, como a la determinación e interpretación de la norma aplicable; esto es, como ha señalado este Tribunal, el control de la totalidad de la actividad del órgano inferior (SSTC 90/1986 y 145/1987). Frente al carácter ilimitado de los motivos que pueden hacerse valer en la nueva instancia y del carácter plenario del conocimiento, que hace que el órgano judicial tenga para dirimirla los mismos poderes que el órgano que dictó la resolución recurrida, los recursos extraordinarios se caracterizan, precisamente, porque, como ocurre en

órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma si en ella está el órgano que conoció en primera instancia. De esta jurisprudencia pueden extraerse las siguientes conclusiones.

Por un lado, nada impediría que la ley estatal reservara para el Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos extraordinarios con independencia del Derecho que se aplicara en los mismos. Sin embargo, ésta no fue la opción del legislador. Como ya se ha dicho, tanto los diferentes Estatutos de Autonomía, como la LOPJ y la LDyPJ han atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos extraordinarios de revisión y casación en casos en los que el Derecho aplicado es el foral o propio de la Comunidad Autónoma. Esta alternativa, según la STC 56/1990, también encaja dentro del marco constitucional. La regulación sobre la procedencia de estos recursos extraordinarios, cuyo conocimiento se ha atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia, no ha estado exenta de problemas y críticas doctrinales, pero me referiré a ellos al acometer el estudio de cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

Por otro, esta jurisprudencia ha llevado a declarar la constitucionalidad de la opción del legislador por mantener la Audiencia Nacional dentro del organigrama judicial⁸²¹. La LOPJ, lejos de establecer su supresión, vino a confirmar su mantenimiento y a extender sus funciones respecto a las que tenía atribuidas cuando dicho órgano fue creado en el año 1977. Como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional no ha considerado su mantenimiento por el legislador orgánico como inconstitucional. Según el Tribunal Constitucional, del artículo 152.1 CE no puede concluirse que no puedan existir órganos jurisdiccionales distintos al Tribunal Supremo y al Constitucional con jurisdicción en toda España. Y de ahí, que el legislador goce de libertad para atribuir el conocimiento de determinados asuntos a este órgano jurisdiccional.

2.3. La organización judicial en el orden jurisdiccional civil.

los recursos de casación y revisión, los motivos de interposición están legalmente tasados y a ellos se reduce el conocimiento del Tribunal llamado a resolverlos, que no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa. Incluso, con respecto al recurso de revisión se ha elaborado una categoría propia, la de recurso excepcional, en el que se ejercita una acción impugnatoria autónoma frente a una sentencia ya firme (art. 1.797 L.E.C.)”.

⁸²¹ Este órgano jurisdiccional fue creado en el año 1977, es decir, en plena transición a la democracia pero antes de la aprobación de la Constitución y para algún sector doctrinal, fue el órgano que venía a sustituir al Tribunal de Orden Público.

La LOPJ introdujo algunos cambios respecto a la organización judicial preconstitucional de los órganos jurisdiccionales situados en la base. Se suprimió la Justicia Municipal y, por tanto, desaparecieron los Juzgados Comarcales y Municipales. En este escalón sólo sobrevivieron los Juzgados de Paz, a los que se les siguió atribuyendo el conocimiento de asuntos menores⁸²². Con carácter general, los encargados del conocimiento de los asuntos civiles en primera instancia son los Juzgados de Primera Instancia, que actualmente siguen ocupando la misma posición en el organigrama judicial que en la etapa preconstitucional⁸²³. Recientemente, la LOPJ, con base en el principio de especialidad, ha creado los Juzgados de lo Mercantil que también son órganos que tienen atribuido el conocimiento de asuntos en primera instancia⁸²⁴.

Los órganos judiciales inmediatamente superiores jerárquicos de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil son, de igual modo que en la legislación preconstitucional, las Audiencias. Sin embargo, la LOPJ suprimió las Territoriales, por lo que las Provinciales vinieron a ser, con carácter general, las que conocían de la segunda instancia en este orden jurisdiccional (órganos de apelación).

Las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas venían a culminar la organización judicial en el territorio de la Comunidad Autónoma en el que estaban radicados. Además de atribuirseles el conocimiento de algunos asuntos en primera instancia, conocen de determinados recursos extraordinarios, entre los que cabe destacar el de casación y el de revisión cuando el Derecho aplicado sea el foral o el propio de la Comunidad Autónoma.

⁸²² Dichos juzgados, según prevé la LOPJ, existirán en todos aquellos municipios en los que no haya Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

⁸²³ En realidad, la LOPJ se refiere a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción como órganos judiciales únicos. Sin embargo, no existe ningún inconveniente en que funcionen como órganos distintos en aquellos partidos judiciales en los que resulte conveniente. Así, en la LDyPJ se opta por el establecimiento para determinados partidos judiciales de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y para otros del establecimiento de Juzgados de Primera Instancia por un lado y de Juzgados de Instrucción por otro. Debe tenerse en cuenta, además, que debido a la gran cantidad de asuntos de los que conocen, se tiende cada vez más a la especialización. En este sentido, la Ley permite que en ciertas circunscripciones el Consejo General del Poder Judicial asigne a uno o a varios Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de cierta clase de asuntos.

⁸²⁴ Los Juzgados de lo Mercantil fueron creados por la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil y su creación se debió a la especial importancia que tiene que sea un solo órgano jurisdiccional el que tenga atribuida la competencia para conocer de todos los asuntos que se generen como consecuencia del concurso. *Vid.* en este sentido los arts. 86 bis y 86 ter LOPJ.

La Sala Primera o de lo Civil del Tribunal Supremo culmina la organización judicial de este orden jurisdiccional. Dicha Sala, además de otras funciones legalmente asignadas, es la competente para resolver los recursos de casación y revisión.

2.4. Organización judicial del orden jurisdiccional penal.

Los Juzgados de Instrucción han venido conociendo de la instrucción de determinados delitos y del enjuiciamiento de las faltas y los Juzgados de lo Penal del enjuiciamiento de los delitos menos graves⁸²⁵ ⁸²⁶. Sin embargo, no son éstos los Juzgados que conocen en primera instancia de todos los asuntos penales. No juzgan, por ejemplo, las infracciones penales cometidas por los menores de edad penal. De éstas conocen los Juzgados de Menores. Asimismo, está previsto que determinados delitos sean conocidos en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La instrucción de los asuntos cuyo conocimiento está atribuido a esta Sala corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción. Recientemente, la LOPJ, en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha previsto la creación de una Sala de Apelación dentro de la Audiencia Nacional que conocerá de los recursos de apelación que prevea la ley contra las sentencias dictadas por su Sala de lo Penal⁸²⁷. Dentro también del ámbito de la Audiencia Nacional existe un Juzgado Central de Menores.

También dentro de este orden jurisdiccional se han incluido los llamados Juzgados de violencia sobre la mujer⁸²⁸ y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que, entre otras funciones, tienen encomendada la ejecución de las penas privativas de libertad.

⁸²⁵ Los Juzgados de lo Penal no estaban previstos en la redacción originaria de la LOPJ, ya que los Juzgados de Instrucción eran los competentes para realizar la fase instructora y de enjuiciamiento. Sin embargo, debido a que la STC 145/1988 consideró que la acumulación de ambas funciones era contraria a la Constitución, se modificó la LOPJ. En tal reforma se previeron los Juzgados de lo Penal, que deberían conocer de los delitos menos graves. A los Juzgados de Instrucción se les ha venido atribuyendo tanto la instrucción como el enjuiciamiento de las faltas y la instrucción de los delitos cuyo enjuiciamiento corresponde a los Juzgados de lo Penal y a las Audiencias Provinciales.

⁸²⁶ Según establece la LOPJ, los Juzgados de Paz también pueden tener competencias en asuntos penales. *Vid.*, en este sentido, el art. 100.2 LOPJ.

⁸²⁷ Esta Sala todavía no ha sido creada puesto que aún no se ha previsto en la LECr. la posibilidad de que contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional quepa interponer recurso de apelación.

⁸²⁸ Los Juzgados de violencia sobre la mujer fueron creados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. La intención del legislador con su creación fue centralizar en un solo órgano judicial especializado el conocimiento de todos los aspectos civiles y penales derivados de la violencia de género. *Vid.*, en relación con las competencias atribuidas a estos órganos, el artículo 87 ter LOPJ.

Desde un punto de vista funcional, las Audiencias Provinciales son órganos de primera instancia y apelación. Por un lado, la ley les atribuye el conocimiento en primera instancia de los delitos considerados más graves y por otro, la competencia para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal.

La mayoría de las competencias que tienen efectivamente atribuidas las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia vienen referidas al conocimiento de asuntos civiles. Por lo que respecta a los asuntos penales, además de tener atribuido el conocimiento de determinados asuntos en primera instancia, la LOPJ ha previsto recientemente que estas Salas serán también los órganos competentes para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Sin embargo, esta última competencia no la ejercen aún, debido a que para ello se requiere una reforma previa de la LECr.

Por último y respecto a la Sala segunda o de lo Penal del Tribunal Supremo, que al igual que en el resto de los órdenes jurisdiccionales viene a culminar el vértice de la pirámide judicial, decir que ésta es la competente para conocer de determinados asuntos en primera instancia y de los recursos de casación y de revisión que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales y por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.5 Organización Judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El principio de unidad jurisdiccional que establece la Constitución impide al legislador orgánico instaurar una jurisdicción especial, como sucede en otros países de nuestro entorno, para el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos. La competencia para resolver éstos corresponde a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial.

Los órganos jurisdiccionales de primera instancia en este orden jurisdiccional son los Juzgados de lo contencioso-administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tienen en la actualidad, desde el punto de vista funcional, una triple naturaleza. Son órganos de primera instancia, de apelación y casacionales. Pero esto, como se verá

más detalladamente cuando se exponga la evolución de los medios de impugnación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no fue siempre así, lo que se debe, sobre todo, a la tardanza en la creación e implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Por esta causa, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, junto con la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fueron durante unos años los órganos situados en la base de la pirámide judicial en este orden jurisdiccional y, por tanto, tenían atribuido el conocimiento en primera instancia de la mayoría de los asuntos contencioso-administrativos.

En la cúspide del sistema está situada la Sala Tercera o de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Al igual que sucede en el orden jurisdiccional civil éste es el órgano que tiene la última palabra sobre el Derecho emanado del Estado central ya que sobre el Derecho emanado de las Comunidades Autónomas la última palabra corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. La Sala Tercera tiene atribuida la competencia para conocer de los recursos de revisión y casación, además de determinados asuntos en primera instancia.

2.6. Organización judicial del orden jurisdiccional laboral.

Otra de las jurisdicciones que sufrió cambios importantes en su organigrama fue la laboral. Sin duda, el más importante fue la integración de todos sus órganos judiciales en el Poder Judicial, desvinculándose en consecuencia del Ministerio de Trabajo. Esta circunstancia no es achacable a la LOPJ, sino a la propia Constitución, desde el momento en que reconoce los principios de unidad e independencia judicial.

La LOPJ procedió a la creación de los Juzgados de lo Social que vinieron a sustituir a las antiguas Magistraturas de Trabajo. Estos órganos jurisdiccionales se encuentran en la base de la pirámide judicial por lo que tienen atribuido el conocimiento de determinados asuntos en primera instancia. Pero no son éstos los únicos órganos que tienen el monopolio del conocimiento de asuntos en primera instancia. En efecto, también la Sala de lo Social en la Audiencia Nacional conoce de determinados asuntos en primera instancia.

Con la aprobación de la LOPJ, se suprimió el Tribunal Central de Trabajo, optando así por prescindir de uno de los órganos que hasta el momento había sido

considerado uno de los centros claves para la interpretación del Derecho laboral. Como se verá, este hecho trajo importantes consecuencias por lo que se refiere a la ordenación de los recursos. Las competencias que éste desempeñaba, entre las que cabe destacar el conocimiento de los recursos de suplicación, pasaron a ostentarlas las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de cada una de las Comunidades Autónomas a las que, a su vez, se atribuyó la competencia para conocer de determinados asuntos en primera instancia.

Por último, y siguiendo el mandato previsto en el artículo 123.1 CE, culmina la organización judicial la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo, a la que se le han asignado funciones casacionales.

2.7. Cuadro sinóptico

Civil	Penal	Contencioso-administrativo	Laboral
Tribunal supremo (Sala Primera)	Tribunal Supremo (Sala Segunda)	Tribunal Supremo (Sala Tercera)	Tribunal Supremo (Sala Cuarta)
	Audiencia Nacional	Audiencia Nacional	Audiencia Nacional
Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas	Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas	Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas	Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas
Audiencias Provinciales	Audiencias Provinciales		
Juzgados de Primera Instancia	Juzgados de lo Penal	Juzgados de lo Contencioso-Administrativo	Juzgados de lo Social
Juzgados de lo	Juzgados de Vigilancia		

Mercantil	Penitenciaria Juzgados de Menores Juzgados de violencia sobre la mujer		
Juzgados de Paz	Juzgados Centrales de Instrucción Juzgados de Instrucción Juzgados de Paz		

3. Las reformas introducidas por el legislador democrático en el orden jurisdiccional civil.

3.1. Las reformas operadas en la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

La primera gran reforma a la que se vio sometida la LEC de 1881 tras la entrada en vigor de la Constitución fue la operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta primera reforma del proceso civil se llevó a cabo antes de adecuar la organización judicial al nuevo diseño establecido por la Constitución.

Por lo que se refiere a los medios para impugnar sentencias, prácticamente no afectó a la configuración del recurso de apelación, pero alteró de forma sustancial el régimen jurídico del recurso de casación y suprimió el incidente de nulidad de actuaciones. Este incidente será objeto de estudio en un epígrafe diferenciado, puesto que afectó a todos los órdenes jurisdiccionales.

3.1.1. La reforma de la casación: el mantenimiento de su carácter híbrido entre casación y tercera instancia.

La Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 agosto, venía a confirmar el modelo casacional adoptado en 1881. Se optaba de este modo por el mantenimiento de un recurso de casación no centrado únicamente en la defensa del *ius constitutionis*, sino que tal cometido se compaginaba con la defensa de los derechos subjetivos de las partes en el proceso⁸²⁹. Esta primera reforma de la casación tras la entrada en vigor de la Constitución, lejos de modificar su naturaleza revisora, vino a confirmar su carácter híbrido, entre casacional y tercera instancia.

Cuatro fueron los principales cambios que dicha ley introdujo en el recurso de casación. Estos cambios afectaban a las resoluciones susceptibles de ser impugnadas a través de esta vía, a los motivos en los que podía fundarse el recurso, a la introducción de la llamada casación *per saltum* y a la flexibilización del procedimiento para su tramitación. De todas estas cuestiones me ocupó a continuación.

3.1.1.1. Resoluciones susceptibles de ser impugnadas en casación: la limitación del acceso a esta modalidad impugnativa y, en especial, la limitación del acceso a la casación por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Uno de los objetivos que tuvo la reforma fue limitar el número de resoluciones que podían acceder al recurso de casación. Este cometido se llevó a cabo a través de tres previsiones: se aumentó considerablemente la *summa gravaminis*, se restringió el ámbito material del recurso de casación y se optó por la exigencia de los mismos

⁸²⁹ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley establecía: “Por lo que se refiere al recurso de casación, la reforma, aun teniendo un considerable alcance modificativo, dista de suponer una radical mutación de rumbo. La LEC no dio acogida al que histórica y conceptualmente se fraguó como el recurso de casación que, concentrado en la defensa de la Ley y en su significado unitario, cumplía una misión más política y limitativa del Poder Judicial, que propiamente jurisdiccional (...). Tuvo en cuenta este modelo, más no lo reprodujo en su literalidad, ya que el nombre dado al Tribunal no fue el de casación, ni el único efecto de la sentencia el de la nulidad y el devolutorio, con la excepción del recurso por forma, a la par que, si bien subordinando la impugnación a motivos determinados, vino a permitir al Tribunal Supremo el ejercicio de un cometido jurisdiccional, conjugando así la defensa de la Ley y la uniformidad interpretativa, con el discernimiento jurisdiccional de los derechos de las partes en situación de conflicto. Esta viene a ser una vía media, que si no se identifica, por lo dicho, con el carácter del recurso en su pureza histórica y conceptual, tampoco supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia. La modificación que se introduce sigue situada en la vía media (...)”.

requisitos de admisibilidad tanto para la casación por quebrantamiento de forma como por infracción de ley.

Empezando por la última, debe recordarse que los criterios de admisibilidad del recurso de casación que establecía la LEC en su redacción original no eran los mismos para la casación por infracción de ley que para la casación por quebrantamiento de forma. Mientras que en el primer caso se establecían limitaciones para el acceso al recurso, referidas a la cuantía y a la materia del pleito, no sucedía así respecto a la casación por quebrantamiento de forma. Siempre que una sentencia incurriera en cualquiera de los vicios que podían dar lugar a esta modalidad casacional, el recurso se consideraba procedente con independencia de la materia sobre la que versara el pleito y su cuantía. Como ya se puso de manifiesto anteriormente, esta regulación obedecía a determinados factores de tipo histórico. Pues bien, por primera vez y curiosamente tras la entrada en vigor de la Constitución y de la conversión en derechos públicos subjetivos de determinados principios de la legalidad procesal preconstitucional, la casación dejó de cumplir con carácter general, esto es, para todos los casos, la función de *querella nullitatis* que hasta entonces venía desempeñando. O, dicho en otras palabras, la reforma vino a limitar las posibilidades del recurso de casación como instrumento de tutela judicial de las vulneraciones de los derechos insertos en el 24.1 CE. Las limitaciones que la Ley 34/1984 establecía para el acceso a la casación por infracción de ley se exigieron también para la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Esto tuvo como consecuencia que no todas las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales que hubieran incurrido en determinados vicios procesales, incluidos los que legalmente eran causantes de nulidad, pudieran ser recurridas en casación.

No es difícil imaginar que en la mayoría de esos casos, los litigantes que en segunda instancia sufrieron indefensión como consecuencia del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, no dudaran en acudir al recurso de amparo constitucional con el fin de ver estimadas sus pretensiones debido a la imposibilidad de recurrir en casación. Ésta era la única vía de reparación de los derechos fundamentales procesales que habían sufrido en la segunda instancia. Téngase en cuenta que estamos hablando de una reforma llevada a cabo en el año 1984. El Tribunal Constitucional acababa de comenzar su andadura y estaba tan preocupado por proteger y definir el contenido constitucional de los derechos de los ciudadanos, entre los que se encuentra el 24.1 CE, como de asegurar la vinculación de los poderes públicos, y entre ellos de los Jueces y

Tribunales, a las obligaciones que la Constitución y la ley les imponían. No son pocas las resoluciones que a partir del año 1985 se pueden encontrar en el repertorio de jurisprudencia constitucional referidas tanto a presuntas como a reales vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que, de no haberse aprobado la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la LEC, podían haber sido objeto de recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y, en consecuencia, podían haber sido tuteladas por el Tribunal Supremo. En estos primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, una de sus funciones esenciales era, no sólo depurar el ordenamiento jurídico preconstitucional, sino también orientar a los Jueces y Tribunales a la hora de interpretar las normas conforme a la Constitución. Sin duda, esta tarea llevó aparejada en muchos casos la declaración de inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley procesal llevada a cabo por los órganos judiciales ordinarios. Pero no todo debía ni podía ser objeto de reinterpretación. Por un lado, porque determinados derechos procesales, que en el año 1978 pasaron a ser fundamentales, ya antes estaban reconocidos en la Ley y, en consecuencia, eran objeto de protección jurisdiccional. Lo que quiero poner de manifiesto con todo lo anterior es que la intervención del Tribunal Constitucional en muchos de estos casos, esto es, en aquellos que tras la segunda instancia tenían vedado el acceso a la casación como consecuencia del nuevo régimen de admisibilidad establecido por la Ley 34/1984, no venía motivada por la necesidad de corregir un determinada interpretación de la ley procesal plenamente asentada entre los órganos judiciales y manifiestamente inconstitucional, sino que la intervención del Tribunal tenía su origen en la ausencia de cauces procesales ante la jurisdicción ordinaria para reparar derechos de carácter procesal que podían ser perfectamente tutelados por los órganos judiciales ordinarios.

Sólo a modo de ejemplo se citan las siguientes sentencias estimatorias, dictadas poco tiempo después de la entrada en vigor de aquella norma: SSTC 114/1986, 130/1986, 112/1987, 151/1987, 211/1989, 212/1989, 213/1989, 27/1992, 212/1992, 316/1993, 317/1993, entre muchas otras. En todas ellas, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y declaró la nulidad de la sentencia recaída en los autos del recurso de apelación porque las Audiencias correspondientes habían incurrido en infracciones procedimentales que causaban indefensión. En la STC 112/1987, el Tribunal Constitucional analizó incluso cómo la reforma operada por la Ley 34/1984 impedía precisamente que en ese caso concreto la vulneración del derecho fundamental

podiera haber sido reparada por la Sala Primera del Tribunal Supremo a través del correspondiente recurso de casación. La función de *actio nullitatis* que hasta ese momento había asumido el recurso de casación de forma universal, es decir, para todos los casos, pasó a realizarla el recurso de amparo constitucional, no sólo por la modificación que se operó sobre la casación, sino porque en su lugar, el legislador no estableció ningún mecanismo alternativo para reparar las lesiones en las que incurrieran los órganos judiciales en relación con las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin duda, a esto también contribuyó la supresión del incidente de nulidad de actuaciones. La adopción de ambas medidas –la limitación del recurso de casación como medio universal para la tutela de la infracción de los derechos del art. 24.1 CE y la supresión del incidente de nulidad de actuaciones— tuvieron como contrapartida que el TC tuviera que hacer efectivos determinados derechos procesales cuya tutela podían dispensarla perfectamente los órganos judiciales ordinarios. El entonces Magistrado del TC, F. Rubio Llorente, años después de la entrada en vigor de la Ley 34/1984, de 3 de agosto y tras verificar las consecuencias que arrojó sobre el amparo su aprobación, criticó duramente al legislador con base en dos tipos de consideraciones⁸³⁰. Por un lado, llegó a la conclusión de que el legislador se equivocó, tanto por sus omisiones, como sus acciones. Respecto a esta última, consideró un craso error del legislador la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por no ir acompañada de otra vía que satisficiera las necesidades que cubría la cercenada por el legislador. Las omisiones del legislador en lo que a la tutela de los derechos procesales se refiere, el entonces Magistrado calificó de “clamoroso” que la regulación de la audiencia al rebelde no hubiera sido objeto de alteración alguna desde el S. XIX. Comparto plenamente la posición del Prof. Rubio, pero a sus conclusiones habría que añadir lo que sucedió con la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Las consecuencias que generó esta actuación del legislador en el amparo serán objeto de estudio in extenso en el último capítulo de este trabajo.

Por lo que respecta a las limitaciones establecidas para el acceso a la casación en atención a la cuantía y a la materia, la Ley 34/1984 determinó lo siguiente: Por un lado, en relación con los juicios declarativos ordinarios se mantuvo la procedencia del recurso respecto de las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias en los procesos de mayor cuantía. Sin embargo, en relación con los de menor cuantía se elevó

⁸³⁰ “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *REDC* núm. 35, 1992, pág. 34.

la *summa gravaminis* de trescientas mil a tres millones de pesetas, con dos excepciones únicamente: serían susceptibles del recurso de casación, aunque no alcanzaran la citada cuantía, aquellos asuntos referidos a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas, así como aquellos otros en los que cuantía fuera inestimable o no se pudiera determinar por medio de las reglas establecidas en la propia LEC⁸³¹.

Un sector doctrinal no dudó en criticar la elevación sustancial de la *summa gravaminis*. Según M. Serra Domínguez tal decisión legislativa resultaba incoherente con el significado tradicional de la casación, ya que “si ésta tendiera principalmente a la preservación del *ius constitutionis*, dejando en lugar subordinado al *ius litigatoris*, resultaría difícilmente justificable que fuera la importancia económica del proceso la determinante del acceso a la casación”⁸³². En efecto, llamaba la atención de la doctrina el hecho de que desde la práctica forense se observase que los sectores del ordenamiento en los que había más discrepancias interpretativas y en consecuencia más dispersión jurisprudencial, fuera en aquellos en los que se ventilaban intereses económicos de escaso valor y que la reforma se orientara precisamente por establecer la cuantía del litigio como la clave esencial determinante del derecho de acceso a este medio de impugnación.

Por otro lado y en relación con la limitación del ámbito material del recurso de casación, la Ley 34/1984 invertía la formulación seguida hasta ese momento por la LEC para establecer las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación. Si el texto original de la LEC acogía una redacción en términos de exclusión, esto es, enumeraba las resoluciones que por razones materiales quedaban excluidas del recurso, en el texto de la Ley 34/1984 se contenían aquellas que sí podían ser recurridas en casación⁸³³. Entre las materias que quedaban excluidas de la casación por la nueva Ley

⁸³¹ El artículo 1687.1º establecía como susceptibles de ser recurridas en casación: “las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias en los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía a que se refiere el número 2º del artículo 484 o en los que la cuantía exceda de 3.000.000 de pesetas, sea inestimable o no haya podido determinarse ni aún en forma relativa por las reglas previstas en el artículo 489”.

⁸³² M. Serra Domínguez, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. V. Cortés Domínguez, Madrid, 1985, pág. 787. Ya mucho tiempo antes, P. Calamandrei (*La casación civil. Bosquejo del instituto*, T. III, cit., págs. 423-424) señaló la inadecuación del establecimiento de la *summa gravaminis* como elemento determinante del acceso a la casación, ya que atiende sólo a la protección de los elevados intereses económicos de las partes, pero no al *ius constitutionis*.

⁸³³ El artículo 1687 de la LEC establecía al respecto: “Son susceptibles del recurso de casación: 2º. Los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el apartado anterior, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. 3º. Las sentencias dictadas por las

cabe destacar las relativas a determinados desahucios, a los juicios de alimentos y a las que se tramitaban a través de procedimientos distintos a los declarativos ordinarios, salvo que la Ley dispusiera otra cosa. Sin embargo, no es éste el lugar para entrar a analizar este tema ya que me aparta del objeto principal de la investigación.

3.1.1.2. Los nuevos motivos en los que podía fundarse el recurso.

Por lo que se refiere a los motivos en los que podía fundarse el recurso, se optó por pasar de un sistema de doble lista, esto es, del establecimiento de dos modalidades casacionales, a una sola, prevista en el artículo 1692 LEC. Según este precepto, los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación eran los siguientes:

“1º. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

2º. Incompetencia o inadecuación de procedimiento.

3º. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte⁸³⁴.

4º. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5º. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

La mayoría de la doctrina estimó positiva la nueva regulación introducida por la Ley 34/1984. En realidad, en la nueva lista de motivos se podían subsumir casi todos los establecidos en la regulación anterior⁸³⁵. Es más, al establecerse de forma genérica

Audiencias de desahucio que no tengan regulación especial y las recaídas en los juicios de retracto, cuando en ambos casos alcancen la cuantía requerida para esta clase de recursos en los declarativos ordinarios. Quedan excluidas las sentencias dictadas por las Audiencias en los juicios de desahucio por falta de pago de la renta. 4º. Los laudos en el arbitraje de derecho, cualquiera que sea su cuantía. 5º. Las resoluciones para las que expresamente se admita en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos”.

⁸³⁴ Para que un recurso de casación fundado en tal motivo pudiera prosperar, el artículo 1693 de la LEC exigía que la parte que alegara haber sufrido la infracción que genera indefensión hubiese solicitado su subsanación en la instancia en que aquélla se hubiese cometido, y si hubiese sido en la primera instancia, que se reprodujera tal petición en la segunda, dando así la oportunidad de reparar la infracción procesal causante de indefensión al órgano judicial que conociera del recurso de apelación.

⁸³⁵ El único motivo previsto en la regulación anterior que no quedaba incluido en la nueva lista era la falta de citación para la sentencia definitiva en cualquiera de las instancias. Sin embargo, tal motivo nunca era invocado en la práctica y en realidad no era susceptible de causar indefensión.

la posibilidad de fundar el recurso en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que causaran indefensión, se estaba ampliando considerablemente la posibilidad de invocar a través de esta vía cualquier defecto o vicio procesal que resultara relevante. Algunos de estos vicios procesales podían entenderse incluidos en los derechos derivados del artículo 24.1 CE, que proscibía la existencia de indefensión en el proceso. El problema fundamental que planteaba la redacción del precepto es que dejaba un importante margen de interpretación al aplicador de la norma. Efectivamente, la interpretación del precepto por parte no sólo del Tribunal Supremo sino también y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, que justo en ese momento empezaba a definir a través de los recursos de amparo las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, resultaron claves. Si desde el punto de vista de las resoluciones recurribles en casación, la reforma operada por la Ley 34/1984 reducía las posibilidades del recurso de casación como instrumento idóneo para tutelar las lesiones de los derechos comprendidos en el art. 24.1 CE, desde la perspectiva de los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación se amplió de tal manera que podían ser invocadas a su través cualesquiera de las facetas que entonces, según el TC, integraban el genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Téngase en cuenta que la reforma es del año 1984 y que entonces los derechos a no obtener resoluciones judiciales incuridas en error fáctico patente, en irrazonabilidad o arbitrariedad no están asentados en la doctrina constitucional.

No obstante y en relación con los casos de error patente fáctico, es importante destacar que también se optó por mantener como motivo suficiente para fundar el recurso de casación el error en la apreciación de las pruebas, con lo que se mantenía el carácter de tercera instancia propio de la casación española. Aunque no se amplió el campo de las pruebas en las que podía advertirse el error del juez *a quo* en la fijación de los hechos, se suprimió la referencia al documento “auténtico”⁸³⁶. Esto supuso, aunque de forma limitada, ampliar los poderes de Tribunal Supremo en relación con los errores del juzgador en la *quaestio facti*⁸³⁷.

⁸³⁶ Algunos sectores sociales, como los Colegios de Abogados, y determinados autores, propusieron que la reforma de la casación debería haber incluido la posibilidad de que el Tribunal Supremo corrigiera los errores fácticos en los que hubiera incurrido el juez *a quo*, para lo que podía tener en consideración no sólo la prueba documental, sino también la pericial. Finalmente, el legislador optó por dejar las cosas más o menos como estaban.

⁸³⁷ Según sostuvo J. Almagro Nosete en 1991 (*Derecho Procesal. Parte general. Proceso civil*, con V. Gimeno Sendra, V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, T. I, Vol. I, Valencia, 1991, 5º ed., pág. 90), las reformas establecidas en el recurso de casación diseñado por la LEC de 1881 “[h]an abierto brechas cada vez más amplias en la impugnabilidad de los hechos probados”.

3.1.1.3. La introducción de la llamada casación *per saltum*.

Otra de las novedades esenciales de la reforma fue la introducción del recurso de casación *per saltum*⁸³⁸. A través de esta modalidad impugnativa se permitía el acceso directo a la casación sin pasar previamente por el recurso de apelación. Lo que se pretendía era que cuando la discrepancia entre las partes del proceso se limitara a cuestiones estrictamente jurídicas –relativas a la aplicación o interpretación de una norma de derecho material– la cuestión se resolviera definitivamente por el Tribunal Supremo, sin necesidad de acudir previamente al recurso de apelación. La cuestión jurídica objeto de debate en el pleito era remitida directamente al órgano jurisdiccional que tenía atribuida la competencia para pronunciar la última palabra al respecto, con lo que se acortaba sensiblemente la duración del litigio.

Obviamente, una de las condiciones indispensables para que el Juez *a quo* admitiera la casación *per saltum* era el acuerdo de las partes de renunciar a la apelación con el fin de que el Tribunal Supremo dejara zanjado el asunto cuanto antes. De otra forma se estaría privando a una de las partes de un recurso legalmente establecido, lo cual, según la doctrina del Tribunal Constitucional, supondría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos. Esta conformidad suponía una aceptación por las partes de los hechos declarados probados en el proceso *a quo*.

La casación *per saltum* no procedía en todos los casos en los que cabía la casación ordinaria, sino que quedaba limitada a los números 1º y 3º del artículo 1687 LEC⁸³⁹. Una vez que, tanto las partes como el Juez de Primera Instancia, admitían la procedencia de la casación, el recurso se tramitaba del mismo modo que el recurso de casación ordinario.

⁸³⁸ La previsión del mismo se contenía en el artículo 1688 LEC: “Respecto de las sentencias de primera instancia en los juicios a que se refieren los ordinales 1º y 3º del artículo anterior, las partes, al interponer el recurso de apelación, podrán solicitar también, en el mismo escrito, que se tenga por preparado el recurso de casación por entender que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica.

Del escrito por el que se promueva el recurso de casación directo, se dará traslado a las demás partes personadas para que, en el plazo de cinco días, manifiesten lo que consideren oportuno.

De haber conformidad expresa o si transcurre el plazo sin formularse oposición, se tendrá por preparado el recurso de casación.

El auto del Juzgado resolviendo lo que proceda no será susceptible de recurso alguno, pero en caso de estimarse improcedente el recurso de casación, se tendrá por interpuesto el de apelación”.

⁸³⁹ No procedía el recurso de casación *per saltum* ni contra los autos dictados por las Audiencias ni contra las resoluciones dictadas en procesos especiales.

Debe señalarse, por último, que la utilización de esta modalidad casacional fue muy escasa ya que las partes, por diversos motivos, hacían uso del derecho de acceso a la apelación.

3.1.1.4. Flexibilización del procedimiento de tramitación del recurso.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, si por algo se caracterizaba la casación civil era por su rigor formal. Según la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, una de las prioridades esenciales de la reforma era precisamente suavizar los requisitos exigidos en la LEC para la tramitación del recurso⁸⁴⁰. Los más destacables fueron los siguientes: se suprimió la obligación del recurrente de solicitar en el escrito de preparación del recurso la certificación de la resolución que se pretendía recurrir en casación, se estableció como defecto subsanable la no aportación de los documentos que, según lo dispuesto en el artículo 1706 LEC, debían acompañarse con el escrito de interposición del recurso de casación⁸⁴¹, se suprimió la obligación de calificar en el escrito de interposición del recurso si la sentencia recurrida había incurrido en “violación”, “interpretación errónea” o “aplicación indebida” de la ley, así como la obligación de expresar “en párrafos separados y numerados” los motivos en los que pretendiera fundarse el recurso.

⁸⁴⁰ En la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984 se hace constar al respecto: “La flexibilidad tiene muchas versiones en la nueva ordenación. En conjunto significa el abandono de los rigores del formalismo que apareciendo sin duda alguna en la propia redacción de la Ley que se reforma fueron acentuados y hasta exacerbados por la jurisprudencia, singularmente en los últimos tiempos. Una de las manifestaciones más nítidas del propósito nada obstruccionista, sino, al contrario, facilitador de la defensa, seguido por la reforma, consiste en conceder a las partes, especialmente a la recurrente, oportunidad para salvar determinados defectos de documentación o de otra clase considerados como subsanables, en lugar de erigirlos en causas de inadmisibilidad”.

⁸⁴¹ El artículo 1706 LEC establecía la obligación de aportar junto al escrito de interposición del recurso de casación determinados documentos (el poder de representación a favor del procurador, el resguardo acreditativo de haber constituido el depósito...). Antes de la reforma de 1984, su no presentación resultaba insubsanable, por lo que la Sala procedía *ipso facto* a la declaración de inadmisibilidad del recurso. El artículo 1710.1 LEC, en la nueva redacción dada por la Ley 34/1984, establecía el carácter subsanable de la no aportación de estos documentos, de tal manera que si la Sala observaba dicha deficiencia debía conceder un plazo a las partes para que aportaran los documentos exigidos en la norma. Sólo si el requerimiento no era cumplido en el plazo dispuesto por el Tribunal Supremo, el recurso podía declararse inadmisibile.

Algún sector entendió que la reforma se había quedado a medio camino, ya que si bien se suprimieron ciertas formalidades, se mantuvieron e incluyeron otras que eran claramente innecesarias⁸⁴².

Otra cosa es la línea interpretativa por la que optó la Sala Primera del Tribunal Supremo. Aunque más adelante me referiré a esta cuestión de forma más detallada, conviene hacer ya una breve alusión al hecho de que la interpretación de la ley procesal llevada a cabo por el Tribunal Supremo fue inicialmente corregida por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, aunque en una línea algo menos rigorista que la que le había caracterizado en la etapa preconstitucional, no dudó en exigir de forma rigurosa el cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos en la LEC para la correcta preparación e interposición del recurso de casación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en algunos casos con acierto y en otros siguiendo una línea interpretativa discutible, vino a corregir decisiones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que declaraban la inadmisibilidad del recurso de casación por el incumplimiento de la parte de los requisitos formales previstos en la LEC. Por ejemplo, atendiendo al principio de subsanabilidad de los actos procesales de parte, declaró que la inadmisión del recurso de casación no podía sustentarse en la falta de la firma del letrado o del procurador⁸⁴³. En otros, atendiendo al principio *pro actione* o de interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental, mitigó el rigor interpretativo de la exigencia o carga procesal exigida por la Ley a los recurrentes en casación a la hora de preparar e interponer el recurso de casación⁸⁴⁴.

3.2. Las reformas operadas en la LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.

Tan sólo ocho años después de la reforma de la LEC realizada por la Ley 34/1984, se aprobó la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal (en adelante, LMURP). Dicha norma incidió de manera significativa en el sistema de recursos previsto hasta el momento para el orden jurisdiccional civil.

⁸⁴² *Vid.* en este sentido M. Serra Domínguez, “Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil”, cit., en especial págs. 866 a 904. Entre éstas hay que destacar la regulación que se hizo del escrito de preparación del recurso.

⁸⁴³ *Vid.*, entre otras, las SSTC 115/1990 y 177/1991.

⁸⁴⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTC 57/1984, 69/1984 y 61/1986.

Fueron fundamentalmente tres los medios de impugnación que se vieron afectados: la apelación, la casación y la revisión. Procederé por separado al análisis de cada una de estas reformas.

3.2.1. La nueva configuración de la apelación civil: la exclusión de determinados pleitos civiles del acceso a la segunda instancia.

La Exposición de Motivos de la LMURP calificaba como “relevantes” a las modificaciones operadas en el régimen de la apelación del juicio verbal⁸⁴⁵. Y en efecto lo eran. Por primera vez en el proceso civil determinadas resoluciones judiciales ventiladas en un juicio verbal no tendrían acceso al recurso de apelación. Todas las demandas sobre acciones personales basadas en derechos de crédito de cuantía inferior a 80.000 pesetas serían conocidas en única instancia y, en consecuencia, excluidas del recurso de apelación⁸⁴⁶.

Esta fue finalmente la única modificación que se aprobó a pesar de que el texto del Anteproyecto de Ley era mucho más restrictivo a la hora de permitir el acceso a la segunda instancia. En el Anteproyecto se excluían del recurso de apelación todas aquellas demandas –no sólo las basadas en derechos de crédito— cuyo interés económico no fuera superior a 80.000 pesetas. Pero esta opción no prosperó. El Consejo General del Poder Judicial objetó, haciendo alarde aquí de suma cautela, que era excesivo eliminar la doble instancia en todos los casos basándose en la cuantía del pleito, puesto que en muchas ocasiones los intereses que se ventilaban en esos pleitos no eran únicamente de carácter crematístico sino que entraban en juego otros valores dignos de una mayor protección jurisdiccional⁸⁴⁷. De ahí que el propio Consejo en su

⁸⁴⁵ Según se establece en la Exposición de Motivos esta modificación relevante se inspiraba en la experiencia en el orden laboral, en el que, como tendremos luego ocasión de ver, determinados asuntos de poca cuantía o que necesitaban ser resueltos en un plazo perentorio se conocían en única instancia.

⁸⁴⁶ Así se estableció en el artículo 732 LEC: “las sentencias dictadas en los juicios verbales a los que se refiere el artículo 715 de esta Ley no serán susceptibles de recurso de apelación cuando hayan resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito.”

⁸⁴⁷ El Informe del Consejo decía al respecto de tal supresión: “En principio, aunque se eche de menos la justificación de tal medida restrictiva del derecho a los recursos, debido, como se ha dicho hasta la saciedad, a la inexistencia de una Exposición de Motivos, con todo este Consejo nada tiene que objetar con carácter general a la misma. (...) Sin embargo, lo anterior no puede hacernos olvidar que muchas veces los intereses que se ventilan en esta clase de procesos de mínima cuantía no son única y exclusivamente crematísticos, sino que aparecen revestidos de otros valores dignos de una mayor protección jurisdiccional. Piénsese, a guisa de ejemplo, en reclamaciones basadas en la Ley de Propiedad Horizontal, o en aquellas otras en las que estén en juego determinados derechos reales, (...). Por ello, el

Informe fuera el que recomendara que únicamente se limitara a aquellas demandas que versaran sobre acciones personales basadas en derechos de crédito.

Las opiniones de la doctrina ante tal supresión no se hicieron esperar. Fueron principalmente dos las críticas que se realizaron al respecto. Por un lado, se adujo que el término “acciones personales basadas en derechos de crédito” era poco afortunado debido a la falta de unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de su significado. El legislador acogió pues un término “problemático” a la hora de determinar cuando procedía o no la interposición del recurso, o dicho de otro modo, no fijó con claridad qué asuntos quedaban excluidos del recurso de apelación. Cuando ocurre esto, es obvio que se está dejando en manos de cada Juez la determinación de la procedencia o no del recurso. Por otro, se dijo de la reforma que el establecimiento de una única instancia para el conocimiento de determinados supuestos “amplía el riesgo de arbitrio judicial”⁸⁴⁸.

Debe tenerse en cuenta que en 1984 se había suprimido el incidente de nulidad de actuaciones, por lo que las sentencias dictadas en estos procesos verbales que hubieran incurrido en graves vicios que conllevaran la nulidad de la sentencia por vulnerar derechos del artículo 24.1 CE, sólo podían ser anuladas a través del recurso de amparo constitucional. Las SSTC 327/1994 y 49/1997 son buena prueba de ello⁸⁴⁹. Su lectura permite constatar al lector que el amparo hizo en estos casos las veces de *querrela nulitatis*, a falta de medios de impugnación ante la jurisdicción ordinaria⁸⁵⁰. De no haberse producido la reforma en el sentido indicado, o al menos de no haberse

Consejo General del Poder Judicial se muestra partidario de que sólo se excluyan del recurso de apelación las demandas a que se refiere el artículo 715 de la Ley Procesal Civil que versen sobre acciones personales fundadas en derechos de crédito, admitiéndose, empero, dicho recurso en todos los demás casos”.

⁸⁴⁸ Pueden verse, entre otros, las críticas formuladas por P. Aragonese, “Procesos Especiales y Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho Procesal Civil*, T. II (con J. Guasp), Madrid, 1998. Consciente sin embargo de que la limitación de los recursos de ínfima cuantía no supone la vulneración del artículo 24.1 CE, señala a continuación: “El TC entiende que es perfectamente válido el no permitir recursos contra sentencias de pequeña entidad cuantitativa invocando los principios de seguridad jurídica y el de «celeridad en la resolución de conflictos, que requieren mayor atención, en estos momentos, antes que el igualdad». Olvida el TC que la igualdad es un derecho fundamental, mientras que los otros no son sino principios informadores del ordenamiento positivo. Este recorte impugnativo debe ser criticado: la imposibilidad de recurrir amplía el riesgo de arbitrio judicial. En casos de duda sobre el alcance de la norma, como la no recurribilidad puede ser causa de indefensión, es posible que se planteen sobre esta cuestión recursos de amparo, con lo que se sustituye un recurso ordinario y simple por otro más complejo”.

⁸⁴⁹ Y con toda seguridad no son las únicas, por lo que se citan sólo a modo de ejemplo.

⁸⁵⁰ En ambos casos, el error del Juez de Primera Instancia a la hora de llevar a cabo bien la citación para el acto del juicio, bien el conocimiento del proceso, llevó a que una de las partes del proceso se viera indefensa y de ahí que en ambos casos se declarara la nulidad de la sentencia por vulneración del artículo 24.1 CE.

suprimido también el incidente de nulidad de actuaciones en el año 1984, los errores judiciales que causaran indefensión a una de las partes del proceso podrían haber sido corregidos a través del recurso de apelación, o de haber existido, a través del incidente de nulidad de actuaciones. En el Antecedente núm. 4º de la STC 327/1994, la Sala Primera del Tribunal Constitucional señala que una vez presentado el recurso de amparo y antes de determinar su admisibilidad, su Sección Segunda acordó conceder a la parte recurrente un plazo de diez días para que acreditara el agotamiento de la vía judicial previa. En la sentencia no se hace más referencia a este asunto, salvo en el mismo antecedente para señalar que se cumplían todos los requisitos de admisibilidad. Pero con tal requerimiento, el Tribunal parece querer asegurarse de que el amparo era el único remedio a disposición del recurrente para vindicar sus derechos. Esto es, da la impresión de que al propio TC le parece mentira que no exista ningún cauce en la jurisdicción ordinaria para conocer de este asunto. Esta sentencia, y las demás mencionadas, dictadas por el Alto Tribunal no aportaban nada nuevo desde el punto de vista material, esto es, no añadían ninguna novedad respecto a la doctrina constitucional sobre la indefensión. No se trataba de supuestos que el Tribunal quisiera aprovechar para cambiar o matizar su doctrina anterior. De ahí que el amparo en estos casos tuviera un marcado carácter subjetivo, haciendo las veces de un cauce para anular sentencias por vulneración de derechos fundamentales que perfectamente podían haberse incardinado en la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, vuelve a ponerse de manifiesto cómo una reforma del sistema de recursos incide directamente, no sólo en el número de asuntos que acceden al Tribunal Constitucional, sino en el papel que este último tiene que adoptar como consecuencia de la inexistencia de cauces procesales en la jurisdicción ordinaria.

3.2.2. La reforma de la casación: una vuelta a los orígenes.

Como ha apuntado la doctrina, una de las mayores transformaciones que ha sufrido el recurso de casación civil en nuestro país fue la realizada por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Si la Ley 34/1984 vino a confirmar el modelo adoptado en 1881, que se apartaba considerablemente de la idea originaria del recurso de casación para recordar más a una tercera instancia, en 1992 el legislador optó

decididamente por alejarse de este modelo para sustituirlo por otro que se asemejara más a su forma genuina.

Este cambio de orientación obedeció a diversos factores, aunque lo que realmente motivó la reforma fue la imposibilidad de que el Tribunal Supremo compaginara exitosamente la defensa del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*, debido a la gran cantidad de asuntos que accedían a este Tribunal a través del recurso de casación. La función del Tribunal Supremo, al conocer de esta clase de recursos, no se limitaba a fijar la mejor interpretación de la ley, sino también a atender cuestiones, como el error en la apreciación de las pruebas, que tenían por único objeto la defensa del *ius litigatoris*.

Según la Exposición de Motivos de la LMURP uno de los objetivos de la reforma era adecuar “el recurso de casación a las tendencias actuales, que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia”. Las tesis sostenidas pocos años antes por algunos procesalistas, entre los que destacaba J. Guasp, fueron abandonadas y se inició el camino de la vuelta a los orígenes. No faltaron autores que se pronunciaron en contra de este nuevo rumbo de la casación. Para este sector crítico, debía seguir manteniéndose como fin esencial de la casación la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos⁸⁵¹. La toma de postura de este sector doctrinal no lo era contra una determinada regulación puntual, ni tan siquiera contra la posible inadecuación de las nuevas medidas adoptadas para la consecución de los objetivos que la Ley perseguía, sino contra el nuevo modelo casacional que se empezaba a diseñar y a poner en marcha. Hasta tal punto llega el desencuentro en la doctrina, sobre todo en la procesalista, que no faltan autores que a día de hoy siguen cuestionando la corrección de un sistema casacional que pone el énfasis en la defensa del *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*⁸⁵². Este debate está relacionado claramente con otro sobre el modelo

⁸⁵¹ Puede verse en este sentido J. Montero Aroca, *La reforma de los procesos civiles: comentarios a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Madrid, 1993, págs. 291 y ss.

⁸⁵² Es de esta opinión M. Laredo Colunga (*La casación civil. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2004, pág. 11, nota 319), quien mantiene que el cambio de orientación que se dio a la casación en la reforma llevada cabo por la LMRP no estaba justificado al ampararse, según la Exposición de Motivos de esa norma, en unas “tendencias actuales” que ni siquiera se justificaban: “más bien al contrario, nos parece que este cambio de concepción implica el acogimiento de premisas ya superadas en los albores del siglo XIX, y que en ningún momento puede afirmarse que respondan ni a nuestra casación histórica, ni mucho menos a las «tendencias actuales». No encontramos por tanto argumentos que justifiquen el olvido del interés del litigante, pues seguimos defendiendo que se trata del aspecto preponderante en la casación, ya que se configura como un recurso para la obtención de la tutela judicial efectiva, y ello a pesar de que el legislador pretenda canalizar otras pretensiones por esa vía”.

casacional que se ajusta más a los postulados constitucionales. Para unos, el recurso de casación ha de ponerse en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, con la defensa de los derechos e intereses subjetivos de los ciudadanos; para otros, sin embargo, el artículo 123.1 y el 24 CE, en relación con el 14 y 9.3 de esta norma, ponen de manifiesto que la función a desempeñar por el Tribunal Supremo es diferente a la que realizan los demás órganos jurisdiccionales. Son los jueces y tribunales inferiores, y no el Tribunal Supremo, los que ocupan la primera línea en la tarea de proteger los derechos e intereses subjetivos de las partes. El Tribunal Supremo, por su parte, debe garantizar a través de la casación una cierta igualdad en la aplicación de la ley y la vigencia del principio de seguridad jurídica.

A pesar de las objeciones planteadas, el legislador, no sin algunas incoherencias, optó por remarcar la dimensión objetiva del recurso sobre la subjetiva. La misión fundamental del Tribunal Supremo ya no consistiría en buscar la justicia del caso concreto, sino en “velar por la recta aplicación de la Ley y en la creación de una doctrina uniforme”⁸⁵³.

Para lograr tales objetivos, se modificaron tres aspectos centrales del recurso: por un lado, se limitaron tanto las resoluciones que podían ser impugnadas a través de esta vía como los motivos en los que podía fundarse el recurso y, por otro, se ampliaron las causas determinantes de la inadmisión del recurso de casación, concediendo así una mayor libertad al Tribunal Supremo a la hora de controlar los asuntos que tendrían entrada a su sede a través de este medio de impugnación. Asimismo, y para evitar que el Tribunal Supremo siguiera tan centrado en comprobar y en controlar si se había dado cumplimiento a los requisitos de forma establecidos en la ley en los escritos de preparación e interposición del recurso, se procedió, según la Exposición de Motivos de la LMURP, a “regular el trámite de admisión lejos de todo formalismo”. Ya veremos, sin embargo, que la consecución de tal objetivo fue inútil ya que igual o incluso más que antes, la Sala Primera del Tribunal Supremo siguió dedicando grandes esfuerzos a este asunto.

3.2.2.1. Motivos que podían dar lugar al recurso: la eliminación del control de la *quaestio facti*.

⁸⁵³ Así se estableció en la Exposición de Motivos de la LMURP.

Los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación experimentaron cambios trascendentales. Sin duda el más importante fue la supresión del apartado 4º del artículo 1692 LEC, esto es, la posibilidad de fundar el recurso de casación en el error en la apreciación de la prueba⁸⁵⁴. Es evidente que si lo que se pretendía era redefinir el recurso y acercarlo a su concepción originaria, carecía de sentido el mantenimiento de motivos que tuvieran por objeto tan sólo la protección del *ius litigatoris* y que fueran más propios de una tercera instancia. Y la corrección de los errores fácticos en los que hubiera podido incurrir el juzgador de instancia era uno de ellos.

Algunos sectores doctrinales, así como el CGPJ venían solicitando desde hacía tiempo la supresión de este motivo casacional pues, según éstos, era imposible que el Tribunal Supremo pudiera desempeñar de forma correcta su principal cometido, esto es, la defensa de la ley y la unificación de la doctrina, teniendo que ocuparse a su vez de reparar errores como la equivocación del juzgador *a quo* en la fijación de los hechos, sobre todo, teniendo en cuenta el número creciente de asuntos que accedían al Tribunal a través de la casación. Era necesario seleccionar asuntos para que el Tribunal pudiera centrar sus esfuerzos en la consecución de los “verdaderos” objetivos de la casación.

Debe resaltarse que el Consejo General del Poder Judicial abogó por la eliminación de ese motivo debido a que la apelación estaba “regulada adecuadamente”⁸⁵⁵. Parece pues que la opinión del Consejo hubiera sido distinta si no hubiese habido apelación o ésta no hubiera estado bien configurada⁸⁵⁶. Vuelve a ponerse en evidencia una idea que ha estado latente en las páginas anteriores: la configuración de la casación no es un problema aislado, sino que está íntimamente relacionado con la previsión y regulación de los demás medios de impugnación. Adelanto ya que estas premisas, tan presentes en la modificación de la casación civil, fueron absolutamente ignoradas en otros órdenes jurisdiccionales, como en el contencioso-administrativo.

⁸⁵⁴ Obviamente, esta afirmación es matizable. El Tribunal Supremo podía y debía seguir entrando en la *quaestio facti* siempre y cuando la resolución impugnada hubiera vulnerado las normas reguladoras de la prueba. El objeto de la reforma, lo que en verdad impedía, era que el recurso de casación hiciera las veces de una tercera instancia y fuera utilizado para corregir aquellos errores fácticos que, aun directamente detectables a partir de las pruebas practicadas, no tuvieran su origen en la infracción de las normas reguladoras de la prueba, sino en el despiste o en la negligencia del juez de instancia.

⁸⁵⁵ Así se estableció en el informe que el Consejo General del Poder Judicial emitió al Proyecto de Ley.

⁸⁵⁶ Como ya hemos visto, esta opinión ha sido manejada por algunos autores entre los que cabe destacar a M. Taruffo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, cit.

Sin embargo, me parece que las conclusiones extraídas por el Consejo fueron insuficientes, pues sólo tuvieron en cuenta la regulación de la apelación pero no de otros medios de impugnación. Como se ya expuso en la primera parte del trabajo, en otros países se disponía de mecanismos distintos a la casación para recurrir contra los errores fácticos en los que hubiera podido incurrir el juzgador de instancia. Ese era el caso de la revocación italiana, instrumento procesal homologable a nuestra revisión. En la revocación italiana, a diferencia de lo que sucedía con nuestro recurso de revisión, no sólo podían dar lugar a la rescisión de la sentencia determinados acontecimientos extraprocesales, sino también aquellos otros que se hubieran debido a la actuación errónea del juez, entre ellos, el error evidente –patente– del juzgador en la consignación de los hechos probados. Quizá el legislador perdió aquí una oportunidad para ampliar el objeto de la revisión española. Si excluía de la casación ese motivo, lo idóneo hubiera sido ampliar la revisión para aquellos supuestos en los que el juez de apelación cometiera errores de bulto, bien por despiste o negligencia, en la consignación de los hechos probados y que de haberse hecho constar correctamente en la sentencia hubieran alterado, en todo o en parte, el sentido del fallo. Ya expuse, cuando di cuenta de la regulación preconstitucional, que el legislador de 1881 no previó este motivo como causa de revisión y que esto era comprensible puesto que el mismo podía alegarse, aunque sólo cuando concurrieran determinados requisitos, en casación. El retorno a la idea original del recurso de casación hubiera sido razón suficiente para ampliar los motivos de la revisión.

No obstante, es preciso señalar que aunque la LEC dejara fuera del control casacional la corrección de la cuestión fáctica, la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha renunciado del todo a entrar en este terreno. En efecto, además de aquellos casos en los que el error de hecho se produce como consecuencia de la infracción de las normas reguladoras de la prueba, el Tribunal Supremo ha entrado de lleno en el terreno de los hechos a través de lo que ha denominado la “integración del *factum*”. Según esta doctrina, el Tribunal Supremo estaría legitimado para completar o integrar el relato fáctico llevado a cabo por el juez de instancia en aquellos casos en los que éste resulte claramente insuficiente a la vista de la prueba practicada. A través de esta doctrina se pone de manifiesto que el Tribunal Supremo no analiza la sentencia recurrida en casación como un hecho aislado, esto es, al margen de los avatares del caso concreto, sino que por el contrario, analiza todas las actuaciones. Así, si el Tribunal Supremo

observa que el órgano judicial de instancia no tomó en consideración determinados hechos probados podrá integrarlos en el relato fáctico.

De esta doctrina no cabe deducir, sin embargo, que la casación sea un medio adecuado para la corrección de errores fácticos, incluso evidentes o patentes, contenidos en la sentencia. Y esto por varias razones. En primer lugar, porque la doctrina de la integración del *factum* no se entiende por el Tribunal Supremo como un derecho de las partes, sino como una facultad del propio Tribunal, lo que supone que no se admite como motivo casacional. En segundo lugar, porque ha de referirse a hechos complementarios, es decir, no esenciales o centrales. Y en tercer lugar, porque la integración de estos hechos complementarios no puede contradecir la valoración de la prueba que hubiere llevado el juez *a quo* en la instancia⁸⁵⁷.

3.2.2.2. Nueva limitación de las resoluciones recurribles en casación.

Por lo que se refiere a las resoluciones que, con carácter general⁸⁵⁸, podían ser impugnadas en casación, se mantuvo la procedencia de este recurso frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los juicios declarativos de mayor cuantía. En relación con las dictadas en los procesos de menor cuantía se introdujeron novedades importantes: se elevó la *summa gravaminis* en un 100%, es decir, de tres a seis millones de pesetas⁸⁵⁹ y en relación con los asuntos de cuantía indeterminada, que en la normativa anterior tenían acceso a la casación sin excepción alguna, se estableció que cuando la sentencia de primera y segunda instancia

⁸⁵⁷ Esta es una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo muy consolidada. Pueden verse, entre otras las SSTs de 19 de diciembre de 2003 [RJ 2003, 9305], 28 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3332] 3 de junio de 2005 [RJ 2005, 6318]. En esta última, la Sala del Tribunal Supremo estableció en el FJ 2º: “La denominada «integración del factum» no puede servir de fundamento a un motivo, es una facultad de este Tribunal, y, además, tiene carácter excepcional y ha de referirse a hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial, sin que pueda contradecir la apreciación probatoria de dicha resolución, ni exigir una nueva valoración por la Sala de Casación.”

⁸⁵⁸ En este trabajo se da cuenta únicamente de la regla general, ya que se establecían también determinadas especialidades respecto de algunas materias y de algunos asuntos que según la LEC debían ser tramitados por cauces procedimentales específicos y que estaban excluidos en todo caso del recurso de casación con independencia de su cuantía.

⁸⁵⁹ Sólo existía una excepción a esta regla general contenida en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En ella se establecía la cuantía de 1.500.000 pesetas para el acceso a la casación en los pleitos que versaran sobre arrendamientos de vivienda.

fueran conformes de toda conformidad ésta no sería impugnabile⁸⁶⁰. En todo caso, quedaban excluidas de la casación las sentencias dictadas en los juicios verbales y en los de cognición con independencia de la cuantía del pleito⁸⁶¹.

Tal y como se señaló en relación con las novedades introducidas por la Ley 34/1984, resultaba un tanto incoherente establecer como uno de los criterios determinantes del acceso a la casación la cuantía del asunto si lo pretendido por la norma era acercar este recurso a su sentido originario⁸⁶². Un tanto de lo mismo puede decirse en relación con la segunda de las causas introducidas en la LEC: la conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia. La introducción de esta causa hubiera resultado más coherente o lógica en la regulación anterior, esto es, en una casación más parecida a una tercera instancia o a una revisión, en la que la conformidad de las dos sentencias permitiría presumir la justicia de su parte dispositiva, pero no en el nuevo sistema que se pretendía poner en marcha, en el que lo determinante no era remediar la equivocación del juez en el caso concreto sino fijar criterios interpretativos de carácter general válidos para todos los casos. Como sostenía P. Calamandrei, carecía de sentido introducir esta medida restrictiva en la casación puesto que atiende más a una circunstancia derivada del interés de las partes –el acierto o la justicia del caso concreto– que a la función institucional que desempeña el recurso de casación⁸⁶³.

En definitiva, aunque el legislador había optado claramente por reforzar el carácter nomofiláctico del recurso de casación, los criterios seleccionados de los que se hacía depender la procedencia del recurso resultaban un tanto incoherentes. Quizá por

⁸⁶⁰ No obstante, debe señalarse que se optó por mantener la casación contra las sentencias dictadas en los juicios de menor cuantía relativos a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.

⁸⁶¹ Aunque a través del procedimiento verbal sólo se conocían asuntos cuya cuantía no excediera de 80.000 pesetas, el legislador estableció que éste sería también el cauce adecuado para la tramitación de los asuntos que tuvieran por objeto la reclamación por daños derivados de accidentes de circulación, con independencia de la cuantía reclamada. Las sentencias recaídas en esta clase de juicios, a pesar de superar con creces la *summa gravaminis* para el acceso a la casación, estaban excluidas del acceso a este recurso.

⁸⁶² Y máxime teniendo en cuenta que la elevación en un 100% de la *summa gravaminis* no respondió, según la mayoría de la doctrina, a una actualización debido a la depreciación de la moneda, sino a un intento por limitar claramente el número de asuntos que entraban al alto Tribunal. *Vid.*, en este sentido, R. Fernández Montalvo y J. A. Xiol Ríos, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal I. La reforma del proceso civil*, Valencia, 1992, pág. 307 y ss.

⁸⁶³ Según señaló P. Calamandrei (*La casación Civil. Bosquejo general del Instituto*, T.III, cit. pág. 425-426), refiriéndose al recurso de revisión alemán, la existencia de circunscripciones judiciales dependientes de un solo tribunal de apelación, unida a la exclusión del recurso de casación de la llamada “doble conforme” puede producir una consolidación de un criterio jurisprudencial contrario al mantenido por el Tribunal de casación. Esto demuestra, según el autor, “la inaplicabilidad de esta medida restrictiva (...) al recurso de casación”.

ello, algunos autores, que estaban de acuerdo con la pretendida filosofía inspiradora de la reforma, señalaron que en realidad ésta se hizo “más con la idea de descargar y *quitar* papel al TS que con una concepción clara de cuál debía ser su función”⁸⁶⁴.

3.2.2.3. Las nuevas causas de inadmisibilidad del recurso de casación conectadas con el fondo del asunto: la traslación a la jurisdicción ordinaria de las causas de inadmisión del amparo constitucional.

Por lo que respecta a las causas determinantes de la inadmisión del recurso, las novedades introducidas por la Ley son también destacables. Desde que la LEC entró en vigor en 1881 hasta la reforma llevada a cabo en 1992, las causas de inadmisión establecidas eran precisas y tasadas de tal forma que no dejaban margen de maniobra en su apreciación a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sin embargo, esta Sala dedicó muchos esfuerzos al establecimiento de una doctrina sobre cómo debían ser interpretados los requisitos de forma establecidos en la LEC en relación con los escritos de preparación e interposición del recurso. La Sala, como ya se ha dicho, era no sólo rigurosa sino también rigorista a la hora de exigir el cumplimiento de los citados requisitos. Llegó a ser incluso más exigente de lo que la propia Ley disponía. Pero más allá de esto, carecía de poder alguno para decidir qué asuntos eran en realidad relevantes para ser conocidos a través de este medio de impugnación⁸⁶⁵.

La Ley 30/1992 introdujo nuevas causas de inadmisión que dejaban abierto un margen de libre valoración a la Sala y que estaban conectadas no con requisitos referidos a la forma y al tiempo de su interposición, sino directamente con el fondo del asunto. Así, junto a las causas que ya estaban previstas en la LEC y en las que apenas se produjeron retoques, se añadieron dos nuevos números al artículo 1710 LEC que adicionaron tres nuevas causas de inadmisión, a saber: (i) que el recurso careciera manifiestamente de fundamento, (ii) que se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y (iii) que en los casos en los que no se hubiere determinado la cuantía, la Sala estimara que el asunto no superaba la exigida para el

⁸⁶⁴ Vid. I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con A. de la Oliva Santos, Madrid, 2000, pág. 457.

⁸⁶⁵ Debido a que la casación entonces era más parecida a una tercera instancia, carecía de sentido otorgar poderes al Tribunal, por pequeños que fueran, para seleccionar los asuntos. Todos eran importantes en la medida en que la defensa del *ius litigatoris* era una finalidad esencial del recurso.

acceso a la casación⁸⁶⁶. Es evidente que los dos primeros motivos conferían a la Sala un cierto poder para impedir el acceso a la casación de determinados asuntos, bien por “carecer manifiestamente de fundamento”, bien porque el mismo se refería a cuestiones ya resueltas y decididas por el Tribunal en otros recursos “sustancialmente iguales”. Respecto a la primera de las causas, la redacción del precepto permitía muy diversas interpretaciones, lo que posibilitaba al TC aducirlo en un sinnúmero de asuntos por causas absolutamente heterogéneas⁸⁶⁷. Por lo que respecta a la segunda, algunos autores criticaron su inclusión en el orden jurisdiccional civil debido a la dificultad de que en las relaciones entre privados se dieran casos “sustancialmente iguales”.

El establecimiento de estas nuevas causas constituía según el Consejo General del Poder Judicial “una opción política legislativa tendente a evitar el exceso en el uso de la vía casacional”⁸⁶⁸. Este tipo de normas “abiertas” reguladoras de los requisitos de admisibilidad de los recursos tenían un claro antecedente: el artículo 50 LOTC en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/1988. Se trataba de ensayar en la jurisdicción ordinaria lo que ya se había puesto en marcha en la jurisdicción constitucional con el fin, no sólo de aliviar la sobrecarga de trabajo del TC, sino también de conferir al recurso una mayor dimensión objetiva⁸⁶⁹. Algunos procesalistas, como A. de la Oliva Santos, eran partidarios de no trasladar a la jurisdicción ordinaria las normas reguladoras de la admisión de los recursos de amparo por el temor a que los asuntos fueran rechazados *in limine litis* y por ello se mostraron claramente en desacuerdo con la reforma⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Los apartados 3º y 4º del artículo 1710 establecían:

“3º. Asimismo dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolver definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad.

4º. Se inadmitirá el recurso, con iguales efectos que los prevenidos en las reglas anteriores, cuando no se hubiese determinado la cuantía conforme a las reglas aplicables si la Sala considera que, notoriamente, no supera los límites que establece el número 1º del artículo 1687”.

⁸⁶⁷ Así, podría entenderse que un asunto carece manifiestamente de fundamento porque, entre otros motivos, a través del mismo se pretende una revisión de las pruebas o del relato fáctico de la sentencia, o porque el escrito de interposición no contiene fundamentación jurídica o porque no tiene interés casacional, en el sentido de que el pleito versa sobre una materia sobre la que no merece la pena un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

⁸⁶⁸ *Vid.* el Informe del Consejo al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

⁸⁶⁹ En el seno de la jurisdicción ordinaria, no fue el orden civil el primero en acoger las causas de inadmisión previstas por primera vez en la LOTC respecto al recurso de amparo, sino el penal. En el último apartado de este capítulo me referiré a este tema.

⁸⁷⁰ En este sentido, De la Oliva, entonces miembro del Consejo General del Poder Judicial, criticó, en oposición a la mayoría del Consejo, la reforma llevada a cabo en 1992, afirmando: “Cuando la Ley

Las tesis de este sector doctrinal no prosperaron y finalmente se introdujeron en la Ley con el fin de aliviar la carga de trabajo del Tribunal Supremo puesto que permitían resolver de forma rápida asuntos que, aun siendo susceptibles de ser recurridos en casación, podían considerarse manifiestamente infundados. A esta supuesta ventaja, un sector doctrinal opuso que si las nuevas causas de inadmisión se aplicaran de forma rigurosa poco aliviarían la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo, por lo que cabía sospechar que fueran interpretadas y aplicadas con el riesgo de una sumaria denegación de justicia *ab initio*⁸⁷¹. El ahorro de esfuerzos por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo debía considerarse, sin embargo, un tanto relativo, puesto que el legislador previó que para inadmitir por estas causas, además de una decisión unánime, se diera audiencia al recurrente antes de dictar una resolución definitiva en este sentido⁸⁷².

Más adelante me referiré más en detalle a la interpretación jurisprudencial que se hizo de estos preceptos y a las garantías previstas para estimar estas causas de

Orgánica del Tribunal Constitucional introdujo en el ordenamiento jurídico español, en contra de su tradición multisecular, este cierre del proceso por cuasisentencia adelantada confiamos en que la invocación no pasara de la especial jurisdicción constitucional a la jurisdicción ordinaria. Sin la jurisdicción constitucional habíamos vivido no pocos años, y podíamos, en definitiva, seguir viviendo. Insufrible, sería en cambio, que la inadmisión –con su poco elevado espíritu inspirador– se estableciese en la jurisdicción ordinaria. Por eso al comprobar cómo el Tribunal Constitucional utilizaba el rechazo «in limine litis» para aliviar su carga de trabajo y cómo en 1998 obtenía del legislador más expeditivos instrumentos legales (simple providencia) para descartar el conocimiento de muchos recursos de amparo, fue en aumento el temor a que se trasplantase a la Justicia ese prejuicio obstativo del proceso (...) El Anteproyecto que hoy nos ocupa pretende llevarla, por fin, a todos los ámbitos casacionales y en el Pleno de este Consejo hemos visto espontánea y autorizadamente confirmado, por decididos partidarios de la reforma, el acierto de vaticinar un futuro tránsito de la novedad –por qué no si se basa en la «sobrecarga»– a otros institutos procesales. Defiendo aquí, frente a la claudicación del pragmatismo ante los grandes números (convenientemente exagerados en su importancia) el pensamiento de la mejor tradición jurídica española, que cabe resumir así: vale más que se haya de resolver cada año sobre unas cuantas pretensiones estrafalarias o clarísimamente infundadas o que hayan de reiterarse sentencias sobre asuntos repetidos, que correr el riesgo de una sumaria denegación de justicia”. Tomo el dato de L. Martín Calcerrada y Gómez, *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril*, Madrid, 1992. Las críticas emitidas por De la Oliva están transcritas en el citado libro “a los meros efectos de publicidad dada su cualidad de miembro de ese Consejo y Catedrático de Derecho Procesal”. No obstante, también puede consultarse el libro de A. Gil Robles, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1996. En él se describen los antecedentes de la reforma de las causas de inadmisión de la casación civil llevadas por la Ley 10/1992 así como la posterior interpretación que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo hizo de las mismas.

⁸⁷¹ Sobre todo, porque en el fondo, no dejaba de existir una contradicción. Desde mi punto de vista, ya sólo el hecho de introducir causas de inadmisibilidad conectadas con el fondo del asunto retrasa el trámite de admisión, pues obliga a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a examinar, aun de forma somera, el fondo de todos y cada uno de los recursos que acceden al mismo.

⁸⁷² El artículo 1710.3ª disponía: “Asimismo, dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesta la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad”.

inadmisión. Por el momento, baste con adelantar que en buena medida se cumplieron algunos de los pronósticos que la doctrina había puesto de manifiesto y a los que he hecho mención anteriormente.

3.2.2.4. La alteración de la competencia para conocer del recurso de casación.

Como ya se ha adelantado, los Tribunales Superiores de Justicia previstos en el artículo 152.1 de la Constitución vinieron a culminar la organización judicial en el territorio de cada Autónoma. Sin embargo, en la reforma operada en el proceso civil en 1984, de la que se ya ha dado cuenta, a dichos órganos jurisdiccionales no se les atribuía competencias debido, por un lado, a que ni tan siquiera estaban constituidos todavía y, por otro, porque todavía no se había aprobado la LOPJ.

Fueron esta última norma y, posteriormente, de forma más detallada, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial, las que atribuyeron competencias casacionales a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto del Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas. En un primer momento, la LOPJ estableció que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia conocerían del recurso de casación cuando éste se fundara en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la respectiva Comunidad Autónoma. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sería competente para conocer de los recursos de casación que se fundaran en infracción del Derecho civil común y las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de aquellos otros que se fundaran en normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. Esta regulación no preveía cuál sería el órgano competente para conocer del recurso cuando éste se fundara tanto en infracción de normas de Derecho civil común como en normas del Derecho foral o especial propio de la Comunidad Autónoma⁸⁷³. La LDyPJ vino a colmar esta laguna. El artículo 54 de esta norma atribuyó el conocimiento del recurso de casación que pretendiera fundarse conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y foral o especial propio de la Comunidad Autónoma a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Esta regulación fue criticada por parte de

⁸⁷³ Por el contrario, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ, siempre que el recurso se fundara en infracción de precepto constitucional, con independencia de que el Derecho aplicado fuera común o foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, la competencia para conocer del recurso de casación la ostentaba la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

la doctrina, que consideraba inadecuado que fueran las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, y no el Tribunal Supremo, las competentes para conocer del recurso de casación en estos casos. Esta circunstancia podía llevar a la difícil tesitura de que algunos Tribunales Superiores de Justicia mantuvieran criterios interpretativos distintos al sostenido por el Tribunal Supremo en relación con las normas de Derecho civil común sin que existiera ningún mecanismo que permitiera hacer valer la interpretación de este último frente a la realizada por los Tribunales Superiores de Justicia. Esto equivalía a admitir que, en determinados casos, la última palabra respecto al Derecho civil común la tendrían las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, que podrían hacer caso omiso de la jurisprudencia creada por el Tribunal Supremo.

Pocos años después de la aprobación de la LDyPJ, desoyendo a estas críticas doctrinales, la LMURP vino a confirmar esta regulación, frente a la que la doctrina continúa manifestando su desaprobación⁸⁷⁴.

3.2.3. La reforma del recurso de revisión.

La LMURP afectó también a la regulación del recurso de revisión. Su configuración continuó siendo la misma pero cambió el órgano que debía conocer del mismo. Con el objeto de reducir la sobrecarga de trabajo de la Sala Primera del Tribunal Supremo y de dar más atribuciones a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, la LMURP dio nueva redacción al artículo 1801 LEC, que quedó del siguiente modo: “El recurso de revisión se interpondrá ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No obstante, cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por un Juzgado o Audiencia con sede en una Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía así lo haya previsto, del recurso de revisión conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de acuerdo con lo previsto en este Título”. La atribución de la competencia para conocer de este recurso a los Tribunales Superiores

⁸⁷⁴ La LMURP derogó el artículo 54 de la LDyPJ y modificó la redacción del artículo 1730 LEC, acogiendo en este precepto el contenido del artículo 54 LDyPJ. La redacción del artículo 1730 LEC quedó como sigue: “Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundare en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.”

de Justicia no se hizo en función del Derecho aplicable al caso, sino tan sólo en atención a los dos factores previstos en el precepto apenas transcrito: que la sentencia procediera de un órgano judicial radicado en la Comunidad Autónoma y que el Estatuto de Autonomía atribuyera esta competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

Por lo demás, las cosas quedaron más o menos como estaban. Los motivos en los que podía fundarse el recurso de revisión siguieron circunscritos a hechos y circunstancias extraprocesales, esto es, ajenas por completo a la actuación del órgano judicial en el transcurso del proceso. Como ya se ha dicho anteriormente, la exclusión del control de la *quaestio facti* del recurso de casación podía haber sido la excusa para la ampliación de los motivos de revisión. Sin embargo no fue así.

3.3. El sistema de recursos previsto por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*.

3.3.1. Algunas cuestiones generales: la inaplicabilidad del sistema de recursos extraordinarios previsto en el articulado de la LEC.

Tras algo más de un siglo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dejó de ser objeto de reformas parciales y se aprobó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁸⁷⁵. Esta norma, según su Exposición de Motivos, “(...) se ha elaborado, rechazando, como método para el cambio la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios”⁸⁷⁶.

Lo que pretende la Ley es establecer un modelo nuevo y no simplemente la corrección o refundición de las normas antes existentes. En la Exposición de Motivos se hace referencia constante a su finalidad, la “efectividad de la tutela”, y aunque según nuestro Tribunal Constitucional ésta no consiste en el derecho al acierto judicial, tal expresión u otras muy parecidas aparecen hasta seis veces en dicho texto⁸⁷⁷. Esto, sin

⁸⁷⁵ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

⁸⁷⁶ Así se expresa en la Exposición de Motivos de la norma.

⁸⁷⁷ Así, en el apartado II de la Exposición de Motivos se hace referencia por dos veces a este término: “(...) esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se alinea con las tendencias de reforma universalmente consideradas más razonables y con las experiencias de más éxito real en la consecución de una tutela

duda, ha debido afectar a la regulación de los medios de impugnación previstos en la nueva LEC. Sin embargo, ya han pasado más de once años desde que se aprobara la nueva norma y todavía no se ha puesto en marcha el nuevo régimen de recursos extraordinarios diseñado por ella⁸⁷⁸.

Esto se debe fundamentalmente a que la aplicación de determinados preceptos de la LEC depende de una reforma de la LOPJ. Concretamente, es necesaria la reforma de aquellos preceptos reguladores de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia puesto que éstos, según dispone la LEC, pasarían a ser una de las piezas centrales en el diseño de los recursos extraordinarios, en la medida en que se les pretende atribuir la competencia para el conocimiento de uno de éstos. Los medios de impugnación que son calificados como extraordinarios por la LEC son el de casación y el de infracción procesal. Mientras que el conocimiento del primero de ellos se sigue atribuyendo a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el del segundo se atribuye en la LEC a los Tribunales Superiores de Justicia. Es esta última previsión de la LEC la que obligaba a una reforma de la LOPJ con el fin de que fuera esta última norma la que de forma explícita atribuyera a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. Debido a que la regulación de la casación se ha hecho teniendo en cuenta la existencia del recurso extraordinario por infracción procesal, la aplicación de la regulación de estos dos medios de impugnación tal y como está diseñada en el articulado de la LEC no se ha aplicado aún y mucho me temo que no llegará a aplicarse nunca.

A pesar de que la reforma de ambas leyes se proyectó conjuntamente, la modificación de la LOPJ no pudo efectuarse por falta de quórum en el Congreso de los Diputados. El entonces Gobierno de la Nación, responsable e impulsor de la nueva

judicial que se demore solo lo justo (...), con las actuaciones precisas para preparar la sentencia garantizando su acierto.” Y un poco más adelante señala: “En la elaboración de una nueva Ley procesal civil y común, no cabe despreocuparse del acierto de las sentencias y resoluciones”. En el apartado VII se señala: “En el ámbito de las disposiciones generales, la Ley introduce numerosas innovaciones con tres grandes finalidades: (...) y reforzar las garantías de acierto en la sentencia. Asimismo, en el apartado IX, refiriéndose a las normas reguladoras de la carga de la prueba se establece: “permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico”. Sobre el acierto en la consignación de los hechos probados vuelve en los apartados XI –“los medios de prueba, junto con las presunciones experimentan en esta Ley numerosos e importantes cambios. Cabe mencionar como primero de ellos, la apertura legal a la realidad de cuanto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas (...)— y en el XIII dedicado al recurso de apelación: “Otras disposiciones persiguen aumentar las posibilidades de corregir con garantías de acierto eventuales errores en el juicio fáctico”.

⁸⁷⁸ No sucede así respecto al recurso de apelación ni a las llamadas acciones autónomas de impugnación de sentencias. Los preceptos reguladores de estos recursos se han venido aplicando desde la entrada en vigor de la LEC.

LEC, no contaba con mayoría absoluta y no recibió los apoyos parlamentarios necesarios para la modificación de la LOPJ. Esto hizo imposible la entrada en vigor del nuevo sistema de recursos extraordinarios diseñado por la LEC tal y como se prevé en su articulado. Por ello, se incluyó en la LEC una disposición final –concretamente la decimosexta– en la que se establece el régimen transitorio de recursos extraordinarios que sería de aplicación hasta que se efectuara la reforma de la LOPJ. El contenido actual de la Disposición Final Decimosexta de la LEC fue producto de una enmienda aprobada por el Senado que se vio obligado a dar respuesta a la imposibilidad de que se aplicaran los preceptos reguladores de los recursos extraordinarios diseñados por la nueva LEC. Ni el proyecto de ley presentado por el Gobierno ni el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados contenían previsión alguna acerca del establecimiento de un régimen transitorio para la puesta en marcha del nuevo sistema de recursos extraordinarios previsto en la LEC, ya que todo apuntaba a que la LOPJ sería también modificada.

Si en el momento de aprobación de la LEC (7 de enero de 2000), el partido en el Gobierno no podía acometer en solitario la reforma de la LOPJ, sí pudo hacerlo pocos meses más tarde. En marzo de 2000, el Partido Popular volvió a ganar las elecciones y a presidir el Gobierno de la Nación, pero en esta ocasión con mayoría absoluta, por lo que ya no necesitaba de otros apoyos parlamentarios para la modificación de la LOPJ y, en consecuencia, para la puesta en marcha del sistema de recursos diseñado por la nueva LEC. Durante la legislatura 2000-2004 la LOPJ se reformó en diversas ocasiones⁸⁷⁹ y, sin embargo, no se hizo lo propio con los preceptos de la citada norma que impedían la entrada en vigor del nuevo régimen de recursos extraordinarios previsto en la nueva LEC. Da la impresión de que el mismo Gobierno que en el año 2000 estaba tan convencido de las mejoras que la nueva LEC introducía en el sistema de recursos extraordinarios, hubiera cambiado de opinión meses después. Esto resulta un tanto incomprensible si se tiene en cuenta que nos encontramos frente a una de esas

⁸⁷⁹ Sólo en el año 2003, la LOPJ fue modificada hasta en siete ocasiones: la primera, con ocasión de la LO 2/2003 debido a la orden europea de detención y entrega; la segunda, por la LO 4/2003 como consecuencia de la creación de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo; la tercera, mediante la LO 5/2003, con ocasión de la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria; la cuarta, por la LO 8/2003 debido a las modificaciones introducidas en materia concursal; la quinta, debido a determinadas reformas introducidas en la LECr por la LO 13/2003; la sexta, fue la operada por la LO 19/2003, que afectó a un gran número de preceptos de la LOPJ y que pretende poner en marcha algunos de los acuerdos previstos en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito en 2001 por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español; por último, por la aprobación de la Ley de Arbitraje con la LO 20/2003.

normas que no son objeto de reformas globales todos los días. Más bien todo lo contrario⁸⁸⁰.

Cuando se escriben estas líneas continúan sin llevarse a cabo, ni parece existir expectativa alguna de que se produzcan, las reformas necesarias para hacer realmente efectivo el sistema de recursos extraordinarios previsto en la LEC.

Por todo esto, resulta obligado dar cuenta en este trabajo no sólo del sistema de recursos extraordinario previsto en el articulado de la LEC, sino también del contenido en la Disposición final decimosexta, que prevé el régimen legal aplicable a los recursos extraordinarios hasta que no se proceda a reformar la LOPJ para atribuir a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal. Este régimen “transitorio”, que se ha pasado a ser el permanente, descabala por completo los objetivos del sistema impugnativo que inspiraron la nueva LEC. Aunque tenemos una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que ha sido objeto de elogios por insignes procesalistas extranjeros⁸⁸¹, contamos con un sistema de recursos extraordinarios —el previsto en la disposición transitoria— que ni ha sido discutido, ni estudiado y que se introdujo de forma apresurada mediante enmienda en el Senado.

El sistema de recursos establecido en la nueva LEC, abandonado por el Gobierno que lo impulsó, no convencía del todo a la Judicatura. Tan sólo unos meses después de la aprobación de la LEC, en mayo de 2000, el Consejo General del Poder Judicial y las Salas de Gobierno tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, hicieron públicas unas recomendaciones, muchas de ellas dirigidas al legislador, para mejorar el estado de la Justicia, tomando como base el Libro Blanco de la Justicia elaborado en 1997. Entre ellas, se solicitaba la modificación de determinados preceptos de una Ley de Enjuiciamiento Civil recién aprobada y que todavía no había sido aplicada debido a la *vacatio legis* de un año que establecía la norma. Algunas de las modificaciones sugeridas afectaban al régimen de recursos previstos en la LEC. Haré alusión a las más importantes o llamativas cuando exponga el régimen de cada uno de los recursos tal y como han sido diseñados en la LEC.

⁸⁸⁰ Desde que se aprobara la LEC de 1881 hasta la entrada en vigor de la nueva LEC, han sido varias las ocasiones en las que se ha pretendido acometer una reforma global del proceso civil. Sólo desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 hubo dos intentos fallidos: en 1990 y 1995.

⁸⁸¹ Así lo ha puesto de manifiesto M. Taruffo, “Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado”, *Páginas sobre justicia civil*, cit. pág. 70.

3.3.2. El recurso de apelación.

Al igual que en la Ley anterior y siguiendo la tradición española, se prevé en la nueva LEC la existencia de la apelación limitada, esto es, basada en una concepción más revisora que renovadora de la segunda instancia⁸⁸². Sin embargo, a pesar de acercarse más a una *revisio prior instanciae* que a un *novum iudicium*, su naturaleza no deja de ser la de medio de gravamen por lo que también se admite, aunque de forma limitada, la práctica de nuevas pruebas⁸⁸³. En consecuencia, sigue siendo suficiente el sufrimiento de un perjuicio o gravamen para permitir el acceso a la segunda instancia. Esto no significa que el recurrente no deba exponer los motivos que le impulsan a recurrir la resolución judicial. En efecto, siguiendo nuestra tradición procesal se exige en la LEC que la interposición del recurso de apelación se lleve a cabo de forma motivada⁸⁸⁴. La nueva LEC ha seguido optando por el modelo de apelación diseñado hace más de un siglo. Pero ha introducido algunos cambios que merecen ser destacados.

Como primera novedad debe apuntarse que la nueva Ley ha establecido una sola regulación del recurso de apelación, lo que sin duda es un gran acierto.

Una segunda cuestión importante que se contenía en la redacción original de la LEC fue la vuelta al reconocimiento universal de la segunda instancia en el orden jurisdiccional civil⁸⁸⁵. El legislador de 2000 optó por no proseguir el camino iniciado por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de tal manera que todas las sentencias y autos definitivos dictados en primera instancia, ya sea por Jueces de Paz, de Primera Instancia o de lo Mercantil respecto de procesos civiles podían ser revisados por el tribunal superior inmediato jerárquico⁸⁸⁶. No se establecieron, en consecuencia,

⁸⁸² La Exposición de Motivos de la Ley, en el apartado XIII, establece al respecto: “La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso.”

⁸⁸³ Respecto a las pruebas que pueden ser practicadas en la segunda instancia, *vid.* art. 460.2 LEC.

⁸⁸⁴ *Vid.* art. 458 LEC.

⁸⁸⁵ El artículo 455.1 establecía en su redacción original: “Las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señala serán apelables”.

⁸⁸⁶ Según el artículo 455.2 LEC, conocerán de los recursos de apelación:

1º. Los Juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Paz de su partido.

2º. Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción”.

limitaciones por razón de la cuantía o de la materia para el acceso a la apelación: cualquier sentencia o auto definitivo que incurriera en error, ya fuera de fondo o de forma, disponía de una vía procesal en la que pueden ser alegados. Esta generalización de la doble instancia para todos los procesos civiles no fue valorada positivamente por la Judicatura tal y como se desprende de las 122 Propuestas del Consejo General del Poder Judicial formuladas en mayo de 2000 para la reforma de la Justicia y realizadas sobre la base del Libro Blanco de la Justicia y de las sugerencias formuladas por las Salas de Gobierno. La propuesta número 43 aprobada por el Consejo fue la de modificar el artículo 455.1 LEC en el sentido de establecer en el ámbito civil un proceso de única instancia para los asuntos de ínfima cuantía, salvo que en el mismo se produjera alguna vulneración de garantías procesales. En este último caso, sí se entendería procedente el recurso de apelación, siempre y cuando la infracción de la garantía se hubiera protestado o denunciado sin éxito en la instancia⁸⁸⁷.

Recientemente, las reivindicaciones manifestadas en su día por la judicatura han sido acogidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que ha modificado algunos preceptos de la LEC y entre ellos los que regulan el recurso de apelación. Se pone fin a la generalización de la doble instancia en materia civil, al excluirse del recurso de apelación las “sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3000 euros”. La exclusión del recurso se produce en todo caso, esto es, también en aquellos en los que la sentencia incurra en vulneración de alguno de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Sin duda, la actual reforma recuerda a la que se llevó a cabo en el año 1992. Los motivos aducidos por el legislador para tomar esta decisión están conectados de nuevo con el progresivo

Asimismo, la LOPJ, en su redacción dada por la LO 8/2003, ha procedido a la creación de los Juzgados de lo mercantil cuyas competencias están previstas en el artículo 86 ter LOPJ. Al igual que para el resto de las materias civiles se prevé con carácter general la doble instancia, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.4 LOPJ de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo mercantil conocerán las Audiencias Provinciales. Sólo hay que señalar dos cuestiones en relación con esta previsión: la primera se refiere a una exclusión de la apelación: las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo mercantil en incidentes concursales y referidas a cuestiones laborales serán susceptibles de ser recurridas ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que contra las mismas no cabrá recurso de apelación. La segunda, referida a la competencia para la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra los Juzgados de lo Mercantil: el Tribunal competente, tal y como se ha apuntado, es la Audiencia Provincial, por lo que se ha previsto en el apartado 4º del art. 82 LOPJ que deberán especializarse al efecto alguna o algunas de sus Secciones.

⁸⁸⁷ Las 122 propuestas formuladas por el CGPJ están publicadas en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia*, ed. Tribunal Supremo, Madrid, 2000, págs. 11-88.

aumento de la litigiosidad que requiere “introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema (...) sin merma de las garantías del justiciable”⁸⁸⁸. Más concretamente y respecto a esta medida concreta se manifiesta también que con ello se trata “de limitar el uso, a veces abusivo, y muchas veces innecesario, de instancias judiciales”⁸⁸⁹. La importante diferencia entre esta reforma y la operada en el año 1992 es que en la actualidad, las sentencias excluidas del recurso de apelación sí cuentan con un remedio ante la jurisdicción ordinaria para reparar las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en las que hubiera podido incurrir el juez que conoce en única instancia. Me refiero al incidente de nulidad de actuaciones tal y como está regulado en la actualidad en el art. 241 LOPJ y del que me ocuparé más adelante. Aunque me parece que tal instrumento procesal no es la panacea, ya que no creo que sea idóneo para la tutela de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE, se puede afirmar que ahora, a diferencia de lo que sucedía en 1992, la decisión del legislador de excluir determinadas resoluciones de la apelación no puede ser criticada en los mismo términos que la llevada a cabo en 1992. Sobre este asunto volveré en los próximos capítulos.

Hay que señalar, además, que previamente a esta última reforma y con el fin de agilizar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, la LO 1/2009, de 3 de noviembre, modificó la LOPJ en el sentido de alterar la constitución orgánica de la Audiencia Provincial para el ejercicio de su competencia como órgano de apelación y posibilitar que los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia que se sigan por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía sean conocidos por un solo Magistrado. Esta decisión y la nueva regulación de la apelación por la Ley 37/2011 apuntan a que no ha sido posible sostener la línea iniciada en el 2000, que apostó por la generalización de la apelación, por lo que no es previsible que próximas reformas vuelvan a instaurarla con carácter universal. Dicha apuesta ha sido tan solo un espejismo que ha estado en vigor menos de una década. Asimismo y debido a las facultades que han asumido los secretarios judiciales, se ha previsto que cabrá recurso de apelación contra los autos resolutorios de los recursos de revisión que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ *Vid.* Preámbulo de la Ley, apartado II.

⁸⁸⁹ *Vid.* Preámbulo de la Ley, apartado III.

⁸⁹⁰ Cuando trate de los recursos que cabe interponer contra las decisiones de los secretarios judiciales abordaré con más detenimiento esta cuestión.

La nueva LEC establece determinadas peculiaridades para el caso de que el recurso de apelación se funde en infracción de normas procesales, supeditando la procedencia del mismo a que las posibles infracciones se hayan alegado y denunciado en la instancia⁸⁹¹.

La tercera novedad que merece ser destacada, es que la previsión inicial de la generalización de la doble instancia se combinó con la posibilidad de proceder a la ejecución provisional de la sentencia dictada en primera instancia, posibilidad ésta, que ha sido interpretada por la doctrina como elemento disuasorio para aquellos litigantes que pretendan utilizar la apelación con efectos puramente dilatorios. De esta manera, la LEC establece para todos los casos un mecanismo de corrección de cualquier error en los que haya podido incurrir el juzgador, pero evita la proliferación de apelaciones sin fundamento o con pocas o nulas posibilidades de prosperar.

Por último, hay que destacar que la reciente modificación de la LEC llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha suprimido el trámite de preparación de los recursos devolutivos, lo que ha de considerarse un acierto, ya que, tal y como apuntado de forma acertada I. Borrajo Iniesta, la vulneración de algunas de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva se producen precisamente en los momentos en los que las actuaciones judiciales, con ocasión de la interposición de recursos, son trasladadas a los órganos judiciales competentes para el conocimiento de los recursos⁸⁹². Por ello, toda medida legislativa que implique sencillez en la

⁸⁹¹ En el art. 459 LEC, tras afirmarse que a través del mencionado recurso podrá alegarse infracción de normas procesales en la primera instancia, se exige que en el escrito de interposición se citen las normas que se consideren infringidas y se alegue, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo se le exige al apelante que acredite que denunció oportunamente la infracción si hubiere tenido oportunidad procesal para ello. Si el órgano *ad quem* estima que efectivamente se ha producido en la primera instancia infracción procesal, el contenido de la sentencia variará dependiendo del momento y el alcance de aquella. Si la infracción procesal se produce al dictar sentencia o bien si el vicio o defecto procesal pudiese ser subsanado en la segunda instancia, el Tribunal dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito. Pero si la infracción procesal fuera de las que “originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, el Tribunal declarará la nulidad de actuaciones y repondrá las actuaciones al momento y estado en que se hallasen cuando se cometió la infracción”. Se aprecia, en cuanto a los efectos de la sentencia de apelación una novedad con respecto a la legislación anterior y es precisamente la reposición de las actuaciones en los casos en los que existe “nulidad radical de las actuaciones”. *Vid.*, al respecto, el art. 465 LEC. Algunos autores han criticado que cuando no se retrotraen las actuaciones y se subsanan en la segunda instancia los vicios procesales en los que incurrió el juez de instancia, en realidad, se está privando a las partes de una instancia. De esta opinión es A. M. Lorca Navarrete, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Valencia, 2000, pág. 2288.

⁸⁹² Tal y como apuntó I. Borrajo en el año 1994 (“Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, cit., pág. 42), “la mejor manera de evitar vulneraciones de las garantías constitucionales en la tramitación de los recursos está al alcance del legislador: consiste en simplificar los recursos al máximo”.

tramitación de los medios de impugnación debe ser bien valorada en la medida en que es preventiva de posibles vulneraciones de facetas nucleares del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.3.3. Los recursos extraordinarios contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuestiones comunes al recurso de casación y al de infracción procesal.

Además de reconocerse con carácter general la segunda instancia, se prevén en la nueva LEC determinados recursos de carácter extraordinario que, sin duda alguna, suponen la principal novedad de la LEC de 2000. Me refiero a los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal. Como ya se ha dicho en la introducción, son estos, los recursos de carácter extraordinario, los que aún no se han aplicado tal y como están regulados en el articulado de la LEC porque no se han modificado los preceptos de la LOPJ que determinan el ámbito competencial de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Según lo previsto en su artículo 466, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier proceso civil o mercantil, podrá interponerse bien el recurso extraordinario por infracción procesal bien el recurso de casación. Las conclusiones que cabe extraer de este precepto en relación con las resoluciones que pueden ser revisadas a través de los recursos extraordinarios creados en la Ley son las siguientes: (a) por un lado, se excluyen de los recursos extraordinarios las sentencias dictadas en apelación por los Jueces de Primera Instancia; (b) por otro, la nueva LEC configura ambos recursos extraordinarios como alternativos, de tal manera que el litigante puede interponer sólo uno de ellos: o el de infracción procesal o el de casación⁸⁹³.

⁸⁹³ Por ello, el apartado segundo del artículo 466 LEC prevé para el caso de que se interpusieran ambos recursos por la misma parte contra la misma sentencia que “se entenderá inadmitido el recurso de casación”. De desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, confirmándose en consecuencia la sentencia de segunda instancia, no cabrá ya el recurso de casación por dos razones: la primera, porque las sentencia resolutorias de los recursos por infracción procesal no son susceptibles de ser recurridas en casación y en segundo lugar, porque al haber optado el litigante por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia, ya habría transcurrido el plazo para recurrir ésta en casación. Las consecuencias no serán las mismas para el caso de que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal: si esto sucediera, las actuaciones se retrotraerían para que la Audiencia Provincial volviera a dictar nueva sentencia, por lo que ésta podrá ser de nuevo recurrida en una u otra vía. Asimismo, en el apartado tercero del artículo 466 de la LEC se prevén las

Como más adelante expondré con mayor detenimiento, el recurso extraordinario por infracción procesal queda circunscrito, tal y como su propio nombre indica, a lo procesal y el de casación a lo material o sustantivo, de tal manera que cuando un litigante pretenda recurrir una sentencia al entender que la misma infringe tanto garantías procesales como el derecho sustantivo aplicado al caso concreto, no podrá alegar ambas cuestiones de forma conjunta, sino que deberá optar por la interposición de un solo recurso. Si el recurrente decide interponer el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser consciente de que, de desestimarse éste, ya se le habrá pasado el plazo para interponer el recurso de casación. Sólo con mostrar las consecuencias de la posible desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal puede llegar a entenderse el motivo por el que el legislador, alejándose de la regulación de 1984 y acercándose a la de 1881, opta por separar ambos vicios: se pretende que la alegación de infracciones procesales sea fundada, puesto que de no estimarse la misma, el litigante perdería el derecho a un examen sobre el fondo del asunto⁸⁹⁴. La doctrina se ha pronunciado de forma desigual a propósito de esta cuestión, esto es, de la sustracción de lo procesal del ámbito de la casación⁸⁹⁵ y de la obligada alternatividad a la que está sometido el recurrente cuando pretende recurrir una sentencia que incurre conjuntamente en infracción de normas procesales y sustantivas⁸⁹⁶.

consecuencias jurídicas para el caso de que los distintos litigantes de un mismo proceso opten por distinta clase de recurso extraordinario: se tramitará con preferencia al de casación el que se funde en infracción procesal. Si se dictara sentencia totalmente desestimatoria del recurso por infracción procesal, se levantará la suspensión del recurso de casación y se continuará con su tramitación. Sin embargo, si se estima el recurso por infracción procesal, se devolverá a la Audiencia para que vuelva a dictar nueva sentencia, por lo que quedará sin efecto la interposición del recurso de casación.

⁸⁹⁴ En este sentido, se establece en la Exposición de Motivos: “La separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que éstas se alegan”.

⁸⁹⁵ Entre los que se manifiestan a favor de la regulación prevista en el articulado de la LEC, *vid.* por todos I. Díez Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*, cit., págs. 14-17. En contra V. Moreno Catena, “Prólogo a la primera edición” del código *Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación complementaria*, Madrid, 2004, págs. 27-31.

⁸⁹⁶ Como han señalado algunos autores, la alternatividad en el planteamiento de ambos recursos puede generar algunos problemas que no han sido del todo resueltos por el legislador. Sin pretender agotar todos los que podrían surgir, se apuntan a continuación los siguientes.

El primero de ellos se refiere a que no está tan clara en ocasiones la línea divisoria entre la infracción de los sustantivo y lo procesal. En este sentido, no han faltado autores que han entendido que el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal debería estar previsto para el conocimiento de todo aquello que no sea estrictamente sustantivo o material. *Vid.* en este sentido, I. Sierra Gil de la Cuesta, E. Pérez López y F. Orteu Cebrián, *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002, págs. 13-14.

Baste por ahora con apuntar estas cuestiones comunes a ambos recursos que, en cierta medida, no dejan de ser elucubraciones, ya que, como he apuntado anteriormente, los preceptos reguladores de ambos recursos no han sido aplicados puesto que todavía está pendiente la reforma de la LOPJ⁸⁹⁷, lo que, por otro lado, no supone obstáculo para exponer el sistema de recursos extraordinarios previsto en el articulado por el legislador.

En segundo lugar, parece que el establecimiento de la alternatividad de ambos recursos no ha tenido en cuenta las consecuencias que, con la intención de interponer un recurso de amparo constitucional, pueden presentarse respecto de aquellos asuntos cuyo objeto sea la protección de los derechos fundamentales de la persona pero en los que, en el curso del proceso se haya producido, bien una vulneración del artículo 24.1 CE, o de una norma procesal que pudiera dar lugar al recurso extraordinario por infracción procesal. Las sentencias dictadas en estos asuntos –cuyo objeto sea la tutela judicial civil de derechos fundamentales (excepto los reconocidos en el artículo 24 CE)— son susceptibles de ser recurridas siempre en casación. Pero puede suceder que en un pleito de esa naturaleza, el Juez o Tribunal vulnere alguno de los derechos del artículo 24 CE. En estas condiciones, la parte afectada por ambas vulneraciones ha de elegir entre acudir al Tribunal Supremo interponiendo recurso de casación o, por el contrario, presentar recurso extraordinario por infracción procesal. Lo cual significa que estará condicionando su futura demanda de amparo a una de ambas vulneraciones. Así, si se presenta el recurso extraordinario por infracción procesal y el mismo no es estimado, creo que sólo podría interesarse a través del recurso de amparo la reparación de la lesión de los derechos del artículo 24.1 y no de los sustantivos ya que, respecto de los mismos no se ha agotado la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación. Por el contrario, el recurrente puede optar por interponer recurso de casación dejando constreñido el debate en un futuro recurso de amparo a las vulneraciones de derechos sustantivos. Todo queda a elección de las partes sin más normas. Sin embargo, creo que la configuración del recurso de amparo como recurso subsidiario podría llevar a que el Tribunal Constitucional, a la hora de determinar si se agotó la vía judicial previa o no, inadmitiera recursos de amparo contra las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, al entender que el recurso que debería haber presentado el recurrente era el de infracción procesal y no el de casación. No obstante, estos problemas pierden en parte el sentido en la medida en que se ha objetivado el recurso de amparo y, según ha apuntado el TC en sus últimas sentencias, la mera lesión de un derecho fundamental ya no es causa suficiente para la admisión del mismo.

Además del supuesto antes analizado, un sector doctrinal ha mantenido que el hecho de que estos dos medios extraordinarios de impugnación se configuren como alternativos y excluyentes implica una restricción desproporcionada de las facultades de impugnación, sobre todo en aquellos casos en los que la opción por acceder a la casación elimina la posibilidad de acceder al recurso de amparo constitucional por vulneración de alguna de las garantías procesales contenidas en el artículo 24.1 CE. Entre los autores que sostienen esta postura pueden verse M. Loredó Colunga, *La casación civil. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., pág. 292. V. Moreno Catena ha sostenido que la carga impuesta al litigante consistente en la opción por uno de los dos medios de impugnación puede resultar incluso inconstitucional, al primar la defensa del derecho material sobre la protección de derechos fundamentales de carácter procesal. Lo anterior en el “Prólogo a la primera edición” del Código *Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación complementaria*, Madrid, 2004, quinta ed., pág. 28.

⁸⁹⁷ Conviene aclarar la afirmación contenida en el texto principal: lo que realmente no ha podido ser aplicado es el sistema tal y como está diseñado en el articulado. Sin embargo, la Disposición Final Decimosexta, que contiene otro sistema de articulación de los recursos extraordinarios, se remite a determinados preceptos reguladores del recurso de casación. Pero el que determinados preceptos reguladores de la casación se apliquen de forma aislada no conlleva la puesta en marcha del nuevo sistema creado por la LEC. En definitiva, nada tiene que ver el modelo previsto en la Disposición Final Decimosexta de la LEC con el previsto en el articulado por la LEC, a pesar de que aquella disposición se remita a determinados preceptos reguladores del recurso de casación.

3.3.4. Recurso de casación:

3.3.4.1. Cuestiones generales: las dificultades para el establecer un sistema de casación óptimo.

Uno de los recursos que más transformaciones ha sufrido con respecto a la anterior regulación ha sido el de casación. Siguiendo la línea iniciada en 1992, el legislador ha optado claramente por devolverlo a su función genuina, evitando que pueda hacer las veces de una tercera instancia jurisdiccional. Las funciones nomofiláctica y de unificación de doctrina son el verdadero fundamento del recurso, aunque sin abandonar la tutela del *ius litigatoris*.

Desde algunos sectores doctrinales y desde la propia Judicatura se habían considerado insuficientes las reformas introducidas por la Ley 30/1992, de Medidas Urgentes de reforma procesal, tendentes a la consecución de estos objetivos típicamente casacionales. El volumen de los asuntos que tenían entrada en el Tribunal Supremo seguía siendo muy elevado y desde la propia Sala Primera se solicitaba la implantación de medidas tendentes a restringir las resoluciones susceptibles de ser recurridas a través de este medio de impugnación con el fin de que el Tribunal Supremo pudiera cumplir con su cometido principal. Desde esta perspectiva, resultaba evidente que las medidas legislativas adoptadas en el año 1992 eran claramente insuficientes. Pero a su vez, se hacía constar también que la reforma del año 1992 había dejado fuera del conocimiento del recurso de casación partes fundamentales y esenciales del Derecho privado –como del Derecho de familia y del Derecho mercantil– privando así al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre estas y proliferando respecto de ellas una gran dispersión de criterios jurisprudenciales⁸⁹⁸. Es decir, por un lado la reforma se consideró insuficiente porque siguió permitiendo la entrada de muchos asuntos al Tribunal Supremo, pero a la vez, se estimó exagerada desde el momento que imposibilitaba que el Alto Tribunal se pronunciara sobre asuntos claves del Derecho privado. El problema fundamental estribaba en cómo realizar una buena selección de asuntos que pudieran permitir el cumplimiento de las finalidades inherentes al recurso

⁸⁹⁸ Este doble aspecto, es decir de exceso de asuntos por un lado, pero a la vez de una configuración deficitaria de las materias que podían ser conocidas a través del recurso de casación fue resaltado por el entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, P. Sala Sánchez, en el solemne acto inaugural del año judicial celebrado el día 14 de septiembre de 1995. Dicho discurso se publicó con el título “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *Tribunal Supremo*, Madrid, 1995, en especial, págs. 29- 31.

de casación. La situación no requería tan sólo de una nueva elevación de la *summa gravaminis*, sino de medidas de más calado. Y esta tarea, tal y como ha señalado I. Díez-Picazo Giménez, se asemeja a buscar la solución a la cuadratura del círculo⁸⁹⁹.

Y probablemente el hecho de que tanto un sector de la doctrina como los propios Magistrados del Tribunal Supremo estuvieran cada vez más convencidos del importante papel institucional que el órgano jurisdiccional situado en el vértice de la jurisdicción ordinaria debiera desempeñar, fueron elementos decisivos para acometer la reforma en el sentido en que se hizo. Desde mi punto de vista, cuando se diseñó la casación civil en el año 2000 se barajaron muchos más factores que los que fueron tenidos en cuenta en 1992 para poner en marcha una casación lo más genuina o pura posible. Por un lado, se venía insistiendo desde un sector doctrinal y desde la propia Judicatura en la necesidad de resaltar el papel institucional que el artículo 123.1 CE asignaba al Tribunal Supremo⁹⁰⁰. Éste es, según dicho precepto constitucional, el órgano jurisdiccional supremo, salvo en materia de garantías constitucionales. El Tribunal Supremo, al menos desde una perspectiva teórica, dejaba de ser un Tribunal de instancia, aunque fuera la última, para realizar otro tipo de función distinta a la que desempeñaban el resto de los órganos jurisdiccionales ordinarios⁹⁰¹. Así, una interpretación sistemática de los artículos 123.1, 14 en relación con el 24.1 y 9.3 CE, llevaba a optar por el establecimiento de un sistema casacional cada vez más puro y, en consecuencia, cada vez más alejado de lo que podía ser una tercera instancia. De este modo se vinculó Constitución con casación. Pero no con cualquier tipo de casación, sino con un modelo cada vez más alejado del que tradicionalmente había existido en España, esto es, cada vez más cercano a la idea originaria de casación y más distante de una tercera instancia jurisdiccional⁹⁰². Esta tendencia a considerar la casación como un

⁸⁹⁹ Vid. I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso civil declarativo*, cit., pág. 16.

⁹⁰⁰ Esta idea ha estado presente también en los discursos leídos en los últimos años por los distintos Presidentes del CGPJ que han ocupado tal cargo en los actos inaugurales del año judicial. Especial interés tienen en este sentido los leídos por Pascual Sala Sánchez y por Javier Delgado Barrio los días 14 de septiembre de 1995 y 13 de septiembre de 2001 respectivamente. Una reproducción íntegra de los mismos puede encontrarse en el libro *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, Madrid, 1995, págs. 13-59 y *A propósito del Proceso Civil*, Madrid, 2001, págs. IX-LX.

⁹⁰¹ P. Sala Sánchez afirmó al respecto en el discurso inaugural del año judicial celebrado en septiembre de 1995 lo siguiente: “Al destacar, separadamente del resto de la organización judicial, al Tribunal Supremo, el Texto Fundamental ha querido referirse a él como órgano jurisdiccional que, adjetivado de superior, desempeña una función esencial que no está atribuida, con caracteres de generalidad, al resto de los órganos jurisdiccionales y que, por tanto, sólo él puede cumplir.” Lo anterior en “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, cit., pág. 13.

⁹⁰² Esta posición no es unánime. Hay autores que mantienen que la casación no es un recurso directamente vinculado con la Constitución, de tal manera que el legislador sería libre para suprimirlo.

medio de impugnación tendente sobre todo a la defensa del *ius constitutionis* –que, en definitiva, venía a clarificar la posición del Tribunal Supremo español– también se puede observar en la jurisprudencia constitucional. Ya en el año 1997, F. Marín Castán señaló que se había verificado un cambio de tendencia en la jurisprudencia constitucional en torno a la función que debía cumplir el recurso de casación. Si en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional situaba en pie de igualdad las funciones de protección del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*, en la década de los noventa se inclinó por resaltar el predominio de la defensa de este último frente al primero⁹⁰³. A pesar de algunos titubeos por parte del Tribunal Constitucional en el año 1990, a día de hoy es clarísima la posición del Tribunal Constitucional al respecto: “Este medio impugnatorio extraordinario (...) se encamina no sólo a tutela los derechos en juego, sino también y *esencialmente*⁹⁰⁴ a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia en la aplicación del derecho civil sustantivo” (STC47/2004, FJ 11)⁹⁰⁵.

Además, en el año 2000 se percibió más necesaria todavía la existencia del recurso de casación en su forma más genuina debido a la cada vez más acusada descentralización territorial del poder. En los últimos años, las distintas Comunidades Autónomas han ido ganando en autonomía, tanto competencial como financiera, por lo que se ha ido haciendo más necesaria una institución que garantice, en relación con el derecho emanado del Estado, una cierta igualdad en su aplicación, y respecto al derecho autonómico, la utilización de pautas y criterios interpretativos más o menos homogéneos. Esto, junto a la doctrina del TC sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, coloca al Tribunal Supremo como uno de los órganos encargados

Pero añaden a continuación que una vez que el legislador ha previsto su creación no puede restringirlo de forma arbitraria. En este sentido señala M. Loredo Colunga: “(...) Sí resulta cierto que de nuestra Constitución no puede deducirse la necesidad de configurar un sistema de recursos extraordinarios ni la extensión de los mismos, pero una vez que el legislador se inclina por esa opción legislativa, no puede incorporar límites arbitrarios al ejercicio de los recursos”, *La casación civil. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., pág. 171.

⁹⁰³ F. Marín Castán, *Las causas de inadmisión del recurso de casación civil*, Madrid, 1997, pág. 22. El autor señala como punto de inflexión de esta tendencia el año 1990. En ese año, sin embargo, pueden encontrarse sentencias de ambas tendencias, esto es, de las que sitúan en pie de igualdad la defensa del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris* (STC 115/1990) y de aquellas otras que dan prioridad a este último frente al primero (STC 73/1990).

⁹⁰⁴ La cursiva es mía.

⁹⁰⁵ Éste es uno de los argumentos principales, si no el único, que llevó al Tribunal Constitucional en esa sentencia a declarar la constitucionalidad del último inciso del artículo 1.a) de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil especial, que determinaba la no sujeción a *summa gravaminis* para el acceso al recurso de casación del que conoce la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

de llevar a cabo tal cometido⁹⁰⁶. Téngase en cuenta, además, que en el ámbito civil, al contrario de lo sucedido con otros órdenes jurisdiccionales, no se había incluido como motivo idóneo para poder fundar el recurso de casación la existencia de sentencias contradictorias sobre asuntos sustancialmente iguales.

Lo cierto es que si había unanimidad en el diagnóstico, que pasaba necesariamente por la reforma de una institución procesal en crisis, no había acuerdo en cambio, respecto de cómo debía configurarse el recurso en la nueva LEC⁹⁰⁷.

Buena prueba de ello es que tan sólo seis meses después de la aprobación de esta norma, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en su sesión de 23 de mayo de 2000, adoptó varios acuerdos referidos a cómo debía regularse la casación civil en el marco de la “Evaluación de la situación del Tribunal Supremo respecto del cumplimiento de su función constitucional”, informe éste impulsado por el Consejo General del Poder Judicial. El diseño del recurso de casación civil que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo aprobó no se correspondía prácticamente en nada con la regulación del recurso de casación recién establecida en la LEC⁹⁰⁸. Con posterioridad

⁹⁰⁶ El Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde el comienzo de su andadura que el recurso de amparo no es el instrumento idóneo para garantizar el principio de igualdad en la aplicación de ley. En este sentido, en su Auto núm. 862/1986 declaró que el constituyente “no ha arbitrado ni previsto para asegurar la igualdad en la aplicación de ley otros mecanismos que los ya existentes en nuestro sistema y desde luego no ha pretendido que este Tribunal, a través del recurso de amparo, se convirtiese en un Tribunal de casación universal.” Asimismo, en el F.J. 3º de la STC 246/1996 estableció: El Tribunal Constitucional “no es un órgano de unificación de doctrina legal por la vía dispuesta en el artículo 14 CE. Muy al contrario, esta función de unificación corresponde a los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, a través de los recursos de casación o revisión, siendo, pues, sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho (art. 1.6 del Código Civil), (...)”. Según el Tribunal Constitucional, esta labor de unificación de doctrina le corresponde al Tribunal Supremo a través del conocimiento de los recursos de casación en sus distintas modalidades. Sólo en casos excepcionales el Tribunal Constitucional ha declarado determinadas resoluciones judiciales como contrarias a la Constitución por vulnerar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En estos casos excepcionales el Tribunal Constitucional exige la concurrencia de los siguientes requisitos: (a) la existencia de un término comparativo que acredite la disparidad de criterios ante la igualdad sustancial de supuestos de hecho (SSTC 62/1987, 181/1987, 119/1994, 152/2002), (b) que las resolución aportada como término comparativo sea de fecha anterior a la recurrida (STC 24/1990), (c) que proceda del mismo órgano jurisdiccional (SSTC 181/187, 168/1989), y (d) que o bien no contenga una explicación del cambio de criterio (falta de motivación) o que la misma resulte arbitraria o manifiestamente errónea (STC 49/1982, 2/1991, 201/1991).

⁹⁰⁷ Esta falta de acuerdo a propósito de las medidas que debieran adoptarse para que la casación pudiera cumplir con las finalidades que le son inherentes la contempla expresamente la Exposición de Motivos de la LEC: “Desde hace tiempo, la casación civil presenta en España una situación que, como se reconoce generalmente, es muy poco deseable, pero en absoluto fácil de resolver con un grado de aceptación tan general como su crítica”.

⁹⁰⁸ Se transcriben a continuación los Acuerdos adoptados por la Sala de Gobierno respecto a cómo debería regularse el recurso de casación civil:

“A) La futura Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como órgano de casación civil pasa por potenciar las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia en el orden civil.

a esta propuesta del Tribunal Supremo, concretamente el 28 de mayo de 2001, se suscribió por el Gobierno de la Nación, entonces presidido por J. M.^a Aznar, y por los dos principales partidos políticos de ámbito estatal, Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. En dicho Pacto se acordaba, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas oportunas tendentes, por un lado, a potenciar la función del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales y garante de la unidad de doctrina y, por otro, a otorgar funciones casacionales a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en todas las ramas del Derecho autonómico⁹⁰⁹. Para llevar a cabo tales objetivos se acordó la reforma de los recursos de casación y revisión previstos en las leyes procedimentales de todos los órdenes jurisdiccionales. Es decir, se vino a anunciar que el modelo casacional previsto en la nueva LEC, norma ésta que había entrado en vigor apenas seis meses antes, iba a ser modificado de forma inminente.

Estos no han sido los únicos episodios que han puesto en entredicho el modelo casacional previsto por la LEC. El anterior Gobierno de la Nación presentó ante el Congreso de los Diputados el “Proyecto de Ley orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”⁹¹⁰. Dicho proyecto tenía por objeto, entre otras cosas, la reforma del recurso de casación previsto en la LEC de 2000. La reforma propuesta por el Gobierno no se refería tan sólo a cuestiones secundarias o de matiz sino que altera en buena medida el diseño establecido

B) En esa redistribución de competencias se atribuiría a las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de un recurso similar al de casación todavía vigente, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales de la respectiva Comunidad Autónoma, al margen de que la cuestión de fondo sea aplicable el Derecho común o el foral especial.

C) A partir de ahí el recurso de casación ante el Tribunal Supremo sólo se daría contra las sentencias de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, y podría fundarse tanto en las contradicciones entre ellas al interpretar y aplicar una misma norma o casos sustancialmente iguales, como en la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

Asimismo, este esquema se completaba con la inclusión de un precepto en la LEC que obligara a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia a plantear cuestión prejudicial a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en determinados casos: cuando en relación con una ley de interpretación dudosa y de cuya aplicación dependiera el fallo, no existiera jurisprudencia; cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia pretendiera apartarse en la resolución de un caso concreto de la jurisprudencia que al respecto hubiere establecido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. La resolución de la cuestión prejudicial dictada por el Tribunal Supremo tendría efectos vinculantes.

⁹⁰⁹ Acuerdos núms. 1 y 3 del Pacto.

⁹¹⁰ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de enero de 2006, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 69-1.

en la nueva LEC. Finalmente, y aunque el gobierno proponente del mencionado Proyecto vio revalidado su mandato en la siguiente legislatura, no impulsó de nuevo estas medidas.

Pero volvamos al modelo casacional previsto en la LEC de 2000 del que corresponde dar cuenta en este momento. Curiosamente, la opción del legislador español en el año 2000 coincide en buena medida con las propuestas de reforma que P. Calamandrei formuló en los años veinte del siglo pasado al Código de Procedimiento Civil italiano de 25 de junio de 1865. Siguiendo fielmente su idea de que el conocimiento en casación de los vicios *in procedendo* perturba la esencia de este recurso, P. Calamandrei propuso que éste quedara constreñido al conocimiento de las infracciones *in iudicando*⁹¹¹. Estas últimas, además, deberían ser objeto de una interpretación no tanto restrictiva sino siempre presidida por el principio de rechazo de los asuntos cuyo objeto fuera tan sólo la defensa del *ius litigatoris* y que, en consecuencia, no aportaran nada ni a la defensa del derecho objetivo ni a la unificación de la jurisprudencia. Desde esta perspectiva y según P. Calamandrei, deberían excluirse del conocimiento casacional: (i) el examen de la cuestión de hecho “aun cuando el juez (...) al resolverla haya errado contra una máxima de experiencia, o haya considerado un hecho verdadero un hecho imposible, o haya ignorado la existencia de un hecho notorio”; (ii) el examen de la interpretación hecha por el juez de instancia respecto de todo negocio jurídico, a no ser que la misma no constituya un error de derecho y la omisión de motivos o la irrazonabilidad de los mismos realizada en la sentencia, siempre y cuando estos últimos no revistieran el carácter de errores de derecho⁹¹². Según P. Calamandrei, ésta era la única forma de que los Tribunales de casación no se vieran inundados de casos y pudieran cumplir fielmente su misión institucional.

De entre las diferentes formas de diseñar la casación, P. Calamandrei optaba por aquella que resaltaba más la defensa del Derecho objetivamente considerado. Debe matizarse, sin embargo, que según Calamandrei, la exclusión de los vicios *in procedendo* del ámbito material de la casación debía llevar aparejada la creación de

⁹¹¹ Según P. Calamandrei (*La Casación civil. Bosquejo del Instituto*, T.III, pág. 431) “la anulación por error *in procedendo* no puede en modo alguno servir a la finalidad característica para la cual surgió de la Revolución francesa el instituto de la casación”. Esta idea la tomó el autor de Gerou, un autor alemán que había adelantado esa idea ya en el S. XIX. Quizás por ello, también en Alemania a principios del S. XX hubo proyectos tendentes a excluir del conocimiento del recurso de revisión aquellos errores *in procedendo* cometidos por el juez de instancia. *Vid.* en esta línea P. Calamandrei, *La Casación civil. Bosquejo del Instituto*, V.III, págs. 431.

⁹¹² P. Calamandrei, *La casación civil. Bosquejo de la institución*, cit., pág. 430.

otras vías para depurar las resoluciones judiciales que incurrieran en estos vicios. O más sucintamente: si la casación ya no hacía las veces de *querella nulitatis* o de una *actio nulitatis sanabilis*, deberían crearse otros instrumentos procesales que permitieran denunciar tales vicios⁹¹³. Lo contrario, a pesar de beneficiar al recurso de casación, tendría efectos absolutamente catastróficos para el conjunto de la Justicia ya que ¿de qué sirve tener una instancia que depure la interpretación de la Ley si luego no es posible denunciar la vulneración de derechos procesales esenciales acaecidos durante el proceso? El gran procesalista italiano tuvo en cuenta esta cuestión esencial a la hora de diseñar su casación ideal: no minimizó la importancia de los entonces principios procesales, sino que propuso atribuir su conocimiento a órganos judiciales no situados en la cúspide del sistema.

Algo muy parecido, por no decir idéntico, a la propuesta de P. Calamandrei, es lo que finalmente se vino a adoptar en la nueva LEC. Las principales novedades de esta norma se refieren al ámbito material del recurso que, como propusiera P. Calamandrei, queda constreñido al conocimiento de los errores judiciales *in iudicando* y a la selección de las resoluciones recurribles en casación. Esta es, según P. Calamandrei y el legislador español, la mejor opción para que la casación pueda cumplir con sus finalidades de nomofilaxis y de unificación de doctrina⁹¹⁴. Pero además, y al contrario de lo que había sucedido en otras ocasiones, y siguiendo también la propuesta de Calamandrei, el legislador estableció otro instrumento procesal para el conocimiento de los errores *in iudicando*, puesto que éstos ya no podían ser reparados a través del recurso de casación. Me estoy refiriendo al recurso extraordinario por infracción procesal. Éste y no la casación –ni el amparo constitucional tras la apelación– será el recurso a través del cual va a poderse interesar la nulidad de aquellas resoluciones judiciales incursas en errores *in procedendo* que causen indefensión a la parte o la nulidad de aquélla por vulneración de otros derechos fundamentales de carácter procesal. Sin duda, la inclusión de este mecanismo de impugnación de sentencias se incluyó con la mirada puesta en la jurisdicción constitucional y con el ánimo de evitar

⁹¹³ *Ibid.*, pág. 434. Este autor no era partidario de incluir estos vicios entre los motivos que podían dar lugar a la revocación de la sentencia, sino que abogaba por la creación de una acción de nulidad cuyo conocimiento debería atribuírsele al juez inmediato jerárquico al que fuera imputable la violación del error *in procedendo*.

⁹¹⁴ Llama la atención que un sector doctrinal haya criticado tan duramente la regulación del sistema de recursos extraordinarios previstos en la nueva LEC, cuando en buena parte es una reproducción del que hasta ahora ha sido considerado como el “maestro” de la casación. Los mismos autores que critican la obra del legislador son en ocasiones los que no dejan de alabar la obra de P. Calamandrei sobre la casación civil.

que el recurso de amparo fuera el remedio procedente contra vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva que podían reparar los propios órganos judiciales.

Antes de entrar a exponer el diseño del recurso, conviene hacer una breve referencia a los órganos jurisdiccionales que, según la LEC, ostentan competencias casacionales. La nueva regulación no altera en absoluto la competencia para conocer del recurso: los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas seguirán conociendo en última instancia de los recursos que se funden – exclusivamente o junto a otros motivos– en infracción de las normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo seguirá conociendo en última instancia de los recursos que se funden en infracción del Derecho civil común⁹¹⁵. Un sector doctrinal ha criticado que el legislador haya optado también en esta ocasión por atribuir el conocimiento del recurso de casación a las Salas de lo Civil los Tribunales Supiores de Justicia cuando el recurso se funde conjuntamente en la infracción de normas de Derecho civil común, especial o propio de la Comunidad Autónoma. Como ya se expuso, esto puede traer consigo que las Salas de lo Civil de los Tribunales Supiores de Justicia mantengan interpretaciones contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de normas de Derecho civil común. Además, puede dar lugar a que los litigantes de pleitos forales puedan elegir entre acudir a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Lo que en esta ocasión no queda tan claro, puesto que no prosperó la reforma de la LOPJ que se tramitó conjuntamente con la nueva LEC, es qué órgano judicial ostenta la competencia para conocer del recurso de casación en los casos en los que junto a infracción de las normas de Derecho civil foral, especial o propio de la Comunidad Autónoma se alegue también la vulneración de precepto constitucional⁹¹⁶.

⁹¹⁵ Vid. artículo 478 LEC.

⁹¹⁶ Como ya se expuso, la LMURP modificó el artículo 1730 de la LEC de 1881. En dicho precepto se estableció expresamente que siempre que se alegara infracción de precepto constitucional, la competencia para conocer del recurso de casación correspondería al Tribunal Supremo. En la regulación actual, sin embargo, tal inciso no se contiene. A esto debe añadirse que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOPJ que se tramitó de forma paralela a la nueva LEC y que no prosperó preveía la supresión del artículo 5.4 LOPJ, en el que se establece que la competencia para conocer del recurso de casación corresponderá siempre que se alegue vulneración de precepto constitucional al Tribunal Supremo “cualquiera sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”. Tomo estos datos de I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*, cit., pág. 471. Teniendo en cuenta que hoy se encuentra vigente el artículo 5.4 LOPJ, la competencia para conocer del recurso de casación en los casos en los que alegue conjuntamente infracción del Derecho civil foral o especial de la Comunidad Autónoma y de precepto constitucional debería corresponder a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

3.3.4.2. Motivos en los que se puede fundar el recurso: el control del Derecho sustantivo.

La mayor novedad es, como ya he adelantado, que el recurso de casación va a quedar “circunscrito a lo sustantivo”⁹¹⁷. El artículo 477 LEC establece que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”, excluidas las de derecho procesal⁹¹⁸.

Como ya se ha dicho, esta nueva configuración de la casación, circunscrita a lo sustantivo, pretende devolver a la casación a su función más genuina: la nomofiláctica y, en consecuencia, la de unificación de doctrina. Se puede afirmar que el actual recurso de casación pone el énfasis en la protección del Derecho objetivo sobre el interés concreto de las partes en litigio. Según han apuntado muchos autores, la única manera de hacer cumplir al Tribunal Supremo con las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas es precisamente dar primacía en su regulación al *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*, sin que ello suponga afirmar que éste no está presente en la actual regulación del recurso.

3.3.4.3. Resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación.

a) Las sentencias: únicos actos judiciales recurribles en casación.

En primer lugar, la LEC establece que sólo serán susceptibles del recurso las sentencias –y no otras resoluciones judiciales– dictadas por las Audiencias Provinciales en los recursos de apelación.

En consecuencia, se excluyen de la casación todos los autos⁹¹⁹, las sentencias dictadas en segunda instancia por los Jueces de Primera Instancia y aquellas

⁹¹⁷ Así se hace constar en la Exposición de Motivos de la norma.

⁹¹⁸ Éste es uno de los aspectos que el Proyecto de Ley Orgánica presentado por el anterior Gobierno de la Nación en el Congreso de los Diputados y publicado el 27 de enero de 2006 en el BOCG (VIII Legislatura, Serie A, núm. 69-1) pretendía reformar.

⁹¹⁹ La redacción originaria del Proyecto de Ley por el que se reforma la casación y al que ya se ha hecho referencia (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 69.1, 27 de enero de 2006) vuelve a establecer la recurribilidad en casación de determinados Autos. *Vid.* el art. doscientos diez del citado Proyecto de Ley en el que se modifica el artículo 477.1 LEC.

procedentes de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en primera y única instancia⁹²⁰.

b) Los criterios acogidos por la LEC para seleccionar la relevancia casacional de la sentencia impugnada: de nuevo la *summa gravaminis* y el interés casacional como criterio central.

En segundo lugar, los criterios que van a tenerse en cuenta para seleccionar lo que realmente tiene interés casacional se distancian en buena medida de los que hasta el momento habían marcado la pauta. Ya no sólo es la *summa gravaminis* la que determina el acceso a la casación, sino que se atiende a otros criterios de carácter material.

Además de los asuntos que alcancen una determinada cuantía, serán susceptibles de recurso de casación aquellas “sentencias que se dictaran para la tutela civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución”⁹²¹ y “cuando la resolución del recurso presente interés casacional”⁹²².

Por lo que se refiere a la *summa gravaminis*, se fijó inicialmente en 25 millones de pesetas, pero ha sido elevada a 600.000 euros mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal. La justificación aducida en la propia norma vuelve a ser “que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos”⁹²³.

Respecto a lo que deba entenderse por “interés casacional”, es la propia LEC la que se encarga de definir tal concepto. Según lo dispuesto por el artículo 477.3 LEC se considera que un asunto presenta tal interés “cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no

⁹²⁰ Las competencias que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia ostentan en primera instancia están previstas en el art. 73.2.a) LOPJ. El Proyecto de Ley al que se hace referencia en la nota anterior también prevé que serán susceptibles de ser recurridas en casación “las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, resolviendo las demandas de responsabilidad civil a que se refiere el artículo 73.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

⁹²¹ Artículo 477.2.1º LEC.

⁹²² Artículo 477.2.3º LEC.

⁹²³ Vid. Preámbulo de la Ley, apartado III.

existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.”

Es evidente que se han producido grandes novedades respecto a la regulación anterior a la hora de seleccionar o determinar las resoluciones judiciales que van a poder ser recurridas a través de esta vía. Como ya expuse en su momento, la LMURP establecía como uno de sus objetivos fundamentales la reforma de la casación civil. Se pretendió entonces priorizar el carácter objetivo de la misma frente a la defensa del *ius litigatoris*. Pero tal pretensión no dejó de incurrir en incoherencias por la forma en que se seleccionaron los criterios determinantes del acceso a la casación. La determinación de una *summa gravaminis* elevada y la inimpugnabilidad de la sentencia “doble conforme” fueron criterios esenciales a la hora de determinar la procedencia del recurso, a pesar de que la naturaleza de estos criterios atendiera más a los intereses del *ius litigatoris* que a la defensa del *ius constitutionis*.

En la nueva regulación de la casación se renuncia a establecer como criterio determinante la inimpugnabilidad de la resolución judicial “doble conforme”. De este modo, se posibilitará la revisión y, en su caso, corrección de la interpretación de la ley realizada por una determinada Audiencia Provincial y asumida por los Juzgados primera instancia de su circunscripción judicial, a pesar de que aquella interpretación fuera contraria a la sostenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Por lo que respecta a la *summa gravaminis*, se barajó durante la elaboración de la LEC la conveniencia de su mantenimiento como criterio para delimitar el ámbito de sentencias recurribles en casación. Como señaló I. Díez-Picazo Giménez, la cuantía del asunto como criterio determinante para el acceso al recurso no estaba recogida ni en el Borrador ni en el Anteproyecto de la LEC⁹²⁴. Fue incluido finalmente en el Proyecto de la LEC estableciéndose la cuantía en quince millones de pesetas. Si finalmente fue incluido en el texto de la Ley fue para posibilitar que los asuntos especialmente importantes desde el punto de vista económico tuvieran acceso a la más alta instancia jurisdiccional del Estado, pero no por ser éste el criterio más adecuado para la consecución de los fines típicamente casacionales. Éste es uno de los pocos resquicios en los que puede apreciarse la dimensión subjetiva de la casación. Así pues, como se desprende claramente tanto de la Exposición de Motivos como del articulado de la LEC, el objetivo del legislador es que todos los asuntos que superaran la *summa*

⁹²⁴ “Libro II. Título IV.- De los recursos” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2001, pág. 831.

gravaminis prevista en la ley, en la actualidad 600.000 euros, tuvieran acceso a la casación, con independencia del procedimiento a través del que se hubiera tramitado el pleito⁹²⁵.

Sin embargo, a pesar de que éste haya sido el criterio barajado por toda la doctrina desde que se dio a conocer el texto de la nueva LEC y, si no el único, sí el más ajustado a los preceptos reguladores de la casación, no ha sido el seguido por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Según ésta, sólo procederá el recurso de casación contra aquellas sentencias recaídas en procesos de cuantía superior a 600.000 euros cuando el procedimiento haya sido fijado por razón de la cuantía. En consecuencia, aquellas sentencias recaídas en procesos que, a pesar de superar con creces la citada cantidad, se hubieran tramitado, al exigirlo así la Ley, como juicio verbal o de cuantía inferior o indeterminada, no podrán recurrirse en casación. La interpretación del Tribunal Supremo, además de ser contraria a la opinión unánime de la doctrina y al propio tenor literal de la ley, viene a desvirtuar en buena medida las razones que impulsaron al legislador a establecer esa *summa gravaminis*.

Otra de las grandes novedades introducidas en la LEC es la recurribilidad en casación de todas aquellas sentencias dictadas por las Audiencias en los juicios referidos a la tutela de derechos fundamentales, salvo los contenidos en el artículo 24.1 CE. Con la anterior regulación, sólo podían recurrirse en casación cuando alcanzaran la *summa gravaminis*. De este modo se posibilita que la Sala Primera del Tribunal Supremo pueda conocer de estos recursos antes de tener que acudir al amparo constitucional. Esta previsión es una muestra más de la importancia que, desde el punto de vista objetivo, los derechos fundamentales ostentan en el ordenamiento. Se trata de elementos esenciales del sistema democrático y de ahí la especial importancia que la Constitución dispensa a su garantía o protección. Con todo, esta opción legislativa no me parece evidente, ya que puede tener dos consecuencias nada ventajosas: por un lado, puede dar lugar a más conflictos o tensiones entre la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en la medida en que las sentencias emitidas por

⁹²⁵ Según dispone el art. 248 LEC, las contiendas judiciales que surjan entre partes deben tramitarse a través de los procedimientos previstos en la propia LEC. En consecuencia, la elección del procedimiento no depende de la voluntad de las partes sino de las reglas previstas en la propia LEC. Estas normas están previstas en los arts. 248 y ss. LEC. De estos preceptos se desprende con claridad que hay determinados procedimientos establecidos no en razón de la cuantía del pleito, sino por la materia. Éste es el caso, por ejemplo, de las reclamaciones de cantidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de tráfico. Con independencia de la suma o cantidad exigida, dichas reclamaciones deben tramitarse necesariamente a través de un juicio verbal.

aquél en este tipo de asuntos podrán ser posteriormente recurridas en amparo. Por otro lado, establecer la procedencia del recurso de casación para todos los casos referidos a derechos fundamentales sustantivos puede hacer que la resolución final de éstos se dilate en exceso⁹²⁶.

Por lo que respecta al requisito del “interés casacional”, es en este nuevo motivo en el que gran parte de la doctrina pone “la clave de la casación”⁹²⁷. Con su instauración se posibilitaban los siguientes objetivos.

Por un lado, al establecerse en la LEC como susceptibles de ser recurridas en casación las sentencias que apliquen normas que no lleven en vigor más de cinco años siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre normas de igual o similar contenido, se concede a este Tribunal la posibilidad de pronunciarse y de crear jurisprudencia sobre todo tipo de materias (sustantivas) civiles y mercantiles, corrigiendo, en su caso, la efectuada por las Audiencias Provinciales. Se evitan así las deficiencias que provocó la LMURP ya que en la nueva LEC, este motivo de impugnabilidad no está sometido a ninguna restricción, ni cuantitativa ni material, excluido claro está el derecho procesal, reservado al recurso extraordinario por infracción procesal. Del mismo modo, permite evitar la consolidación de las interpretaciones erróneas de la Ley que hayan realizado las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales, pues el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre la interpretación de las normas en un tiempo razonable desde su entrada en vigor.

Por otra parte, también se considera que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelve puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Por primera vez, y con mucho retraso respecto a lo acontecido en otros órdenes jurisdiccionales, se introduce en el Derecho procesal civil una norma reguladora de la casación que tiene por objeto la unificación de doctrina. Esta norma permite garantizar, a un tiempo, cierto nivel de igualdad en la

⁹²⁶ Tal y como ha señalado I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., págs. 471-472, esta previsión trae como consecuencia que todo litigio civil sobre derechos fundamentales pueda pasar por cuatro grado de jurisdicción: primera instancia ante el Juzgado, apelación ante la Audiencia, casación ante el Tribunal Supremo y amparo ante el TC. Esto parece compadecerse mal con el tenor literal del artículo 53.2 CE, del que cabe derivar “un mandato al legislador de procurar una particular celeridad en la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.”

⁹²⁷ Así lo ha puesto de manifiesto I. Díez-Picazo Giménez, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 831.

aplicación de la ley en todo el territorio nacional y la vinculación de todos los órganos judiciales a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Asimismo, la combinación de los dos anteriores requisitos de impugnabilidad de las sentencias, permite a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocer de materias sobre las que ya se había pronunciado con ocasión de casos anteriores. Puede suceder que, pasado el tiempo, un órgano jurisdiccional inferior haya procedido a separarse del pronunciamiento realizado en su día por el Tribunal Supremo con el fin de adaptar la norma a las nuevas circunstancias sociales. En estos casos la casación estaría asegurada y el Tribunal Supremo podría separarse motivadamente de sus propios precedentes.

Sin embargo, la Sala Primera del TS interpretó de tal manera los preceptos reguladores de las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en casación que, según la doctrina, desfiguró la *ratio* de la norma y los objetivos que con ella perseguía el legislador. A pesar del tenor literal de la norma, estableció que sólo podían acceder al recurso de casación con base en el motivo de tener “trascendencia constitucional” aquellos asuntos que se hubieran tramitado por razón de la materia y no de la cuantía del pleito. De esta manera, un asunto que aun cumpliendo con los requisitos exigidos en la LEC para ser calificado “de interés casacional” no podía acceder al recurso de casación por haberse tramitado por razón de la cuantía del pleito.

Por fortuna, el legislador mediante la reciente reforma de la LEC operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha venido a dejar sin efecto los criterios interpretativos establecidos por la Sala Primera del TS que limitaban de forma extraordinaria las sentencias que podían acceder a la casación por contener “interés casacional”. En efecto, el art. 477.2.3º prevé que las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia serán recurribles “cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o éste haya sido tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”⁹²⁸. A partir de la nueva redacción del precepto se impide que la Sala Primera del TS siga manteniendo la interpretación que hasta entonces había realizado del art. 477.2.3º LEC. Se trata de un caso en el que se produce una corrección de la interpretación judicial de la legalidad por el legislador⁹²⁹.

⁹²⁸ El citado precepto en su versión original establecía sólo “cuando la resolución del recurso presente interés casacional”.

⁹²⁹ Como consecuencia de esta modificación, la Sala Primera del TS reunida en Pleno no jurisdiccional ha aprobado el 30 de diciembre de 2011 un “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”. Pueden consultarse en la página web del CGPJ.

En realidad, la modificación llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, no se ha limitado a corregir al TS en lo que antes se ha indicado, sino que ha venido a modificar las coordenadas del recurso de casación para asemejarlo a la configuración que se le dio en el Borrador y en el Anteproyecto de la LEC. La generalización de la casación ya no viene dada por la cuantía del pleito, que se sigue manteniendo pero como una modalidad excepcional para los casos que tengan una cuantía muy elevada (superior a los 600.000 Euros), sino por razón del interés casacional.

3.3.5. Recurso extraordinario por infracción procesal.

3.3.5.1. Cuestiones generales.

El recurso extraordinario por infracción procesal es una absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico. El motivo fundamental de su creación es que con la LEC de 2000 la casación ha quedado constreñida a lo sustantivo. A pesar de la veracidad de esta afirmación, desde mi punto de vista, sería muy simplista considerar que ésta ha sido la única motivación que ha impulsado al legislador a instaurar este medio de impugnación. Antes de dar cuenta detallada de la regulación de este recurso extraordinario, me parece conveniente realizar los siguientes comentarios.

En primer lugar, hay que valorar de forma positiva el hecho de que el legislador, ante la decisión de cerrar o excluir de determinados medios de impugnación la reparación de las vulneraciones de las garantías procesales, haya reaccionado creando un nuevo mecanismo de impugnación para cubrir ese déficit. Si se atiende a las diferentes reformas de la casación, resulta evidente que la tendencia del legislador ha sido siempre hacia una restricción de los asuntos con acceso a la misma.

En la legislación vigente antes de la aprobación de la Constitución se establecía un régimen distinto para el acceso a la casación por errores *in procedendo* e *in iudicando*. Mientras que para el acceso a la casación por infracción de ley o doctrina legal se establecían limitaciones por razón de la cuantía y de la materia, no sucedía así respecto a la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Esta

Naturalmente, dicho Acuerdo no tiene valor vinculante ni jurisprudencial en tanto su contenido y criterios no se vean reflejados en las resoluciones jurisdiccionales de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

modalidad casacional venía a cumplir en todo caso respecto de las sentencias dictadas por las Audiencias en segunda instancia las veces de una querrela de nulidad. Sin embargo, la reforma llevada a cabo en 1984 unificó los criterios determinantes del acceso al recurso casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley o doctrina legal. Tras la entrada en vigor de la Constitución se rompió con la tendencia de hacer más impugnables los errores judiciales *in procedendo* causantes de nulidad que los errores *in iudicando*. Es decir, el recurso de casación dejó de ser para todos (o una buena parte) de los casos la vía última para interesar la nulidad de resoluciones judiciales vulneradoras de alguna de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta tendencia a considerar igual de impugnables los errores *in iudicando* e *in procedido* se consolidó en el año 1992 mediante la reforma de la casación llevada a cabo por la LMURP.

Pero la reforma no se limitó a esto. A través de las reformas que en la etapa constitucional sufrió la LEC de 1881, se fue cerrando el acceso a la casación a un buen número de casos por lo que las posibilidades de que ésta fuera un cauce para la reparación de las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.1 CE eran cada vez más limitadas. Así, de ser un instrumento de acceso casi universal para interesar la nulidad de las resoluciones judiciales antes de la entrada en vigor de la Constitución, una vez aprobada ésta, sólo cumplía tal misión respecto de determinados casos. En definitiva, puede afirmarse, aunque un tanto exageradamente, que si antes de 1984 existían los cauces para proteger pocos derechos procesales, una vez aprobada la Constitución, sin embargo, han aumentado los derechos procesales –algunos de ellos también fundamentales– pero se han limitado extraordinariamente los cauces de su reparación ante la jurisdicción ordinaria. Y esto no sólo porque el recurso de casación ha dejado de hacer las veces en todos los casos de *querrela nullitatis*, sino también porque se suprimió el incidente de nulidad de actuaciones. Una de las consecuencias de esta tendencia legislativa fue el incremento de los recursos de amparo interpuestos al amparo del artículo 44.1 LOTC respecto de asuntos tramitados ante los órganos jurisdiccionales civiles.

Las cosas parecían haber dado un vuelco, aunque sólo en el papel, en el año 2000⁹³⁰. El legislador, siguiendo al pie de la letra la propuesta que P. Calamandrei

⁹³⁰ Sólo sobre el papel porque, como se ha apuntado, los preceptos reguladores del recurso extraordinario por infracción procesal aún no han entrado en vigor. De ahí que sea imposible hacer balance a propósito de su puesta en práctica.

hiciera en los años 20 del siglo pasado, ha cerrado la casación a los vicios *in procedendo* pero a cambio ha previsto un nuevo cauce procesal casi universal para conocer de estos últimos. Por primera vez desde 1984 se crea un cauce procesal adecuado para permitir la impugnación de aquellas resoluciones judiciales respecto de las cuales la casación no podía seguir haciendo las veces de *querrela nulitatis*. Pero la reforma no se ha quedado tan sólo en esto, es decir, en prever cauces nuevos, sino que se ha invertido la tendencia legislativa: en la LEC de 2000 se ha optado por volver a establecer como vicios más impugnables los cometidos *in procedendo* que los cometidos *in iudicando*. Y esto porque, como se verá más adelante, los requisitos y las limitaciones establecidas por el legislador para el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal y al de casación no son las mismas. Si el acceso al recurso de casación es tremendamente limitado, no sucede lo mismo con el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal.

En segundo lugar, me gustaría resaltar la idea de que el legislador, con la instauración de este nuevo medio de impugnación, pretendió no sólo devolver a la casación su significado y función más genuina, sino también poner en alguna medida remedio al problema del amparo⁹³¹ y, sobre todo, abrir nuevas vías para tutelar los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Es decir, se trata de un medio de impugnación cuya instauración partió de los problemas reales y actuales que tienen la casación y el recurso de amparo constitucional⁹³².

Respecto a este último debe señalarse que la introducción del recurso extraordinario por infracción procesal presupuso, o mejor dicho, se realizó a partir de la existencia o el mantenimiento del recurso de amparo constitucional frente a las vulneraciones del artículo 24.1 CE⁹³³. Esto debería ser tenido muy en cuenta por los

⁹³¹ Según algunos autores, no es esto lo que realmente ha pretendido el legislador, sino llenar de contenido competencial a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido se ha pronunciado V. Moreno Catena en el “Prólogo a la primera edición” del Código *Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación complementaria*, cit., pág. 27: “esta división del recurso de casación, por iniciativa sobre todo de grupos nacionalistas, se ha debido seguramente a la idea de llenar de contenido competencial a las Salas de lo Civil de los tribunales Superiores de Justicia, que resuelven un número de asuntos ciertamente ínfimo (...)”.

⁹³² Señala en este sentido I. Díez-Picazo Giménez (*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 461): “(...) la razón de ser de la creación de este recurso en la LEC se encuentra, en primer lugar, en el papel que se quiere que desempeñe el TS como cúspide de la jurisdicción ordinaria de nuestro país; y, en segundo lugar, en el deseo de intensificar la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal, aminorando, a su vez, la sobrecarga de trabajo que para el TC supone, hoy por hoy, conocer de los recursos de amparo fundados en violaciones del art. 24 CE.

⁹³³ Aunque algún sector doctrinal considera constitucionalmente admisible sustraer del amparo constitucional los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE, la Exposición de Motivos de la nueva LEC

autores que abogan por excluir del ámbito de protección del amparo los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE. Pero no para reconsiderar sus propias tesis, sino porque no es posible reordenar el amparo al margen de cómo esté configurada la tutela de tales derechos en la jurisdicción ordinaria.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, un sector doctrinal ha sostenido que una de las formas que podrían ayudar a solventar el problema del amparo es desarrollar el artículo 53.2 CE, es decir, mediante la creación de cauces de tutela de los derechos fundamentales de carácter preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria. Y en buena parte, ésta es la filosofía que ha inspirado la regulación de los recursos extraordinarios en general y la instauración del recurso extraordinario por infracción procesal en particular en la nueva LEC. En este sentido, me parece significativo resaltar que este medio de impugnación fue designado en el Borrador del Proyecto de Ley como *recurso de amparo judicial*. Ésta, sin embargo, es tan sólo una forma de ver lo que ha acontecido: que mediante la creación de nuevos cauces de impugnación específicos dirigidos a reparar las vulneraciones de los derechos fundamentales del proceso podía arreglarse en alguna medida el problema del amparo. Sin embargo, y desde mi punto de vista, más que una innovación, lo que realmente se ha hecho es volver al sistema procesal que estaba previsto antes de la reforma de la casación de 1984⁹³⁴ ⁹³⁵. Cualquiera de las dos formas de ver o entender la actuación del legislador lleva a la misma conclusión: la existencia de un cauce que permite la reparación no sólo de la legalidad procesal, sino también de la vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal.

no parece sostener lo mismo. Tras apuntar la posibilidad de que a través del amparo puedan ser conocidas por el TC determinadas infracciones de la legalidad procesal que a su vez pueden considerarse vulneradoras de algunos de los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE, se hace constar al respecto: “Y como quiera que a la vista de los artículos 161.1, letra b) y 53.2 del mismo texto constitucional, parece constitucionalmente inviable sustraer al Tribunal Constitucional todas las materias incluidas en el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental, a la doctrina del Tribunal Constitucional hay que atenerse”.

⁹³⁴ Me refiero únicamente cuando hago tal afirmación a que los cauces para hacer valer los vicios procesales se equiparan a lo previsto en la antigua LEC: se prevé un último grado jurisdiccional que permite la reparación de aquellas resoluciones judiciales que incurren en infracción de precepto procesal. Si en la anterior regulación ese último grado era la casación ahora lo es el recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que desde luego no es equiparable con la legislación anterior es el conjunto de garantías procesales que rigen hoy el proceso.

⁹³⁵ Esta es, en parte, la opinión de I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 461: “El recurso extraordinario por infracción procesal ha sido regulado a imagen y semejanza del antiguo recurso de casación cuando el mismo estaba basado en motivos procesales, es decir, lo que la vieja LECA (Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) denominaba (hasta 1984) recurso de casación por *quebrantamiento de forma*”.

Respecto a la casación, debe señalarse que los redactores de la LEC han venido a adoptar las tesis apuntadas por Calamandrei, para quien atribuir al Tribunal de Casación el conocimiento de los vicios *in procedendo* supone una desnaturalización del órgano. Según este autor las inejecuciones por parte del juez de las normas procesales no requieren de una instancia casacional, que no hace sino dificultar la verdadera misión del Tribunal Supremo: la protección de la ley y la unificación de doctrina. De esta tesis no se deriva necesariamente que no puedan ni deban realizarse funciones de tipo casacional sobre las normas reguladoras del Derecho procesal civil. Calamandrei, siguiendo en este caso a Chiovenda⁹³⁶, mantuvo que esta labor era necesaria y que debía llevarla a cabo el Tribunal Supremo, pero tan sólo en aquellos casos en los que existiera infracción de ley procesal, pero no en los que se produjera una inejecución de la misma⁹³⁷. De ahí que no sea contradictoria esta idea, es decir excluir de la casación los errores cometidos *in procedendo* con el hecho de atribuir al recurso extraordinario por infracción procesal naturaleza casacional. De este asunto me ocupé en el epígrafe siguiente.

3.3.5.2. Naturaleza jurídica del recurso extraordinario por infracción procesal y la competencia para su conocimiento.

Según ha indicado la doctrina, es evidente la naturaleza casacional del recurso extraordinario por infracción procesal⁹³⁸. Esta misma opinión fue sostenida por el Consejo General del Poder Judicial que calificó a este medio de impugnación como “paracasacional”⁹³⁹. Esto significa que a través de este recurso lo que se pretende no es sólo proteger al litigante frente a la vulneración del Derecho procesal civil (defensa del *ius litigatoris*), sino también proteger la ley (función nomofiláctica) y crear

⁹³⁶ Según J. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid, 1925, págs. 136-172, la necesaria unidad en la aplicación de la ley formal o procesal es más necesaria que en cualquier otra materia, ya que es la suprema exigencia de todo el sistema judicial.

⁹³⁷ La infracción de precepto procesal presupone siempre la interpretación errónea de la norma procesal. Sin embargo, “la inejecución de precepto procesal” no siempre viene precedida de una interpretación errónea de la ley ritual, sino que puede tener su origen en un simple despiste o negligencia del juez. Mientras que las primeras necesitan de una instancia casacional correctora que evite la consolidación de una interpretación errónea de la ley, no sucede lo mismo respecto a las segundas, esto es, las “inejecuciones de la ley procesal”. Estas necesitan de una instancia reparadora de los derechos del litigante, pero no de una instancia casacional.

⁹³⁸ *Vid.*, por todos, I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 461.

⁹³⁹ Así definió este recurso el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de 11 de mayo de 1998 al Anteproyecto de LEC.

jurisprudencia (función de unificación de doctrina). Estas dos últimas finalidades, que son las típicamente casacionales, resultan “atenuadas”, puesto que la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal ha sido atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que actuarán como Salas de lo Civil (art. 468LEC), y no a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por tanto, son esos órganos y no la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo –salvo en lo que se dirá en relación con el recurso en interés de ley– los que tienen la última palabra en relación con la doctrina procesal salvo, claro está, la emanada del TC en materia de “garantías constitucionales”. Y es precisamente éste el motivo que permite afirmar que las funciones casacionales quedan “atenuadas”: las funciones nomofiláctica y uniformadora sólo desplegarán sus efectos en el territorio de cada Comunidad Autónoma.

Con esta regulación es evidente que se corre el riesgo de que se produzca una dispersión jurisprudencial al quedar descentralizada la competencia casacional. Sin embargo, el recurso de casación en interés de ley permite a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tener la penúltima palabra sobre cuestiones procesales civiles y unificar la jurisprudencia emanada de los distintos Tribunales Superiores de Justicia⁹⁴⁰.

Sólo una última cuestión en cuanto a las finalidades casacionales de esta modalidad impugnativa. Al contrario de lo que sucede con la casación, la doctrina ha señalado que a través del recurso extraordinario por infracción procesal se da más importancia a la defensa del *ius litigatoris* que al del *ius constitutionis*⁹⁴¹, o en otras palabras, prevalece la vertiente subjetiva del recurso sobre la objetiva.

3.3.5.3. Resoluciones judiciales recurribles a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

Que el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal sean recursos alternativos no significa que las resoluciones judiciales susceptibles de ser impugnadas a través de una u otra vía sean las mismas. En el artículo 468 LEC se establece que procederá el recurso extraordinario por infracción procesal contra las

⁹⁴⁰ Penúltima palabra, porque como se ha expuesto anteriormente, tratándose de los derechos insertos en el art. 24.1 CE la última palabra siempre la tendrá el TC.

⁹⁴¹ Vid. en este sentido I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit. pág. 461.

sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia. Por tanto, todas estas resoluciones podrán ser revisadas por los Tribunales Superiores de Justicia, siempre y cuando hayan incurrido en infracción procesal, sin que existan limitaciones por razón de la cuantía o de la materia del pleito. El legislador, por tanto, como ya se ha apuntado unas líneas antes, ha roto con la tendencia iniciada en el año 1984 consistente en hacer igualmente impugnables los errores en la aplicación de la ley sustantiva y en la procesal. Al no prever restricciones para el acceso a este medio de impugnación, ha vuelto a considerar más impugnables los errores en la aplicación de ley procesal que los errores cometidos *in iudicando de iure*⁹⁴².

3.3.5.4 Motivos en los que puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal.

Como recurso extraordinario que es, los motivos en los que puede fundarse son los tasados en la Ley, concretamente en el artículo 469 LEC, a saber:

1º. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

3º. Infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4º. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

⁹⁴² I. Díez-Picazo Giménez ha señalado a este respecto (*Ibíd.*, pág. 460): “(...) respecto de la situación precedente (la de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua), la LEC no restringe el derecho a los recursos, sino que, en términos globales, lo amplía. Aunque es verdad que en los casos en que antes el litigante tenía recurso de casación (y podía hacer valer en él tanto motivos sustantivos como procesales), la LEC supone una restricción (porque el litigante tendrá que optar entre el recurso extraordinario por infracción procesal y, en su caso, el recurso de casación por motivos sustantivos), lo cierto es que, con el régimen de la LECA [Ley de Enjuiciamiento civil antigua], la inmensa mayoría de las sentencias dictadas en segunda instancia no eran susceptibles de recurso alguno. Respecto de esa inmensa mayoría, es innegable que la LEC trae consigo una considerable ampliación del derecho a los recursos”. Aunque el autor no lo diga expresamente, es evidente que esta ampliación del derecho de acceso a los recursos se produce como consecuencia de la opción por esta mayor impugnabilidad de los errores en la aplicación de las normas de carácter procesal.

Tanto la infracción de legalidad procesal como de los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE pueden ser invocados en este medio de impugnación. Sin embargo, mientras que toda infracción o vulneración de los derechos previstos en el artículo 24.1 CE es alegable en este recurso extraordinario, no sucede lo mismo con las vulneraciones de la legalidad procesal civil. No toda infracción procesal permite el acceso a este recurso extraordinario. Ésta es una de las diferencias entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. En casación puede alegarse cualquier infracción del derecho sustantivo o material; en el recurso extraordinario por infracción procesal sólo las vulneraciones de *determinados* preceptos procesales.

Al igual que sucede con el amparo constitucional, uno de los requisitos que condicionan la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal es que, en la medida de lo posible, la infracción procesal o la vulneración del artículo 24 CE se haya denunciado en la instancia –o en ambas, si es que se produjo en la primera– y, en consecuencia, se haya intentado su subsanación. La LEC condiciona la admisibilidad del recurso a que quien padeció la infracción procesal o la vulneración del derecho fundamental diera la oportunidad al órgano u órganos judiciales que la produjeron, o que conocieron de ella en apelación, de repararla.

3.4.6. Recurso en interés de Ley.

3.4.6.1. Competencia y finalidad del recurso en interés de Ley: la defensa de la ley procesal por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Conviene advertir, antes de nada, que a pesar de que la LEC entró en vigor el 8 de enero de 2001, no lo hicieron los artículos que regulan este recurso. Esto se debe, como en el caso de la casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, a que no se ha modificado la LOPJ para que pueda ponerse en marcha el sistema de recursos previsto en la LEC de 2000. Así pues, a día de hoy no existe en la práctica el recurso de casación en interés de ley. Sin embargo, resulta oportuno dar cuenta de su regulación en la LEC ya que el objetivo de este trabajo de investigación no se agota, ni mucho menos, en la exposición de los diferentes medios de impugnación en vigor.

El legislador de 2000 ha optado por mantener el recurso en interés de ley del que sigue conociendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sin embargo, el objeto y la finalidad perseguida con su nueva regulación cambia radicalmente, ya que queda circunscrito a lo procesal: el artículo 490 LEC establece que este recurso podrá interponerse “respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia [sostengan] criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales”. Se trata, pues, de una vía mediante la que la Sala Primera del Tribunal Supremo podrá pronunciarse acerca de las normas procesales civiles de las que no puede conocer en casación. Como ya se dijo anteriormente, el hecho de que sean los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las vulneraciones del Derecho procesal a través del recurso extraordinario por infracción procesal, puede provocar una disparidad de criterios interpretativos sobre una misma norma procesal civil. El recurso en interés de la ley es, en este sentido, el instrumento unificador de la doctrina procesal civil⁹⁴³. Pero no sólo eso, además, este medio de impugnación devuelve a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo su posición de último y supremo Tribunal del Derecho procesal civil⁹⁴⁴. Por todo ello, hubiera sido más correcto referirse a este recurso como “recurso en interés de la ley *procesal*”.

3.4.6.2. Legitimación para recurrir y efectos de las sentencias dictadas en interés de la ley.

La legitimación, al igual que en la LEC de 1881, sigue siendo limitada. Este hecho, unido al escaso uso que tradicional e históricamente se ha hecho del mismo impediría al recurso, según han apuntado la doctrina y el CGPJ, tener éxito en la consecución de su objetivo único: sentar jurisprudencia. Parece evidente que si una vez entrados en vigor los preceptos reguladores de este recurso se sigue haciendo un uso

⁹⁴³ Hay que tener en cuenta que el recurso no se interpone contra una sola sentencia, sino contra dos o más que interpretan de distinta manera una determinada norma de carácter procesal.

⁹⁴⁴ Un sector doctrinal ha sostenido que el sistema de recursos extraordinarios diseñado por la LEC vulnera el artículo 123 CE en la medida en que no permite la alegación de las infracciones del Derecho procesal civil en el recurso de casación, sin que el recurso de casación en interés de la ley sea un instrumento suficiente para devolver a la Sala de lo Civil del TS el poder último y definitivo para pronunciarse respecto a esta materia. *Vid.*, entre otros, V. Moreno Catena, “Prólogo a la primera edición” del Código *Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación complementaria*, cit., pág. 30.

tan escaso del mismo como se ha venido haciendo históricamente, será casi imposible que la Sala Primera del TS pueda pronunciarse acerca del Derecho procesal civil. Seguramente por estas razones, el legislador ha ampliado el número de legitimados para interponer el recurso en interés de ley. Según lo previsto por el artículo 491 LEC, pueden recurrir el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo y “las personas jurídicas de Derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre estas cuestiones”⁹⁴⁵.

No obstante, aunque el legislador haya ampliado la legitimación activa con el objeto de potenciar la utilización de este medio de impugnación, la LEC prevé determinados presupuestos de admisibilidad del recurso que pueden llevar a que esta figura no sea prácticamente utilizada. En efecto, una de las posibles causas que pueden impedir la interposición de este recurso, o mejor dicho, que provoquen la inadmisión del mismo, es el hecho de que los litigantes interpongan recursos de amparo constitucional contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos extraordinarios por infracción procesal. Según dispone el artículo 490 LEC no procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el TC. Es evidente que no es fácil saber cuando una infracción de la legalidad ordinaria supone también la vulneración de alguna de las garantías previstas en el artículo 24.1 CE. Este hecho, unido al éxito que sigue manteniendo el amparo constitucional entre los litigantes, podría llevar a que cualquier sentencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia acabara por ser recurrida ante el TC. Y ello no sólo en los casos en los que pueden existir dudas acerca la posible estimación del amparo, sino también respecto de aquellas que no presentan duda alguna su inadmisibilidad a trámite por carecer el asunto de trascendencia constitucional. Sin duda, las anteriores circunstancias pueden provocar que sobre asuntos de estricta interpretación de la legalidad ordinaria no pueda acudir al recurso en interés de la ley debido a que los litigantes intentaran previamente la vía del amparo. De todo lo expuesto anteriormente cabe concluir que la interposición del recurso en interés de la ley no depende de la voluntad de los legitimados para su interposición, sino de que las partes que fueron parte en el proceso no acudan al recurso de amparo constitucional.

⁹⁴⁵ Entre estas últimas podrían considerarse legitimados los Colegios de Procuradores y Abogados, que claramente tienen interés en que la jurisprudencia emanada de los Tribunales Superiores de Justicia sea unificada a través de esta vía procesal.

En cuanto a los efectos de las sentencias dictadas con ocasión del recurso en interés de ley, las situaciones particulares derivadas de las sentencias contrastantes no resultan en absoluto afectadas. La sentencia vincula al resto de Jueces y Tribunales, esto es, a través del recurso en interés de ley la Sala Primera del TS tendrá la última palabra acerca de cómo ha de interpretarse una determinada norma procesal civil y deberá ser ésta la que sigan el resto de los órganos judiciales⁹⁴⁶. De ahí que la LEC prevea en los casos en los que la sentencia sea estimatoria, y en consecuencia fije doctrina legal, su publicación en el BOE. Según dispone la LEC, la doctrina contenida en las sentencias vinculará al resto de los órganos judiciales a partir de su publicación.

3.4.6.3 Recurso de casación en interés de ley y recurso de amparo constitucional.

Me parece que la configuración del recurso de casación en interés de la ley puede plantear algunos problemas con la doctrina que respecto del artículo 24.1 CE pueda establecer el Tribunal Constitucional en sus sentencias en amparo, fundamentalmente porque de la LEC no se deriva claramente cuáles son, dentro del ámbito procesal, las materias sobre las que puede pronunciarse el Tribunal Supremo a través del recurso en interés de la ley.

Como se ha señalado anteriormente, la LEC se limita a decir que no procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional. Para que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo pueda verificar tal extremo y pueda, consecuentemente, pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, se prevé en el artículo 492.2.2ª LEC que junto al escrito de interposición del recurso, el recurrente debe adjuntar “certificación expedida por el Tribunal Constitucional, que acredite que, transcurrido el plazo para recurrir en amparo, no se ha interpuesto dicho recurso contra ninguna de las sentencias alegadas”.

⁹⁴⁶ La LEC, en su artículo 493, establece esta obligación de forma taxativa: la sentencia que siendo estimatoria contenga doctrina jurisprudencial “complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo”. Refiriéndose a este precepto, I. Díez-Picazo Giménez ha señalado (*Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo*, cit., pág. 483): “Por iniciativa parlamentaria, la LEC otorga a esta jurisprudencia del TS un valor mayor del que con carácter general atribuye a la jurisprudencia en el art. 1.6 CC. En este caso la jurisprudencia del TS es *vinculante*. La razón debe buscarse en que, con carácter general, la garantía del seguimiento de la jurisprudencia del TS se encuentra en que las resoluciones de los tribunales inferiores sean recurribles ante el propio TS. Ahora bien, tal cosa no sucede con la jurisprudencia sobre cuestiones procesales. Por ello, el único modo de garantizar su valor es otorgarle fuerza vinculante”.

Lo que, por todos los medios, trata de evitar la LEC es que una misma sentencia sea recurrida en amparo y a la vez constituya fundamento en un recurso en interés de la ley. Pero la LEC no impide en ningún momento que la Sala Primera del Tribunal Supremo pueda pronunciarse mediante este recurso sobre los derechos del artículo 24.1 CE. Del articulado parece deducirse más bien lo contrario, y ello por los siguientes motivos:

En primer lugar porque uno de los motivos en los que puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal es el previsto en el artículo 469.1.4º LEC, esto es, la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Debido a ello, si alguna vez son de aplicación los preceptos reguladores de este instrumento, pueden producirse sentencias contradictorias dictadas en recursos extraordinarios por infracción procesal fundados precisamente en el motivo previsto en el artículo 469.1.4º, es decir, derechos procesales fundamentales. Pues bien, nada se dice en la LEC acerca de que no quepa interponer el recurso en interés de ley contra aquellas sentencias contradictorias que se hubieran dictado en relación con el motivo 469.1.4º LEC y que en consecuencia, versen sobre derechos procesales fundamentales (artículo 24.1 CE).

En segundo lugar, porque uno de los sujetos que ostenta legitimación activa para su interposición es el Defensor del Pueblo. Ningún sentido tendría tal regulación si lo pretendido a través de ella fuera hacer partícipe al Defensor del Pueblo de la defensa en abstracto de la legalidad procesal civil. La intervención del Defensor del Pueblo sólo puede entenderse si la misma está encaminada a la protección de los derechos fundamentales comprendidos en el Título I de la Constitución⁹⁴⁷.

Me parece, por tanto, que puede afirmarse que la LEC no circunscribe el recurso en interés de la ley a las materias de legalidad procesal civil, sino que también puede ser un cauce procesal a través del cual la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se puede pronunciar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sobre el derecho a no sufrir indefensión consagrados en el artículo 24.1 CE. Sostener otra cosa sería, además, un tanto extravagante puesto que en ocasiones no resulta en absoluto claro si una

⁹⁴⁷ Como señala Aguiar de Luque, “tanto por la ubicación sistemática de la regulación del Defensor del Pueblo en el texto constitucional (Título I, Capítulo IV, «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales»), como por la dicción concreta del art. 54 CE, puede afirmarse que la función de dicha institución en el ordenamiento español es la protección de los derechos consagrados en el Título I de la Constitución, de tal modo que sus facultades han de interpretarse a la luz de dicha función garantizadora que constituye la razón de ser de la institución en nuestro ordenamiento.” *Voz “Defensor del Pueblo”, Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III. *Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales*, coord. M. Aragón Reyes, Madrid, 2001, pág. 231.

determinada interpretación de la norma procesal es vulneradora sólo de la ley o también lo es de la Constitución. Sostener que la Sala Primera del Tribunal Supremo sólo puede pronunciarse sobre asuntos de mera legalidad procesal conduciría al absurdo de que ésta, tramitado un recurso en interés de ley y verificado en fase de votación y fallo que el asunto excede de la mera legalidad, tuviera que dictar una sentencia de inadmisión porque el asunto versara sobre derechos fundamentales.

A pesar de esto, algunos autores han definido esta vía “como pieza de cierre respecto de cuestiones procesales no atribuidas al Tribunal Constitucional”⁹⁴⁸. Otros autores, sin embargo, a pesar de reconocer que tanto el recurso de amparo constitucional como el recurso en interés de ley pueden referirse al mismo objeto, sostienen que para evitar las posibles contradicciones que pudieran darse entre ambos Tribunales, es suficiente la previsión del artículo 490.2 LEC⁹⁴⁹, que es el que ordena la improcedencia del recurso en interés de la ley contra las sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, creo que tal previsión no soluciona, ni mucho menos, el problema de la posible contradicción entre pronunciamientos sobre el mismo objeto.

Y esto es así, desde mi punto de vista, porque no es nada infrecuente que existan resoluciones idénticas en materia procesal civil, esto es, “resoluciones tipo” que resultan adecuadas para dar respuesta suficiente a un número importante de supuestos, aun en el caso de que no sean idénticos. Y podría darse el caso, nada extraño, que algún litigante opte por recurrir en amparo una “sentencia tipo” que confirma como constitucional una determinada interpretación de una norma procesal y otro litigante, sin embargo, en un caso similar pero resuelto de forma idéntica al recurrido en amparo decida no hacerlo. Podría suceder que, pendiente un recurso de amparo respecto de una sentencia tipo, otra idéntica fuera aportada en el Tribunal Supremo con motivo de la interposición de un recurso en interés de la ley⁹⁵⁰.

Así las cosas, es obvio que puede haber contradicción. Me parece que la regulación del recurso en interés de la ley se aparta de uno de los fines de la LEC establecido en su Exposición de Motivos: reducir de forma considerable “las

⁹⁴⁸ A. Bonet Navarro, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000, págs. 251-252.

⁹⁴⁹ Entre otros sostiene esta tesis I. Díez Picazo Giménez, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con A. de la Oliva Santos, I. Vegas Torre, J. Banacloche Palao, Madrid, 2001, págs. 849-850.

⁹⁵⁰ La única forma de evitar que esto ocurriera sería ordenar la inadmisión del recurso en interés de ley cuando penda ante el TC, no un asunto idéntico al que pretenda tramitar ante el Tribunal Supremo a través del recurso en interés de la ley, sino una resolución tipo que a su vez ha sido alegada en el recurso en interés de la ley. Es evidente que llevar a cabo dicho control es imposible.

posibilidades de fricción o choque entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”.

Es cierto que en otras parcelas ajenas al Derecho procesal civil también pueden darse pronunciamientos contradictorios sobre el mismo objeto. Esto sucede siempre que las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo son impugnadas en amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero estos supuestos en nada se parecen al que ahora se comenta, debido a los efectos vinculantes que la LEC confiere las sentencias dictadas en interés de la ley⁹⁵¹.

3.4.7. Revisión de las sentencias firmes.

La novedad más destacable respecto de la revisión de sentencias firmes es la nueva denominación de este instrumento procesal en la nueva LEC. El Título VI del Libro II de la LEC se rotula “De la revisión de las sentencias firmes”. Desaparece el término “recurso” para hacer referencia a la revisión y, de hecho, su regulación no se contiene en el Título V (“de los recursos”), sino que se incluye en el VII. Se opta así por remarcar su naturaleza de proceso autónomo y no de recurso tal y como venía sosteniendo un sector doctrinal.

La competencia para conocer de esta acción se establece en iguales términos que en la regulación anterior, esto es, se le atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia⁹⁵².

⁹⁵¹ La LEC establece la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en interés de la ley. Sin embargo, creo que la doctrina prevista en estas puede ser revisada por el TC. Así, un particular podría perfectamente presentar un recurso de amparo contra una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia que aplique la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al entender que la misma es contraria a lo dispuesto en el artículo 24 CE. Es evidente que este sería un caso en el que la tensión entre ambos órganos jurisdiccionales estaría asegurada.

⁹⁵² Se sigue atribuyendo la competencia para conocer de la revisión a la Sala de lo Civil del TS o a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Estos últimos sólo serán competentes en el caso de que la sentencia cuya revisión se interesa se hubiere aplicado Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. No obstante, algunas propuestas, no ven sentido a que el TS tenga que conocer del recurso de revisión siempre que se aplique derecho estatal. *Vid.* en este último sentido, los Acuerdos adoptados por la Sala de Gobierno del TS en su sesión del día 23 de mayo de 2000 en relación con las propuestas formuladas por las distintas Salas sobre la “Evaluación de la situación del Tribunal Supremo respecto del cumplimiento de su función constitucional”. La Ponencia presentada por la Sala Primera y aprobada por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo decía textualmente: “En cambio no hay razón que objetivamente justifique hoy la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de revisión, que podría atribuirse sin inconveniente alguno a las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia”. Dichos Acuerdos se encuentran publicados en el libro *Del modo de arreglar la Justicia. Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo*,

A pesar del cambio de denominación que ha experimentado, debe señalarse que la finalidad de la revisión sigue siendo la misma que la prevista en la antigua LEC y de ahí que haya pocas novedades que señalar. Por lo que respecta a los motivos en los que puede fundarse la acción rescisoria, éstos son prácticamente idénticos a los establecidos en la antigua LEC⁹⁵³. Siguen consistiendo en circunstancias trascendentes al proceso, es decir, que nada tienen que ver con el error manifiesto del juzgador en la consignación de la *quaestio facti*. Llama la atención el hecho de que no se hubiese reconsiderado en el proceso de elaboración de la LEC la posibilidad de incluir en la acción de rescisión nuevos motivos que permitan la alegación del error judicial, lo que supondría ampliar dicha acción para hacer valer la injusticia de la sentencia por circunstancias inmanentes al proceso. Y máxime si se tienen en cuenta tres factores fundamentales.

El primero es que es absolutamente coyuntural el hecho de que en nuestra tradición procesal el recurso de revisión (o acción de rescisión) no haya contemplado el error judicial manifiesto en la *quaestio facti*. Como ya se expuso, esto se debió a que la casación permitía, aunque limitadamente, la revisión de la cuestión de hecho.

El segundo es que si acudimos al Derecho comparado, podemos comprobar que algunos países de nuestro entorno incluyen en la acción de rescisión o revocación de sentencias el error manifiesto o notorio imputable al juez en relación con la consignación de hechos probados. Es, por ejemplo, el caso de Italia tal como se ha señalado en el capítulo tercero de este trabajo.

Y en tercer y último lugar, el que no se pensara entonces ampliar los motivos de revisión aprovechando la aprobación de nueva LEC se explica aún menos si se tiene en cuenta que el TC, al igual que la Corte Constitucional italiana aunque desde otra perspectiva, ha venido considerando desde la década de los noventa como derecho del artículo 24.1 CE el error manifiesto o patente en la cuestión de hecho imputable al

Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, ed. Tribunal Supremo, Madrid, 2000.

⁹⁵³ En efecto, los motivos en los que puede fundarse la acción de rescisión de sentencias firmes están contenidos en el artículo 510 LEC:

- 1º. Si después de pronunciada [la sentencia], se recobraren u obtuvieren documentos decisivos de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado.
- 2º. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declare después penalmente.
- 3º. Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- 4º. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

órgano judicial⁹⁵⁴. La gran diferencia entre el Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional italiana es que mientras que el primero ha visto durante muchos años en la fórmula del amparo constitucional la vía adecuada para la reparación de este derecho cuando no existían otros medios de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, la segunda entiende que es obligación del legislador el establecimiento de medios de impugnación que permitan garantizar la corrección del error de hecho manifiesto o patente imputable al juez.

3.4.8. Rescisión de sentencias firmes a instancias del rebelde.

Al igual que sucede con la revisión de sentencias firmes, la solicitud de rescisión de las mismas por parte del rebelde deja de ser considerada como un recurso, por lo que su regulación no se contiene tampoco en el Título IV (“De los recursos”) del Libro II, sino en el Título V (“De la rebeldía y de la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde”)⁹⁵⁵. La solicitud de rescisión de la sentencia por el demandado rebelde deja de ser considerada como un verdadero recurso, resaltándose su naturaleza de proceso autónomo.

Los objetivos de este medio de impugnación son los mismos que en la regulación anterior: posibilitar a la parte que no pudo personarse en el proceso y que,

⁹⁵⁴ En una de las últimas sentencias estimatorias, concretamente en la 64/2006, el TC pone de relieve cuáles son los requisitos que deben concurrir para que un error judicial referido a la cuestión de hecho pueda considerarse vulnerador del artículo 24.1 CE: “Por lo que se refiere al error patente con relevancia constitucional, nuestra doctrina ha señalado reiteradamente que la figura del error patente viene relacionada con aspectos de carácter fáctico y que para que el error llegue a determinar la vulneración de la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 LOTC. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional (por todas, STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4; 150/2000, de 12 de junio, FJ 2, 169/2000, de 26 de junio, FJ 2; 171/2001, de 19 de julio, FJ 4; y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6).”

⁹⁵⁵ La acción de rescisión está regulada en los arts. 501 y ss. LEC.

en consecuencia, al permanecer constantemente en rebeldía, no pudo ser oída, la rescisión de la sentencia judicial firme que produce efectos de cosa juzgada⁹⁵⁶.

El órgano judicial que ostenta la competencia para conocer de esta acción es el mismo que dictó la sentencia cuya rescisión se interesa.

Los supuestos en los que procede la audiencia al rebelde están previstos en el artículo 501 LEC y, al igual que sucedía en la regulación anterior, entre ellos no existe ninguno que se refiera al error cometido por el órgano judicial al efectuar la correspondiente notificación⁹⁵⁷. Esta vía de rescisión de sentencias parte, por tanto, del presupuesto de que la notificación al demandado rebelde se hizo en forma legal y que el órgano judicial no ha sido en ningún caso el causante de que el demandado no haya podido personarse en los autos. Cuando la incomparecencia del demandado se produce porque la notificación del inicio del juicio se ha producido de manera incorrecta, el cauce adecuado para interesar la rescisión de la sentencia no es la acción de rescisión del demandado rebelde, sino el incidente de nulidad de actuaciones.

La mayor novedad que presenta la nueva regulación es que impone tales exigencias al rebelde para que pruebe la concurrencia de los motivos en los que puede fundarse la acción que es difícil que su solicitud pueda ser instada de forma fraudulenta.

3.4.9. Otros recursos previstos en la LEC

3.4.9.1. Recursos contra Autos y Providencias: la reposición y la queja.

⁹⁵⁶ No será admisible la acción de rescisión contra aquellas sentencias que aun siendo firmes hubieren sido dictadas en procesos sumarios.

⁹⁵⁷ El artículo 501 LEC establece que “los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los siguientes casos:

1º. De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.

2º. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieran realizado por cédula [es decir a una tercera persona: empleado o familiar, mayor de 14 años, persona que manifieste conocer al destinatario o persona a cargo de la dependencia de recepción de documentos en el lugar de trabajo no ocasional], pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado por causa que no le sea imputable.

3º. De desconocimiento de la demanda o del pleito, cuando el demandado en rebeldía haya sido emplazado o citado por edictos y haya estado ausente del lugar en que haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos”.

Además de los recursos de los que ya se ha dado cuenta, se prevén en la nueva LEC los recursos de reposición y queja. Respecto de este último no se contienen novedades importantes en la LEC que requieran un tratamiento específico en este trabajo. Por el contrario, sí conviene hacer alguna alusión a las novedades que la nueva LEC introduce en el recurso de reposición.

El recurso de reposición sigue configurándose como un recurso ordinario, sin efectos devolutivos ni suspensivos, que cabe interponer contra providencias y autos no definitivos dictados por cualquier clase de Tribunal civil. De esto se desprende que una de las novedades de la LEC es que abandona la dualidad de denominaciones (reposición y súplica) que imperaba en la antigua legislación, y también, en consecuencia, las diferencias que desde el punto de vista de su tramitación y procedencia, se establecían entre uno y otro recurso. Ahora se puede decir que existe tan sólo un tipo de recurso con un mismo régimen legal que cabe interponer contra cualquier decisión interlocutoria.

Uno de los puntos clave que la nueva LEC ha establecido en el sistema de recursos es la irrecurribilidad de los Autos que resuelvan los recursos de reposición⁹⁵⁸. Esto no impide que la parte perjudicada por el Auto pueda reproducir la cuestión objeto del recurso en el momento de recurrir la resolución definitiva.

3.4.9.2. El recurso de revisión contra los decretos dictados por el Secretario Judicial.

Como es sabido, la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la LO 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de nueva Oficina Judicial han hecho posible la aplicación del nuevo modelo de organización de la Justicia que estaba inicialmente diseñado en la reforma de la LOPJ que se llevó a cabo en el año 2003. El nuevo modelo confiere un mayor haz de facultades a los Secretarios Judiciales, algunas de las cuales, me parece, nunca deberían haber sido despojadas al juez, puesto que es a quien la Constitución le

⁹⁵⁸ Con la salvedad, claro está, de los Autos que declaren la inadmisibilidad de los recursos de carácter extraordinario o del de apelación. Contra éstos, al igual que en la legislación anterior, podrá interponerse recurso de queja (*vid.* art. 454 LEC).

confiere en exclusiva la potestad jurisdiccional. El Secretario Judicial se ha hecho el dueño de lo procesal, entendida esta última acepción como algo ajeno a lo jurisdiccional. No obstante, no es este el sitio ni el momento para profundizar en la reforma apuntada. Lo cierto es que el Derecho positivo, prevé hoy la posibilidad de que el Secretario Judicial, y no el órgano judicial, determine tanto el comienzo del proceso —ya que tiene atribuido el control de admisibilidad de las demandas— como su fin —ya que puede poner por sí mismo fin al proceso en determinados casos previstos legalmente.

Debido a la extraordinaria importancia de sus facultades, la LO 13/2009, de 3 de noviembre, ha modificado la LEC en el sentido de introducir en el Capítulo II del Título IV del Libro Segundo de la LEC que lleva por rúbrica “De los recursos. Disposiciones generales”, dos recursos que cabe interponer contra las decisiones adoptadas por los Secretarios Judiciales en el curso de los procesos judiciales. Estos son el recurso de reposición y el recurso de revisión⁹⁵⁹. Sólo me centraré en este último ya que es el único de ambos cuyo conocimiento viene atribuido al órgano judicial.

El art. 454 bis de la LEC prevé que podrá interponerse este recurso contra los decretos del Secretario Judicial que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación y contra aquellos en los que se prevea expresamente en la Ley. Esta previsión del control jurisdiccional de los actos procesales de los Secretarios Judiciales es lo que, a juicio de algunos autores, salva la constitucionalidad del nuevo modelo adoptado. Hay que tener en cuenta que el mal llamado recurso de revisión, no es en puridad un recurso jurisdiccional en sentido técnico-jurídico, dado que el objeto de control no es un acto jurisdiccional. De lo anterior se deriva que este recurso de revisión se convierte en el primer mecanismo jurisdiccional que permite al Juez comprobar que la actuación del Secretario se ajustó a la legalidad. De ahí que, aunque está previsto en la LEC un trámite para su admisión —que, por cierto, lo lleva a cabo el propio Secretario Judicial— deban aplicarse los test de constitucionalidad que rigen para el derecho de acceso a la jurisdicción (*pro actione*).

Como ya se expuso al dar cuenta del recurso de apelación, el legislador ha previsto que contra los autos resolutorios del recurso de revisión podrá interponerse

⁹⁵⁹ El recurso de reposición del que se ha dado cuenta en el epígrafe anterior también es aplicable a las diligencias de ordenación y a los decretos no definitivos dictados por el Secretario Judicial, en cuyo caso, su conocimiento viene atribuido en la LEC mismo órgano que los dictó, esto es, al Secretario Judicial. Contra la resolución del recurso de reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio, según el art. 454 bis, de reproducir la cuestión ante la primera audiencia si fuera posible o, en otro caso, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva.

recurso de apelación en aquellos casos en los que se ponga fin al procedimiento o se impida su continuación.

3.4.10. Régimen legal transitorio (hoy vigente) de los recursos de carácter extraordinario: la Disposición Final Decimosexta de la LEC⁹⁶⁰.

3.4.10.1. Introducción.

Como ya se ha dicho, el régimen de recursos extraordinarios aplicable en el momento de escribir estas líneas no es el previsto en el articulado de la LEC sino el contenido en su Disposición Final decimosexta. Baste recordar en este momento que esta Disposición es el producto de una enmienda presentada en el Senado para establecer un régimen provisional en materia de recursos extraordinarios ya que la reforma de la LOPJ que se estaba tramitando paralelamente a la LEC no prosperó. La reforma de la LOPJ era clave para poner en marcha el sistema de recursos extraordinarios previsto en la LEC, fundamentalmente por un motivo: porque la LOPJ no atribuía a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ A pesar de que la Disposición Decimosexta de la LEC lleve por título “Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios”, en realidad lo que se está previendo por el legislador es un régimen “provisional”. Esta provisionalidad, sin embargo, por el tiempo que ha transcurrido desde que aprobó la LEC parece que se ha convertido en definitiva.

⁹⁶¹ La LOPJ atribuía a los Tribunales Superiores de Justicia en materia de recursos sólo el de casación. Y al contrario de lo que sucedía con respecto al Tribunal Supremo, la LOPJ no preveía la posibilidad de que a éstos se les pudiera atribuir el conocimiento de otros recursos extraordinarios en materia civil. No está claro, sin embargo, que la atribución de dicha competencia a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia tuviera que hacerse necesariamente mediante Ley Orgánica. En la doctrina pueden encontrarse posiciones encontradas al respecto. Lo cierto es que a pesar de esta duda, se optó por no poner en marcha el régimen de recursos extraordinarios previstos en el articulado de la LEC hasta que no se hubiera procedido a la modificación de la LOPJ para atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. Un sector doctrinal mantiene que la reforma de la LOPJ era también necesaria puesto que la atribución de la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia podía, en determinados casos, vulnerar el artículo 5.4 LOPJ, que establece: “En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.” Este sector doctrinal parte de la base de que el artículo 5.4 LOPJ establece la competencia a favor del Tribunal Supremo para conocer *en todo caso* de la impugnación extraordinaria fundamentada en infracción de precepto constitucional y de ahí que se considere inconstitucional trasladar el conocimiento de la infracción de los derechos fundamentales procesales del artículo 24 CE a los Tribunales Superiores de Justicia y no al Tribunal Supremo. Entre los autores que mantienen esta postura *vid.* M. Loredó Colunga, *La casación civil. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., pág. 268. Esta tesis no es sostenible, ya que la premisa

3.4.10.2. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal: competencia y resoluciones recurribles.

A pesar de que en el enunciado del epígrafe se haga referencia a las dos modalidades impugnativas, en realidad el recurso que se ve seriamente afectado en comparación a cómo se encuentra regulado en el articulado de la LEC es el extraordinario por infracción procesal.

Según lo previsto en la Disposición Final decimosexta el órgano judicial competente para el conocimiento tanto del recurso de casación como del extraordinario por infracción procesal es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁹⁶². De ahí que, como regla general, se opte por suprimir el carácter alternativo y excluyente con el que están configurados ambos recursos en el articulado de la LEC. Éste podría haber sido, sin más matizaciones, el régimen provisional aplicable.

Sin embargo, con el fin de evitar la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo que, con seguridad, se derivaría de esta situación, se limitaron las resoluciones contra las que cabría interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. La regla general que estableció el legislador y que hoy permanece en vigor es que sólo pueden recurrirse en infracción procesal las resoluciones que, según el articulado de la LEC, pueden ser recurridas en casación. Esto significa que quedan excluidas del recurso extraordinario por infracción procesal un sinnúmero de sentencias, además de todos los autos dictados por las Audiencias Provinciales que, según el régimen del articulado de la LEC, sí podrían ser revisadas por los Tribunales Superiores de Justicia siempre y cuando incurrieran en alguno de los vicios previstos en el artículo 469 LEC. Recuérdese que en esta modalidad impugnativa no existía limitación alguna por *summa gravaminis* y, sin embargo, el acceso al recurso de casación estaba condicionado a que la cuantía del pleito alcanzase los veinticinco millones de pesetas.

de la que parte es errónea, en la medida en que el artículo 5.4 no se refiere a todos los recursos que tengan carácter extraordinario, sino tan sólo al de casación.

⁹⁶² Salvo en los casos, claro está, en los que según el articulado de la LEC el conocimiento del recurso de casación venga atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia. En estos supuestos, según lo dispuesto en el apartado primero, regla primera, de la Disposición Final decimosexta de la LEC “las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la LEC”. Es decir, cuando la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia, éste podrá fundarse tanto en infracción de norma sustantiva como procesal. Desaparece, por tanto, para esta modalidad casacional, la necesidad de plantear conjuntamente el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal.

A esta regla general, sin embargo, se le establecieron por el legislador excepciones que conllevaban una reducción aún mayor de las resoluciones recurribles en infracción procesal. La posibilidad de que los litigantes opten por interponer los dos recursos conjuntamente o solamente uno de ellos, dependiendo de si ha existido error en la aplicación de la norma procesal, en la norma sustantiva, o en ambas, no es predicable en todos los casos⁹⁶³. Aunque la Disposición Final decimosexta de la LEC dejara en suspenso el carácter alternativo de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en algunos supuestos ésta obliga a interponer el de casación para poder interponer el de infracción procesal. La LEC sólo contempla la posibilidad de interponer el recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación en los casos en los que la recurribilidad de la sentencia se base en los apartados 1º y 2º del artículo 477.2 LEC. Es decir, sólo se admite respecto de las sentencias recaídas en procesos seguidos para la tutela de derechos fundamentales (excluidos los contenidos en el artículo 24 CE) y en las dictadas en pleitos cuya cuantía exceda de 600.000 euros. Sin embargo, no se podrá interponer solamente el recurso extraordinario por infracción procesal –sin formular a su vez casación– en aquellos asuntos que tendrían acceso al recurso de casación por el motivo previsto en el apartado 3º del artículo 477.2 LEC, esto es, que presenten interés casacional. Estas sentencias sólo podrán ser recurridas en infracción procesal si se interpone conjuntamente el recurso de casación⁹⁶⁴.

De lo expuesto hasta ahora puede concluirse que se invierte la tendencia a la que antes me he referido de hacer más impugnables los vicios *in procedendo* que *in iudicando*. Tal y como ha quedado diseñado el modelo, para ciertos asuntos se prevén los mismos requisitos de acceso a ambos recursos y, en consecuencia, se hacen igual de impugnables los vicios producidos *in iudicando* que *in procedendo*. Sin embargo, para otros casos se condiciona la revisión de los vicios cometidos *in procedendo* a que exista también una vulneración de la ley sustantiva o material.

⁹⁶³ Cuando un litigante pretenda interponer ambos recursos contra una misma resolución lo hará en el mismo escrito y el TS, tras analizar si el mismo es admisible, comenzará por analizar en primer término el extraordinario por infracción procesal. Sólo si éste es desestimado conocerá del recurso de casación.

⁹⁶⁴ La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aunque ha modificado la disposición final decimosexta, no ha incidido en las resoluciones judiciales que son susceptibles de ser recurridas a través de ambos recursos extraordinarios.

Las causas de impugnación tanto del recurso de casación como del extraordinario por infracción procesal son en este régimen provisional las contenidas en el articulado de la ley.

La doctrina ha valorado de forma absolutamente desigual el régimen provisional de recursos extraordinarios contenido en la Disposición Final Decimosexta. Para algunos autores, el sistema de recursos previsto en esta norma resulta preferible al establecido en el articulado de la LEC, por un lado, porque resulta plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales en materia de recursos y, por otro, porque recupera la importancia en la casación del *ius litigatoris*⁹⁶⁵. Para otros autores, sin embargo, el sistema de recursos extraordinarios establecido en la Disposición Final Decimosexta LEC empeora considerablemente la situación en la medida en que “desnaturaliza la finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal y su delimitación respecto del recurso de casación”⁹⁶⁶. Para este grupo de autores “la razón de ser de este recurso [el extraordinario por infracción procesal] ha quedado devaluada”.

Lo que es indudable es que el sistema de recursos extraordinarios previsto en la Disposición Final Decimosexta se aparta considerablemente de las finalidades perseguidas por el legislador y explicitadas en la Exposición de Motivos de la norma. Sin embargo, este alejamiento respecto de los objetivos no es el mismo en el caso de la casación que en el del recurso extraordinario por infracción procesal. En general, mientras que la casación se mantiene en iguales términos que en el articulado de la LEC, no sucede lo mismo con el recurso extraordinario por infracción procesal.

En efecto, la aplicación del sistema provisional supone volver a dejar las cosas más o menos como estaban: el recurso extraordinario por infracción procesal es equiparable a la antigua casación por vicios *in procedendo*, ya no sólo desde la perspectiva material, es decir, de su ámbito de protección, sino también desde la perspectiva de las resoluciones que pueden ser recurridas a través de esta vía.

El régimen previsto en la Disposición Final decimosexta merma considerablemente las posibilidades de tutela en términos generales, es decir, para todos los litigantes, respecto a los vicios *in procedendo* cometidos por las Audiencias

⁹⁶⁵ Vid., entre otros, M. Loredó Colunga, *La casación civil. Doctrina y jurisprudencia*, cit., pág. 270 y J. Vecina Cifuentes, “Los recursos de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Jueces para la Democracia*, núm. 40, pág. 58.

⁹⁶⁶ Vid. en este sentido I. Díez Picazo Giménez, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 805.

Provinciales. El acceso al recurso extraordinario por infracción procesal se ha cerrado considerablemente, como sucediera con las reformas de la casación en los años 1984 y 1992, sin que a su vez se haya previsto un cauce procesal alternativo en la jurisdicción ordinaria que tenga por objeto reparar estos errores. Es decir, nos encontramos con la misma dinámica legislativa, salvo que ahora, en lugar de denominar casación a la vía mediante la que se denuncian los vicios *in procedendo*, se le llama recurso extraordinario por infracción procesal. Evidentemente esto no arregla las cosas en absoluto. Por ello, continuará siendo el recurso de amparo, sin perjuicio de los supuestos en los que quepa acudir al incidente de nulidad de actuaciones, el que absorba la tutela de estos asuntos siempre y cuando se produzca lesión de los derechos del artículo 24.1 CE. De ahí que podrían considerarse inadecuadas e inoportunas las propuestas de objetivación del amparo constitucional.

Algunos autores, como ya se ha dicho, han sostenido que el sistema provisional soluciona en buena medida los errores contenidos en el articulado pues devuelve al recurso de casación la defensa del *ius litigatoris*. Sin embargo, considerando el sistema de recursos en su conjunto, es evidente que las posibilidades de tutela de los derechos subjetivos se han visto mermadas en términos generales en la medida en que serán muy pocos los asuntos (únicamente aquellos en los que se ventile una cuantía muy elevada, los relativos a la tutela de los derechos fundamentales *inter privatos*, esto es, exceptuando los contenidos en el artículo 24.1 CE y los que presenten interés casacional siempre y cuando se formule también el recurso de casación) que van a poder acceder al recurso extraordinario por infracción procesal para reparar la infracción, bien de la legalidad procesal, bien de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.1 CE. Es decir, se facilita la tutela a un número reducido de litigantes, al no preverse en el nuevo sistema la alternatividad de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal⁹⁶⁷. En definitiva, podría decirse que se produce una “desocialización” de los medios de impugnación.

⁹⁶⁷ En el texto principal se habla de “facilitar la tutela” con toda intención. Lo único que hace la Disposición Final decimosexta es eso, facilitar la tutela a los litigantes que, según el articulado de la LEC tenían que optar bien por presentar el recurso de casación bien el extraordinario por infracción procesal. La única novedad que presenta el régimen provisional es que permite a esos litigantes interponer simultáneamente ambos recursos. Este dato, que para un sector doctrinal es el gran logro del sistema provisional, afecta a un número muy escaso de asuntos. Y ello por dos motivos: en primer lugar, porque no es habitual que una sentencia contenga tantos errores relevantes *in iudicando* e *in procedendo* tras pasar por dos instancias; y en segundo lugar porque tal y como se ha expuesto en el texto principal el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal se ha cerrado considerablemente con el régimen provisional. La combinación de estos dos factores permite pensar que son muy pocos los asuntos que se han beneficiado de este régimen provisional.

3.4.10.3. El recurso en interés de la ley.

Parece evidente que este régimen provisional deja sin posibilidad de aplicación las normas reguladoras del recurso en interés de ley.

4. Evolución del sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo.

4.1. El sistema de recursos de 1978 a 1992.

4.1.1. La inadecuación de la organización judicial para la puesta en marcha de un nuevo sistema de recursos.

El sistema de recursos que regía en el orden contencioso-administrativo a la entrada en vigor de la Constitución era el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) de 1956. Aunque el legislador hubiera querido acometer una reforma de ese sistema, se hubiera encontrado con una dificultad casi insalvable: la organización judicial que preveía esa norma. No existía ningún órgano judicial intermedio entre los que se encontraban en la base y en la cúspide de la pirámide judicial y, por tanto, resultaba francamente complicado salirse del modelo articulado por la Ley Jurisdiccional de 1956. Además, la Constitución exigía en primer lugar la reforma de la organización judicial.

Esto se llevó a cabo con la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que estableció una nueva organización judicial en este orden jurisdiccional. La LOPJ creó los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y refundió las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en una sola, la Tercera⁹⁶⁸ (art. 55 LOPJ). Asimismo, sustituyó las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia⁹⁶⁹, al objeto de que fueran estas

⁹⁶⁸ Aunque tal refundición se preveía en la citada Ley Orgánica, ésta no se llevó a efecto hasta la aprobación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. Sólo el día 22 de febrero de 1989 se produjo la unificación de las tres Salas.

⁹⁶⁹ Con el objeto de dar cumplimiento al artículo 152.1 CE, el legislador orgánico sustituyó las Audiencias Territoriales por los Tribunales Superiores de Justicia que se situarían al frente de cada una de las Comunidades Autónomas. La Disposición Transitoria Segunda de la LOPJ estableció el plazo de

últimas las que culminaran la organización judicial en las distintas Comunidades Autónomas, como se derivaba del artículo 152 CE. El legislador, a la hora de regular la organización judicial de este orden jurisdiccional, no podía ignorar el proceso de descentralización del poder, que tendría como resultado la existencia de un ordenamiento nacional y otros diecisiete ordenamientos autonómicos. Así, en el nuevo diseño, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tendrían la última palabra sobre el Derecho autonómico y la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el Derecho emanado del Estado central y de las instituciones europeas a través del recurso de casación.

Las ventajas que ofrecía esta nueva organización eran indudables. Por un lado, permitía que las Salas de Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia vieran aliviada su carga de trabajo en la medida en que buena parte de los asuntos de los que conocían en primera instancia pasarían a decidirse por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Por otra parte, esta nueva organización transformaría al Tribunal Supremo, que dejaría de ser un Tribunal de apelación, esto es, de instancia, para convertirse en un verdadero Tribunal de casación.

Sin embargo, la reforma acometida por la LOPJ quedó relegada ya que esta misma norma estableció en su Disposición Transitoria trigésimo cuarta que mientras no se aprobara la Ley de Planta Judicial “los órganos jurisdiccionales existentes [continuarían] con la organización y competencias que [tuvieran] a la fecha de entrada en vigor de esta Ley”. Lo cierto es que, una vez aprobada la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, las cosas cambiaron poco porque el legislador volvió a deferir de nuevo el asunto. Aunque se dio cumplimiento a la refundición en una sola de las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo, a la sustitución de las Audiencias Territoriales por los Tribunales Superiores de Justicia y la sustitución de la Sala de Revisión de lo Contencioso-Administrativo por la Sala de Revisión del artículo 61 LOPJ, sin embargo, no se implantaron los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Esto supuso que el reparto de competencias entre los distintos órganos judiciales administrativos no se modificara, ni tampoco el sistema de recursos previsto en la LJCA de 1956.

un año para la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, tal mandato no se cumplió hasta la aprobación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, cuyo artículo 32 estableció la supresión con carácter urgente de las Audiencias Territoriales y su sustitución por los Tribunales Superiores de Justicia.

La misma LOPJ estableció por primera vez en este orden jurisdiccional el recurso de casación tal y como la doctrina venía demandando de forma reiterada. Este medio de impugnación no se puso en marcha porque los propios Magistrados de la Sala Tercera consideraron que era necesaria la intervención del legislador para el establecimiento de su regulación⁹⁷⁰. Sin duda, una de las causas que impedían al legislador ordinario regular este recurso era que su conocimiento debería atribuirse al Tribunal Supremo y éste ya tenía bastante trabajo con resolver los asuntos que tenía atribuidos en primera instancia y los recursos de apelación y revisión que se interpusieran contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Sencillamente era imposible considerar que el Tribunal Supremo pudiera asumir también el conocimiento del recurso de casación.

La situación se mantuvo inalterada hasta 1992, fecha en la que se modificó el sistema de recursos. No obstante, antes de ese año sí se introdujeron algunos cambios en los recursos ya previstos que merecen ser apuntados.

4.1.2. El recurso de apelación: procedencia limitada a la vulneración de normas de Derecho estatal.

En primer lugar y respecto a la apelación, el artículo 58.1 de la LDyPJ estableció que este recurso no procedería contra las resoluciones dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos interpuestos contra actos o disposiciones provenientes de los órganos de las Comunidades Autónomas, salvo que el recurso se fundara en la infracción de normas no emanadas por los órganos de aquéllas. Lo que se trataba de evitar con esta norma era que el Tribunal Supremo tuviera que pronunciarse y, en consecuencia, interpretar el Derecho autonómico.

Esta decisión no se explica desde la naturaleza del recurso de apelación sino desde la del órgano competente para conocer de éste. Si en la segunda instancia de lo que se trata es de depurar los errores en los que incurrió el juez *a quo*, o incluso de

⁹⁷⁰ Un sector importante de la doctrina, así como varios Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entendieron que era posible la implantación del recurso de casación en lo contencioso puesto que la LJCA se remitía supletoriamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al recurso le serían aplicables las reglas previstas en la LEC. Sin embargo, tras una reunión con el fin de unificar criterio, diversas resoluciones de la Sala, autos de 20 y 22 de marzo de 1990, consideraron que la intervención del legislador era necesaria para la existencia de la casación en este orden jurisdiccional.

resolver el asunto desde otra perspectiva a la expresada en la primera resolución judicial, no hay ninguna razón para excluir del conocimiento del recurso la infracción de normas por el sólo hecho de haber emanado éstas de determinados órganos. Ahora bien, si se tiene en cuenta el hecho de que el conocimiento del recurso de apelación estaba atribuido al Tribunal Supremo, órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales, las cosas pueden encajar⁹⁷¹. Como se ha comentado anteriormente, unos años después de la entrada en vigor de la Constitución empezó a cuestionarse si el Tribunal Supremo, tal y como estaba configurado, podía cumplir con las funciones que la Constitución le encomendaba o, por el contrario, era obligada una modificación tanto de la propia institución como de su ámbito competencial. Esta reflexión trajo consigo importantes modificaciones legislativas cuyo principal objetivo era convertir al Tribunal Supremo en un Tribunal con funciones específicamente casacionales en todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el Contencioso-Administrativo, aunque aún no se hubiera regulado el recurso de casación previsto en la LOPJ. Esta idea se recoge expresamente en la Exposición de Motivos de la LDyPJ, Ley ésta que, como ya se ha dicho, fue la que excluyó de la apelación las sentencias en las que el único Derecho infringido fuera el autonómico⁹⁷².

La conclusión que cabe extraer es que, aunque el Tribunal Supremo tuviera atribuido el conocimiento del recurso de apelación, el legislador lo quería transformar en un Tribunal de casación cuyas funciones principales fueran la defensa de la ley y la unificación de la jurisprudencia. Desde esta perspectiva no tenía mucho sentido que el

⁹⁷¹ Esto lo corrobora el hecho de que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha excluido del recurso de apelación las resoluciones judiciales en las que tan sólo se debate y aplica el Derecho emanado de las Comunidades Autónomas.

⁹⁷² En el apartado VI de la Exposición de Motivos se establece: “El Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, constituye el órgano de relevancia constitucional que culmina la organización del Poder judicial, por lo que no es de extrañar que esta Ley le dedique atención especial (...) Se estima, en efecto, que la prohibición constitucional de las ulteriores instancias extraterritoriales supone el atribuir decididamente al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con jurisdicción en toda España, la condición de un Tribunal con funciones específicamente casacionales, salvo las pocas excepciones previstas en la Ley Orgánica por motivos especiales, justificados en cada caso. El recurso de casación es un recurso especial y, por ende, limitado, que no puede convertirse en una segunda o tercera instancia. La regulación procesal del mismo, adecuadamente realizada, permitirá que, sin convertir al Tribunal Supremo, a través de un artificial y desproporcionado incremento de sus titulares, en un órgano de difícil funcionalidad, asuma plenamente, mediante la adecuada selección objetiva de las materias a que dedica su atención, su labor de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por todos los Juzgados y tribunales, con el carácter de supremo garante del principio de legalidad y de la unidad de la acción del Poder Judicial en su conjunto. La importancia de esta función para el cumplimiento del principio de igualdad y del papel constitucional del Poder Judicial no puede pasar inadvertida”.

Tribunal Supremo tuviera que interpretar tanto el Derecho emanado de los órganos del Estado central como de los órganos de las Comunidades Autónomas.

Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la reforma se llevó a cabo teniendo en cuenta el papel que la Constitución quiere reservar a los Tribunales Superiores de Justicia. Éstos se presentan como los órganos idóneos para interpretar en última instancia el Derecho emanado de las Comunidades Autónomas.

En definitiva, aunque no se produjo una modificación de los medios de impugnación, sí se delimitaron, con vistas al futuro, las materias sobre las que el Tribunal Supremo podría pronunciarse en apelación.

4.1.3. La influencia de la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, en el proceso contencioso-administrativo: la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en el orden contencioso-administrativo.

Como ya se expuso en el capítulo anterior, el artículo 128 LJCA establecía un incidente para solicitar la nulidad de las actuaciones judiciales una vez fracasados los intentos de subsanación de éstas. La LJCA no preveía la forma en que debía tramitarse este incidente y, por tanto, se acudía supletoriamente a las normas establecidas sobre la materia en la LEC. Sin embargo, la reforma del proceso civil llevada a cabo en 1984 suprimió de la LEC el incidente de nulidad de actuaciones. Este hecho provocó una discusión doctrinal acerca de si la supresión del incidente en el orden civil debía llevar aparejada la misma suerte en el contencioso-administrativo, a pesar de que la Ley 34/1984 no hubiera establecido expresamente la modificación del artículo 128 LJCA. Con independencia de lo que debería haber sido, la jurisprudencia se pronunció de una forma inequívoca: aunque la LJCA prevé en su artículo 128 un mecanismo específico para instar la nulidad de actuaciones, dicho medio debe considerarse inexistente, puesto que se ha derogado el sustento normativo supletorio que posibilitaba su aplicabilidad⁹⁷³.

⁹⁷³ “(...) sería de muy dudosa aceptación la posibilidad de promover actualmente, incidentes de nulidad de actuaciones, no regulados en la Ley de la Jurisdicción, más que por la mera referencia que a ellos se hace en el artículo 121, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984 expresamente dice en su artículo 742.2 que serán inadmisibles los incidentes de nulidad de resoluciones judiciales, y que los vicios que puedan producir tales efectos serán hechos valer a través de los correspondientes recursos, esta prohibición de tal clase de incidentes contra resoluciones judiciales se refuerza cuando lo que se trata de dejar sin efecto es una sentencia recaída en un recurso en el que se impugna una disposición de carácter general, como es un Real Decreto, pero, en todo caso, sería

Así pues, desde 1984, el incidente de nulidad actuaciones dejó de poderse utilizar en el orden contencioso-administrativo. Este hecho, unido a la existencia de una apelación limitada tanto por materia como por cuantía, trajo consigo que no en pocas ocasiones el único medio para interesar la nulidad de las resoluciones judiciales por vicios de forma causantes de indefensión fuera el recurso de amparo constitucional.

4.2. El nuevo régimen de recursos introducido por la LMURP.

4.2.1. Introducción: la modificación sustancial del sistema de recursos.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal (LMURP) alteró de forma sustancial el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo. Esto se hizo, sin embargo, sin llevar a efecto todas las previsiones que, en cuanto a la organización judicial, se contenían tanto en la LOPJ como en la LDyPJ. En efecto, aunque ya habían pasado más de cinco años desde la aprobación de estas normas, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo todavía no se habían puesto en marcha. Por ello, puede afirmarse que la organización judicial en el año 1992, año en que se acometió la reforma de los medios de impugnación en este orden jurisdiccional, era prácticamente la misma que en el año 1978, esto es, no existía ningún órgano judicial entre los que se encontraban en la base y los que ocupaban la cúspide de la pirámide judicial.

En principio, podría considerarse carente de sentido el hecho de que el legislador impulsara una reforma del sistema de recursos en un orden jurisdiccional cuya organización judicial era provisional y más si se tiene en cuenta que esta última circunstancia había sido en buena medida la causante de que no se hubiera acometido antes la modificación del sistema de recursos. Debido a esto, era casi obligado

improcedente aunque fuera un mero acto lo impugnado, ya que, como dice el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 31 de enero de 1986 y 7 de junio de 1984, el principio de intangibilidad de las Sentencias firmes, forma parte del derecho a la tutela judicial y por lo tanto, del cuadro de garantías que el artículo 24.2 de la Constitución consagra, aparte de lo cual, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal –artículos 9.3 y 117.3 de la Constitución— vedan a los jueces y tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si se entendiera con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, sea ésta sustantiva o meramente objetiva”. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de febrero de 1987, RJ 1987-958. En el mismo sentido pueden verse las SSTS 3-VI- 86 y 15/6/89.

considerar también provisional a la nueva regulación del sistema de recursos llevada a cabo por la LMURP.

¿A qué obedeció entonces la reforma? ¿Por qué no se podía esperar a implantar la nueva organización judicial para instaurar un nuevo sistema de recursos? Sin ningún género de dudas, la reforma se llevó a cabo para dar una salida al colapso que sufrían los órganos judiciales contencioso-administrativos, generado por el espectacular aumento de la litigiosidad en este ámbito⁹⁷⁴. Si las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia estaban saturadas de asuntos, la situación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo era casi insostenible⁹⁷⁵. Ésta es la causa que, según la Exposición de Motivos de la norma, obligó a posponer una

⁹⁷⁴ Según apunta J. A. Xiol Ríos en *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, T. III, Valencia, 1992, págs. 47-48, “entre 1981 y 1988 se produce un aumento del 217,82% del número de asuntos ingresados. Lo que quiere decir, en puridad de principios, que, para mantener los mismos niveles prestacionales del año 1981 hubiera sido necesario incrementar en la misma proporción el montante de los medios personales y materiales. (...). Se ha hablado, de manera muy acertada, de masificación del proceso contencioso-administrativo. No es sino una manifestación más del camino de masificación de proceso en su conjunto, aunque en el ámbito administrativo, por especiales razones, esta masificación se manifiesta con mayor virulencia”.

⁹⁷⁵ Conviene, a tal efecto, exponer aquí tanto el número de asuntos que ingresaban en la Sala Tercera del Tribunal Supremo como los pendientes al final de cada año. Tiene también interés contrastar estos datos con los del resto de las Salas del Tribunal Supremo:

SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AÑO	Pendientes	Ingresados	Resueltos	Pendientes fin de año
1989.....	12.288	13.544	9.461	1.6371
1990	16.371	14.492	9.307	21.556
1991	21.556	16.948	10.595	27.909
1992	27.909	20.111	19.115	28.905

En relación con las demás Salas del Tribunal Supremo, hago constar únicamente los asuntos ingresados cada año:

AÑO	SALA CIVIL	SALA PENAL	SALA SOCIAL
1989.....	2.892	8.823	3.749
1990.....	3.504	6.916	1.487
1991.....	3.696	4.863	2.753
1992.....	4.016	5.903	4.168

Como puede observarse, el hecho de residenciar la apelación en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo implicó que los asuntos ingresados duplicaran en este orden jurisdiccional a los de los demás órdenes, a pesar de que en otros existiera mucha más litigiosidad. Estos datos corresponden a los apuntados en la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia correspondiente a 1994 y pueden verse en *La delimitación de funciones entre las Jurisdicciones Constitucional y Ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994.

renovación de las leyes procesales y a acometer una “acuciante reforma parcial de éstas”.

Para solventar en parte el problema de la sobrecarga de trabajo de los órganos de lo contencioso-administrativo quizás hubiera bastado con reducir las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en apelación, bien elevando la *summa gravaminis* bien estableciendo nuevas exclusiones por razones materiales. Sin embargo, la LMURP no optó por ninguna de estas vías, sino que alteró por completo el sistema de recursos. El legislador sustituyó el recurso de apelación por el de casación. El principio de doble instancia que había inspirado la legislación de 1956 desapareció en 1992 y en su lugar se instauró por primera vez en el orden contencioso-administrativo el recurso de casación. Esta fue, sin duda, una de las formas de reducir considerablemente la carga de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Sin embargo, a pesar de que éste fue uno de los motivos de la reforma, no fue el único que se adujo en la Exposición de Motivos de la norma. Según ésta, la implantación de un Estado de derecho exige la puesta en marcha de mecanismos que persigan la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica, es decir, el legislador partió de la base de que el nuevo marco constitucional y la afirmación del Estado de Derecho requerían en este orden jurisdiccional la introducción del recurso de casación. Dejando al margen la validez del presupuesto del que partió el legislador, quizás no fue éste el mejor momento para su implantación. Más adelante explicaré los motivos de dicha afirmación.

En definitiva, la LMURP rompió con el principio de doble instancia que había inspirado la LJCA de 1956. Como consecuencia de ello, el recurso estrella pasó a ser el de casación en sus distintas modalidades. Y lo que es más importante, la casación pasó a ser el único medio de impugnación admisible para conseguir un nuevo pronunciamiento frente al dictado en la instancia. Dicho de otra manera: se convirtió en el único cauce disponible ante la jurisdicción ordinaria para la reparación de las infracciones cometidas en la instancia. Tres fueron las modalidades casacionales que se introdujeron en la jurisdicción contencioso-administrativa: (a) ordinaria, (b) para la unificación de doctrina y (c) en interés de ley.

Por otra parte, la Ley 10/1992, de 30 de abril, no pudo ignorar en el diseño del nuevo modelo de justicia contencioso-administrativa el cambio radical que suponía el paso de un Estado centralizado a otro en vías de descentralización. La nueva distribución territorial del poder y la asunción de competencias por las Comunidades

Autónomas así como el diseño de la jurisdicción contencioso-administrativa previsto en la LOPJ, obligaban a una revisión del modo en que estaba configurado el reparto de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales. Este nuevo reparto se realizó con el objetivo de asegurar a los Tribunales Superiores de Justicia la última palabra en la interpretación del Derecho autonómico impidiendo al Tribunal Supremo pronunciarse sobre el mismo. El Tribunal Supremo sólo era competente para revisar las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia cuando éstos hubieran aplicado Derecho estatal o comunitario.

La reforma también afectó al recurso de revisión, que resultó constreñido de forma considerable. Los motivos típicamente casacionales que en la anterior regulación podían fundar la revisión se integraron definitivamente en los distintos tipos casacionales y quedaron excluidos de la revisión, que pasó a tener entonces la misma función que se le había asignado en el resto de órdenes jurisdiccionales.

Con lo que ya se ha adelantado resulta evidente que los cambios introducidos por la Ley 10/1992 no fueron de detalle, sino que, por el contrario, se inspiraban en principios y objetivos radicalmente distintos a los que habían inspirado la Ley de 1956. A continuación doy cuenta de cómo quedaron regulados los recursos de apelación, casación y revisión tras la reforma de 1992.

4.2.2. La supresión del recurso de apelación y sus efectos.

Una de las grandes novedades que estableció la LMURP fue la supresión del recurso de apelación en todo tipo de procesos contencioso-administrativos⁹⁷⁶, también en el regulado en el artículo 9 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona⁹⁷⁷.

Las reacciones de la doctrina ante esta medida no se hicieron esperar. Algunos autores, como Xiol Ríos, llegaron incluso a cuestionar la constitucionalidad de tal

⁹⁷⁶ La Disposición derogatoria segunda de la LMURP estableció al respecto: “Quedan derogadas las normas reguladoras del recurso de apelación en materia contencioso-administrativa previstas en cualquier disposición legal, sin perjuicio de la procedencia del recurso de casación, en su caso, y en los términos previstos por la Ley”.

⁹⁷⁷ Dicho precepto permitía que las resoluciones judiciales dictadas en los procesos tramitados de acuerdo con esta Ley fueran recurridas en apelación ante el Tribunal Supremo, siempre y cuando cumplieran con los requisitos de admisibilidad previstos en la LJCA.

decisión legislativa⁹⁷⁸. Otros alertaron acerca de las “nefastas” consecuencias que dicha opción legislativa acarrearía⁹⁷⁹. Como se verá, éstas se produjeron y además en varias direcciones.

Llama la atención el hecho de que el CGPJ valorara de forma tan distinta los regímenes tan similares que la misma Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal introdujo en la casación civil y contencioso-administrativa. Como ya se ha expuesto, el CGPJ informó de forma favorable la nueva dimensión, más objetiva que subjetiva, que quería conferirse al recurso de casación civil, puesto que la apelación estaba regulada correctamente. El Consejo no elevó ninguna objeción a la exclusión del error fáctico de entre los motivos de casación, pues éste podía alegarse en apelación. En el orden contencioso-administrativo, por el contrario, el legislador decidió implantar por primera vez el recurso de casación en España sin tener en cuenta en absoluto el hecho mismo de la supresión del recurso de apelación y de las graves consecuencias que ello podía acarrear. El Dictamen del CGPJ no contiene ninguna mención acerca de los efectos que se podían derivar de la supresión de la apelación y la inclusión del recurso de casación. Este hecho no deja de llamar la atención, sobre todo si se piensa que este criterio fue tenido muy en cuenta en la reforma del orden civil. Como ya se ha expuesto, la reforma de la casación no es un problema en sí mismo, sino que éste está muy relacionado con la forma en que estén regulados los demás medios de impugnación y muy especialmente el recurso de apelación⁹⁸⁰. Partiendo de esta premisa, si la valoración de la interrelación e interdependencia entre los distintos medios de impugnación tiene sentido en *todos* los casos cuando se trata de reformar la casación, esto es, también cuando las reformas que se quieren llevar a cabo son parciales o muy puntuales, ésta adquiere mucha más importancia en los casos, como este, en los que no se trataba de una simple reforma de la casación, sino de su puesta en

⁹⁷⁸ En este sentido, J. A. Xiol Ríos (*Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de reforma Procesal. La reforma del proceso administrativo*, cit., pág. 117) señaló: “sería una afirmación discutible la de que la supresión total del recurso de apelación en el ámbito administrativo que lleva a cabo la LRP carece de consecuencia constitucional alguna. Si, ciertamente, el panorama jurisprudencial expuesto parece cerrar el paso a cualquier pronunciamiento de inconstitucionalidad derivado de la mencionada supresión absoluta de la doble instancia en el proceso administrativo, cuando menos debe admitirse que la actual regulación (...) impone una interpretación restrictiva de los motivos de inadmisión del recurso de casación”.

⁹⁷⁹ Vid. entre otros, J. Garberí Llobregat, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, con J. Damián Moreno, N. González-Cuellar Serrano y J. Garberí Llobregat, Madrid, 1992, pág. 217.

⁹⁸⁰ Vid. M. Taruffo, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, cit., pág. 243: “Es necesario tener en cuenta el hecho de que la reforma de la casación no es un problema en sí mismo, sino que se inserta necesariamente en el más amplio discurso de una reforma del sistema de las impugnaciones”.

marcha por primera vez en un orden jurisdiccional en el que además se optaba por suprimir el principio de doble instancia. A esta circunstancia había que añadir el hecho de que los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos habían sostenido que la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en el orden civil, llevada a cabo por la Ley 34/1984, se extendía al orden contencioso-administrativo. Si se hubieran tenido en cuenta estas circunstancias, lo más sensato hubiera sido quizás demorar la implantación de la casación en el orden contencioso-administrativo por los peligros y consecuencias negativas que podía traer consigo, bien en cómo el Tribunal Supremo desempeñara su función casacional, bien en la protección de los derechos e intereses subjetivos de los litigantes.

La puesta en marcha del recurso de casación en estas circunstancias, esto es, en ausencia de un recurso de apelación y de un incidente de nulidad de actuaciones, podía haber impulsado al Tribunal Supremo a asumir los déficits de tutela provocados por la supresión de estos medios de impugnación. La Sala Tercera del Tribunal Supremo podía haber caído en la misma tentación que otros Tribunales de casación y, en consecuencia, extralimitarse en sus funciones con la excusa del deber de tutelar determinados derechos de los particulares a pesar de que claramente escapaban al control casacional. Las ansias por hacer justicia en el caso concreto a las que son proclives los órganos jurisdiccionales que no tienen asignadas funciones de instancia, como los Tribunales de casación y los constitucionales, pueden desvirtuar por completo tanto los procedimientos o recursos de los que conocen como su propia naturaleza. Enmendar después estas actitudes es harto complicado. Y, sin embargo, esto era lo que, con toda la buena intención, sugería la doctrina. En efecto, la mayoría de los autores, quizás por el panorama nada alentador que veían venir, entendieron que la supresión de la apelación debía considerarse una circunstancia extraordinaria y provisional que exigiría, según Xiol Ríos, “una interpretación *pro actione* en el examen de los requisitos de admisión del recurso de casación (...), dado el carácter de suplencia del inexistente recurso de apelación que en cierta medida éste está llamado a ejercer”⁹⁸¹. Si la Sala Tercera del Tribunal Supremo hubiera seguido estas recomendaciones doctrinales con casi toda probabilidad nos habiéramos encontrado en la jurisdicción

⁹⁸¹ Vid. J. A. Xiol Ríos, “El recurso de casación para la unificación de doctrina (Artículo 102-A de la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, mayo 1994.

contencioso-administrativa con un recurso de casación que haría las veces y sería una prolongación del anterior recurso de apelación.

Sin embargo, como se verá más adelante, no fue ésta la línea interpretativa que decidió seguir la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En términos generales, ésta asumió las nuevas funciones que la LMURP le confería. Sucedió todo lo contrario a lo que reclamaba Xiol Ríos. Ni se flexibilizó el acceso a la casación ni tampoco los motivos para la admisión, sino que más bien se produjo todo lo contrario. Tan sólo hubo una excepción y fue la forma en la que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se enfrentó a la *quaestio facti*. Sobre este asunto volveré en el epígrafe siguiente.

Quienes padecieron las consecuencias de esta reforma legislativa y de la falta de “flexibilidad” del Tribunal Supremo fueron tanto los litigantes como el Tribunal Constitucional. Los litigantes, en la medida en que determinados errores judiciales, — sobre todo los producidos en la *quaestio facti* y en la actividad del juez *in procedendo*, es decir las vulneraciones del derecho a la tutela judicial y a la prohibición de indefensión—, no podían ser ni garantizados ni subsanados a través de ningún mecanismo procesal. Por otra parte, la ausencia del recurso de apelación y la supresión del incidente de nulidad de actuaciones produjeron que el único cauce para interesar la nulidad de las resoluciones judiciales por vulneración de los derechos fundamentales de carácter procesal fuera el recurso de amparo constitucional. En este sentido, J. Garberí señaló que “el desaguisado generado por la reforma en este punto tendrá, a buen seguro, nefastas consecuencias quizás sobre todo para el Tribunal Constitucional, quien puede verse avocado a recibir un aluvión de recursos de amparo superior al actual”. Para verificar este extremo sólo hay que contrastar el incremento de recursos de amparo procedentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y de los demás órdenes jurisdiccionales entre 1991 y 1992. Mientras que el incremento de los recursos de amparo procedentes de los órdenes jurisdiccionales civil, penal y laboral fue en el año 1992 respecto de 1991 del 22,1%, 11,9% y 6,8% respectivamente, en el contencioso-administrativo se elevó al 84,7%⁹⁸².

⁹⁸² Estadísticas elaboradas por el Tribunal Constitucional.

Orden	Año	Recursos de amparo
Civil	1991	709
	1992	866
Penal	1991	998
	1992	1.117

La opinión de Garberí no fue la única en este sentido. El hecho de que la reforma había generado un problema importante en relación con la tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE fue subrayada por otros juristas. En este sentido, J. Gabaldón López señaló que los procesos que “terminan ante órganos de los Tribunales Superiores y que en consecuencia carecen de una instancia casacional son muy numerosos e incluso se han incrementado notoriamente con las recientes reformas procesales. Las vulneraciones de algún derecho fundamental de los reconocidos en el art. 24 carece de un órgano inmediato ante el que plantear amparo, por lo que ha de serlo también el Tribunal Constitucional”⁹⁸³. Asimismo, Córdoba Castroverde señaló en el año 1995 que “el sistema de recursos legalmente previsto en el orden contencioso-administrativo en cuanto mecanismos para remediar las decisiones causadas por los tribunales en el curso del procedimiento o en sentencia, presentan en la actualidad lagunas desde la perspectiva de la existencia de un amparo judicial previo al recurso de amparo judicial”⁹⁸⁴.

Debe tenerse en cuenta que la LMURP entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y, en consecuencia, en ese mismo año ya se hicieron patentes los efectos que la alteración en el sistema de recursos provocó tanto en la jurisdicción ordinaria como en el propio Tribunal Constitucional⁹⁸⁵.

Laboral	1991	467
	1992	435
Contencioso-Administrativo	1991	406
	1992	750

⁹⁸³ “¿Hacia un amparo judicial?”, Amparo judicial. *Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derechos Judicial, núm. 27, 1994, pág. 30. El citado autor no sólo refiere la afirmación expresada en el texto principal al orden contencioso-administrativo, sino a todos los órdenes jurisdiccionales. No obstante, es aquí, en el orden contencioso, donde se evidenciaron de manera más patente los problemas que generaba la política procesal en materia impugnativa que surgieron con la aplicación de la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal.

⁹⁸⁴ “El amparo judicial en lo contencioso-administrativo”, cit., pág. 294. Más adelante afirma: “Cuando las lesiones de los derechos fundamentales, en especial las referentes a los arts. 14 y 24 CE, proceden de los propios órganos judiciales, no existe procedimiento preferente y sumario alguno para corregirlas, sólo el sistema de recursos legalmente establecido sirve para remediar tales lesiones, lo cual plantea notables dificultades, no sólo porque en muchas ocasiones habrá que esperar a que recaiga la sentencia para poder corregirlas, sino también por la inexistencia de recursos en determinados supuestos contra estas decisiones, con lo que en tales casos la única vía pasa a ser el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, pág. 303.

⁹⁸⁵ El incremento de asuntos el año siguiente, es decir, en 1993 respecto de 1992 no fue tan espectacular: en el orden civil fue del 15,3%, en el penal del 23,4%, en el social del 14,7% y en el contencioso-administrativo del 17,4%. El balance que cabe extraer, sin embargo, es que en los dos años posteriores a

4.2.3. El recurso de casación

4.2.3.1. La decidida voluntad de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de realizar funciones casacionales y el tratamiento de la *quaestio facti* en el recurso de casación.

Contrariamente a lo que sucedía con la apelación vigente en la regulación anterior a la LMURP, el recurso de casación no abre una segunda instancia ni tiene por objeto provocar un nuevo examen del caso. Como ya se ha dicho, la función principal a la que responde esta modalidad impugnatoria es la protección o defensa de la norma así como la unificación de la jurisprudencia. Y así lo entendió desde el primer momento la Sala Tercera del Tribunal Supremo que dejó claro en su jurisprudencia que en el recurso de casación la defensa del *ius constitutionis* primaba sobre la del *ius litigatoris*⁹⁸⁶. El Tribunal Supremo hizo en los primeros años un esfuerzo— pedagógico incluso si se atiende al contenido de sus resoluciones —para hacer saber a los litigantes las grandes diferencias que existían entre la ya derogada apelación y el nuevo recurso de casación. La forma de enjuiciar que hasta ese momento había desarrollado el Tribunal Supremo debía modificarse. Según el propio Tribunal, la puesta en marcha del recurso de casación le obligaba a enjuiciar tan sólo “la aplicación que el Tribunal de instancia hace de la Ley sustantiva y procesal”, sin que fuera posible trasladar al Tribunal Supremo el conocimiento total del proceso seguido en la instancia⁹⁸⁷. Es decir, “el debate casacional es siempre sobre interpretación del ordenamiento jurídico y la aplicación de la jurisprudencia”⁹⁸⁸. Esto no sólo implicaba una gran diferencia en cuanto al tipo de enjuiciamiento que el Tribunal Supremo debía llevar a cabo, sino también en la forma en que debían proponérsele los problemas jurídicos que planteaba la sentencia recurrida. En efecto, los recurrentes —y sus abogados— debían plantear sus recursos

la entrada en vigor de la LMURP el incremento de los recursos de amparo procedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa se incrementó en más de un 100%, mientras que en el resto de los órdenes jurisdiccionales no llegó siquiera al 40%.

⁹⁸⁶ “La principal finalidad del recurso de casación es la de uniformar la jurisprudencia, proporcionando la seguridad jurídica de una interpretación uniforme del ordenamiento jurídico (*ius constitutionis*), sirviendo también al derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículo 14 de la Constitución Española)”, ATS, Sala Tercera, Sección cuarta, de 3 de mayo de 1995 (RJ 1995-4051).

⁹⁸⁷ *Vid.* STS, Sala Tercera, Sección tercera, de 1 de julio de 1996, ATS, Sala Tercera, Sección primera, de 6 de abril de 1998, entre otros muchos.

⁹⁸⁸ STS, Sala Tercera, Sección Primera, de 23 de octubre de 1996.

adecuándolos a las posibilidades de enjuiciamiento que permitía el recurso de casación, lo que exigía encuadrar sus motivos en alguno de los que, según la Ley, podían fundar el recurso⁹⁸⁹. Éstos, que tenían carácter tasado, estaban fijados en el artículo 95 de la LJCA:

“1º. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

2º. Incompetencia o inadecuación de procedimiento.

3º. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

4º. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

Resulta evidente que la casación contencioso-administrativa adoptó el modelo de la nueva casación civil diseñada en 1992 por la LMURP y de ahí que el error de hecho no se contara entre los motivos en los que podía fundarse el recurso de casación. Se puede afirmar, en consecuencia, que la casación diseñada en este orden jurisdiccional, a diferencia de lo ocurrido en el resto de órdenes jurisdiccionales, no ha participado de una de las características distintivas de la casación española que la diferencian de sus homólogas en otros países: entre los motivos ya no está el del error en la consignación de los hechos probados o los errores de bulto cometidos por el juez *in indicando de facto*. La casación implantada en lo contencioso-administrativo nació, por decirlo de alguna manera, “pura”, esto es, como un verdadero recurso de casación y no como una tercera instancia limitada.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, el Tribunal Supremo fue flexible en cuanto a la revisión de la cuestión fáctica aunque en términos generales asumiera decididamente el nuevo papel que le asignaba la LMURP. El Tribunal Supremo entró de lleno en la cuestión fáctica a través de dos mecanismos. Por un lado, decidió corregir el error en la apreciación de la prueba no sólo cuando éste tuviera su fundamento en la

⁹⁸⁹ Una lectura de la jurisprudencia de los primeros años tras la puesta en marcha del recurso de casación permite constatar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo realizó grandes esfuerzos para mostrar e incluso enseñar a los litigantes a adecuarse a las grandes diferencias que, desde el punto de vista de la formalización del recurso, conllevaba la supresión de la apelación y su sustitución por el recurso de casación. En este sentido, el Tribunal Supremo resaltó la improcedencia de formalizar el recurso de casación como una reproducción de los escritos de demanda y conclusiones (STS de 1 de julio de 1996), de realizar invocaciones genéricas de los errores judiciales cometidos en la sentencia recurrida sin incluirlos en alguno de los motivos contenidos en el artículo 95 LJCA (STS de 17 de enero y de 2 de diciembre de 1994), de interesar una nueva valoración de las pruebas practicadas en la instancia (STS 28 de junio de 1996), de atacar en sede casacional el acto administrativo impugnado al margen de la sentencia dictada en la instancia, etc.

infracción de las normas del ordenamiento jurídico reguladoras de la prueba –porque el juez de instancia hubiera desatendido, por ejemplo, las reglas de la prueba tasada–, sino también cuando el relato de los hechos fuera manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario, porque esto produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁹⁰.

Por otro lado, la Sala Tercera ha entrado de lleno en el terreno de los hechos a través de la llamada “doctrina de la integración del *factum*”, elaborada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Según esta doctrina, el Tribunal Supremo estaría legitimado para completar o integrar el relato fáctico llevado a cabo por el juez de instancia en aquellos casos en los que éste resulte claramente insuficiente a la vista de la prueba practicada⁹⁹¹. A través de esta doctrina se pone de manifiesto que el Tribunal Supremo no analiza la sentencia recurrida al margen de los avatares del caso concreto, sino que parte de un análisis de éste. En buena medida quiebra pues la máxima, asumida también por el Tribunal Supremo, según la cual lo único a enjuiciar en casación es la resolución judicial impugnada como hecho aislado.

⁹⁹⁰ “La valoración de la prueba supone una ponderación de los medios probatorios aportados al proceso que lleva al Tribunal de instancia al convencimiento sobre la realidad de unos determinados hechos o circunstancias fácticas. La formación de esta convicción está atribuida al órgano judicial que con inmediación está en condiciones de examinar dichos medios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de Casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido desterrada del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se cohonesta con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia. Únicamente, la jurisprudencia viene admitiendo que pueda invocarse en casación la infracción de preceptos relativos a la valoración de la prueba, en aquellos casos en que se trata de prueba tasada o de la llamada prueba de presunciones, o cuando en la valoración de las restantes pruebas se ha incurrido en *patente arbitrariedad o en manifiesta falta de lógica o verosimilitud*, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo. STS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 6 de julio de 1998. La cursiva la añado yo. En el mismo sentido *vid.* las SSTs, Sala Tercera, Sección Sexta, de 1 de abril de 1995 y de 20 de enero de 1998.

⁹⁹¹ “La resolución de la cuestión que se plantea debe partir del presupuesto básico de que nos encontramos ante un recurso de casación y por tanto si bien el análisis de los motivos articulados exige partir de la base fáctica que ha resultado probada en la instancia, en la que el Tribunal «a quo» declara únicamente que nos encontramos ante un ciudadano chileno, pero omite y no entra a considerar suficientemente otros datos demostrados del caso concreto, no es menos cierto que ha de procederse a llevar a cabo la integración del «factum» ante la insuficiente explicitación en la sentencia combatida de hechos debidamente probados, ya que otra cosa supondría una vulneración del principio de justicia efectiva, al resultar los datos omitidos de notoria influencia en la resolución que se dicte”. STS, Sala Tercera, Sección sexta, de 29 de enero de 1998 (RJ 1998,674). En este sentido pueden verse también las SSTs 23 de enero de 1998 (RJ 1998,570), 27 de abril de 1999 (RJ 1999,4600).

De lo anteriormente expuesto no se debe concluir, sin embargo, que la casación sea un medio adecuado para interesar la corrección de errores, incluso evidentes, en la *quaestio facti*. En primer lugar, porque la doctrina de la integración del *factum* no se plantea como un derecho de las partes, sino como una facultad del Tribunal, por lo que el Tribunal Supremo no la admite como fundamento casacional. En segundo lugar porque ha de referirse a hechos complementarios, es decir, no esenciales o centrales. Y en tercer lugar, porque la valoración que el Tribunal Supremo realice a través de esta integración no puede contradecir la llevada a cabo por el juez *a quo*.

Desde esta perspectiva y al igual que se apuntó respecto del proceso civil, cabe apuntar que el control de los hechos en sede casacional depende en una buena medida de la voluntad de la Sala sentenciadora.

4.2.3.2. La limitación respecto de la legislación anterior de las resoluciones judiciales recurribles en casación.

Con la LMURP no sólo se introdujeron cambios en los motivos que podían fundar el recurso, sino también y de forma muy especial, en las resoluciones que podían ser objeto de impugnación en esta vía. Como ya se ha adelantado, el legislador de 1992 configuró de forma especialmente restrictiva la casación con el fin de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo viera aliviada su sobrecarga de trabajo y pudiera cumplir con las nuevas funciones de defensa de ley y unificación de doctrina. Las consecuencias de esta decisión legislativa suponían admitir que, en la mayoría de los asuntos contencioso-administrativos, regiría el principio de única instancia. El ulterior control casacional sólo operaría respecto de un puñado de casos.

Con carácter general, se estableció de forma genérica en el artículo 93.1 LJCA que podrían recurrirse en casación las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia⁹⁹². Sin

⁹⁹² La referencia a sentencias dictadas “en única instancia” por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional dio lugar a problemas interpretativos. Todas las sentencias dictadas en aquellos momentos por los órganos jurisdiccionales mencionados lo eran en única instancia, debido a que no habían entrado aún en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo a pesar de que la LOPJ preveía su existencia e incluso la atribución de determinadas competencias en primera instancia. Debido a que la Ley 10/1992 estableció que serían susceptibles del recurso de casación no todas las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia sino sólo aquellas dictadas en “única instancia”, hubo determinados sectores doctrinales que entendieron –quizás pensando en buscar aquella interpretación de la ley más restrictiva con el fin de aliviar la ya pesada carga de trabajo que tenía la Sala

embargo, esta regla general, en principio sumamente generosa en la medida en que permitía el acceso a la casación de todas las sentencias dictadas en primera instancia, se limitó mediante el establecimiento de una gran cantidad de excepciones. Estas excepciones las recogía también el artículo 93 LJCA. Según este precepto, quedaban excluidas del recurso de casación las siguientes sentencias:

- Las que se refirieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración pública salvo que, estrictamente, afectaran a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieran la condición de funcionario (art. 93.2.a LJCA). La exclusión contenida en este precepto es más restrictiva que la prevista en la normativa anterior, ya que en aquélla quedaban excluidos de ser revisados en apelación tan sólo aquellos casos que afectaran a “cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares, con excepción de los casos de empleados públicos inamovibles”. Tal y como han apuntado algunos autores, la previsión de esta restricción sólo se explica desde la finalidad buscada por el legislador de aliviar la carga de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya que se trata de una materia en la que frente a supuestos de hecho prácticamente idénticos pueden producirse pronunciamientos contradictorios por parte de los distintos Tribunales Superiores de Justicia⁹⁹³. En definitiva, la exclusión no responde a que no se trate de una materia apropiada para ser resuelta en casación, sino que su objetivo es aliviar la carga de trabajo del Tribunal Supremo.
- Las sentencias dictadas en el recurso contencioso-administrativo regulado en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art. 93.2.c LJCA) que se refería al “caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley reguladora del Derecho de Reunión que no fueren aceptadas por los

Tercera del Tribunal Supremo— que sólo serían susceptibles de tal recurso aquellas referidas a los asuntos cuya competencia venía atribuida en única instancia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo, pero no respecto de aquellos otros que, a pesar de ser conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia, la competencia para su conocimiento se le atribuía en la LOPJ a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Finalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con gran acierto, vino a desechar tal interpretación y a sostener que la única que podía hacerse del art. 93.1 cuando se refería a las sentencias dictadas en “única instancia” era entender que se refería a todas las dictadas por las Salas de Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, estuviera o no atribuida la competencia para su conocimiento en la LOPJ a éstos o a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

⁹⁹³ Pueden verse, entre otros, J. Garberí Llobregat, en *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992...*, cit., págs. 234-235.

promotores”. El objetivo de esta exclusión era, más que aliviar la carga de trabajo del Tribunal Supremo, que tras la obtención de una primera sentencia se pudiera acceder al recurso de amparo constitucional, evitando así las dilaciones que supondría acudir previamente al recurso de casación que podrían acabar por frustrar el ejercicio del derecho.

- Las dictadas en recursos contencioso-electorales (art. 93.2.d LJCA).
- Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de seis millones de pesetas (art. 93.2.b LJCA). Comparando esta cifra con la prevista en la legislación anterior (500.000 pesetas) puede afirmarse que el incremento de la *summa gravaminis* fue espectacular. La introducción de este requisito alivió en parte la carga de trabajo del TS, que además realizó una interpretación muy restrictiva para valorar su concurrencia.

No obstante, el apartado 3º del artículo 93 LJCA preveía una excepción permitiendo que, en todo caso, las sentencias excluidas del recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 93, es decir, las apenas transcritas, pudieran ser objeto de recurso de casación cuando se procediera a la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general. Esto es, ninguna de las excepciones a las que se ha hecho referencia operaría si el objeto del recurso lo fuera también la impugnación indirecta de disposiciones generales. Pero sucede en este caso lo mismo que ya se dijo sobre la *summa gravaminis*. El Tribunal Supremo fue especialmente formalista a la hora de valorar cuando, en un asunto concreto, además de impugnarse el acto aplicativo, se estaba impugnando de forma indirecta la disposición general que le servía de cobertura⁹⁹⁴.

Además de las anteriores limitaciones, la LJCA estableció que tampoco podrían recurrirse en casación las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-

⁹⁹⁴ A pesar de que se dedujera claramente del escrito de demanda que se estaban impugnando conjuntamente tanto la disposición de carácter general como el acto aplicativo, el Tribunal Supremo exigió para admitir el recurso de casación que se solicitara expresamente en la súplica del escrito de demanda la anulación, no sólo del acto administrativo, sino también de la disposición de carácter general. Además ha establecido que “no sólo es preciso que se halle suficientemente y específicamente planteada, con la debida precisión y puntualización justificativa (...), sino que es imprescindible, también, que constituya la base esencial de la pretensión articulada en la instancia y, asimismo, como ha declarado reiteradamente esta Sala, que conforme y componga el fundamento exclusivo de la casación”. STS, Sala Tercera, Sección segunda, de 5 de julio de 1999. Por otra parte, la Sala Tercera ha interpretado también de forma restrictiva el concepto mismo de disposición de carácter general. Así, ha entendido que las bases de la convocatoria de un concurso de acceso a la Administración Pública tienen carácter de actos administrativos de destinatario plural pero no son disposiciones de carácter general. SSTS, Sala Tercera, Sección séptima de 14 de febrero de 1996 –RJ 1996, 575—, de 30 de marzo de 1996 –RJ 1996, 2805—, de 5 de mayo de 1997 –RJ 1997, 3908—, entre otras, etc.

Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sobre actos o disposiciones emanados de las Comunidades Autónomas, con independencia de la cuantía del asunto. Esta limitación no debía considerarse novedosa, puesto que la LDyPJ ya la había establecido respecto del recurso de apelación. Si esto se había hecho entonces, ahora, que se implantaba por primera vez el recurso de casación en lo contencioso-administrativo, la decisión debía considerarse acertada. Si el Tribunal Supremo era ahora un verdadero Tribunal de casación, entonces sólo deberían tener acceso al mismo los asuntos sobre los cuales fuera necesaria la unificación de doctrina. O dicho en palabras de I. de Otto “allí donde no hay nada que unificar, porque de lo que se trata es exclusivamente derecho autonómico, pierde su sentido y finalidad la potestad casacional del Tribunal Supremo”⁹⁹⁵. Precisamente por esto, tal exclusión tenía a su vez una excepción: serían recurribles en casación aquellas sentencias que a pesar de referirse a actos emanados de los órganos de las Comunidades Autónomas, hubieren infringido normas no emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas que fueran a su vez relevantes y determinantes del fallo de la sentencia (art. 93.4 LJCA).

De estas previsiones pueden extraerse dos consecuencias. La primera hace referencia a la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, como ya se ha dicho, va a quedar circunscrita a la interpretación del Derecho estatal y no del autonómico. Es decir, el Tribunal Supremo no tendría la última palabra sobre el Derecho administrativo autonómico, sino que ejercería sus funciones nomofiláctica y uniformadora sobre el Derecho administrativo estatal, entendido éste como el emanado de los órganos del Estado central y de las instituciones comunitarias europeas. La segunda se refiere al papel de supremo intérprete que implícitamente se les está atribuyendo a las Salas de lo Contencioso-Administrativo en relación con el Derecho autonómico, tal y como se establece en el artículo 152 de la Constitución. A diferencia de lo que aconteció en el orden civil, en el que se instauró el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia con el fin de que tuvieran la última palabra sobre el Derecho civil foral o especial de la Comunidad Autónoma, fue imposible articular tal solución en el orden contencioso-administrativo. Esto se debió en parte a la organización judicial que regía en este orden jurisdiccional. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tenían atribuido el conocimiento en primera instancia de todos los asuntos en los que se impugnaran actos

⁹⁹⁵ I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, pág. 234.

emanados de los órganos de las Comunidades Autónomas y, por lo tanto, carecía de sentido establecer que fuera la misma Sala la competente para conocer de los recursos de casación que pretendieran interponerse contra las sentencias dictadas en estos procesos.

De todo lo expuesto se desprende que fueron muchos los casos que, en comparación con lo previsto para el recurso de apelación, quedaron excluidos del recurso de casación. Las cifras son elocuentes. Los asuntos ingresados en la Sala Tercera en el año 1992 fueron 20.111 y en 1993, 9.498⁹⁹⁶. La reducción de recursos interpuestos fue de más de la mitad, pero aun así, según apuntaron *a posteriori* los integrantes de la Sala Tercera, seguían siendo demasiados para la consecución de los objetivos casacionales.

4.2.3.3. La traslación a la casación contencioso-administrativa de las causas de inadmisión previstas en la LOTC para el recurso de amparo constitucional.

La reforma introducida por la LMURP no sólo propiciaba un descenso considerable en el número de asuntos que tenían acceso a la Sala Tercera del Tribunal Supremo sino también la resolución expeditiva de muchos ellos. Las causas de que esto fuera así son varias. En primer término, la propia naturaleza del recurso de casación impone un tratamiento diferenciado respecto de la apelación en la fase de admisión del recurso. Su procedencia no depende sólo del sufrimiento de un gravamen sino también de la concurrencia de determinados motivos tasados en la Ley. Así pues, la mayoría de recursos de apelación interpuestos antes de la reforma operada por la LMURP requerían de la Sala Tercera del Tribunal Supremo un pronunciamiento sobre el fondo debido a las escasas posibilidades de declarar su inadmisibilidad⁹⁹⁷. Una vez que se implantó el recurso de casación se incrementó considerablemente el número de inadmisiones a trámite.

En segundo lugar, los requisitos de forma exigidos en los escritos de preparación e interposición del recurso de casación nada tienen que ver con los exigidos para el

⁹⁹⁶ Debe aclararse, no obstante, que estas cifras se refieren al total de asuntos ingresados y no sólo a la casación ordinaria.

⁹⁹⁷ La bolsa de recursos de apelación que quedaron pendientes de resolver tras la entrada en vigor la LMURP era muy abultada. Tan es así, que todavía en el año 2004 la Sala Tercera del TS ha tenido que resolver recursos de apelación interpuestos al amparo de la LJCA en su redacción inicial. Vid, por ejemplo, la STS, Sala Tercera, Sección Segunda, de 3 de febrero de 2004 resolutoria del Recurso de Apelación núm. 7213/1991 (RJ 2004, 921).

recurso de apelación. En efecto, no basta con que el asunto pueda recurrirse en casación, sino que al recurrente se le exige, aun en los casos en los que su procedencia sea evidentísima, que se ciña estrictamente a las exigencias de forma establecidas en la Ley a la hora de redactar los escritos de preparación e interposición del recurso. Como se verá en la segunda parte de este trabajo, el cumplimiento exhaustivo de estos requisitos ha sido un elemento fundamental que ha utilizado la Sala Tercera del Tribunal Supremo para admitir o no recursos a trámite y, en consecuencia, para pronunciarse o no sobre el fondo del asunto.

En último lugar, hay que destacar la traslación a la LJCA de las causas de inadmisibilidad conectadas con el fondo del asunto y previstas en la LOTC en relación con el amparo constitucional. La LMURP estableció que, a pesar de que fuera procedente el recurso de casación, podría declararse su inadmisibilidad cuando concurriera alguna de las causas que se señalan a continuación: (a) que el recurso careciera manifiestamente de fundamento o (b) se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales (art. 100.2.c LJCA). Esta norma permitía a la Sala Tercera del Tribunal Supremo controlar en el trámite de admisión no sólo si la resolución judicial era susceptible de ser recurrida en casación y si el recurrente había cumplido los requisitos de forma establecidos en la Ley, sino también realizar una primera valoración del fondo del asunto. Sin duda, la introducción de estas causas de inadmisión se conectó con la necesidad de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo controlara los casos que accedían al Tribunal⁹⁹⁸.

Tal y como se apuntó respecto al orden civil, la inclusión de estas causas de inadmisibilidad fue criticada por la doctrina ya que, de ser aplicadas correctamente, no ahorrarían al Tribunal mucho más trabajo que el necesario para dictar la sentencia sobre el fondo del asunto, por lo que cabía sospechar que las mismas habían sido introducidas

⁹⁹⁸ En la *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia*, Madrid, 1993, puede observarse, por un lado, la conexión que se hace entre la introducción de la casación y el descenso del número de asuntos que acceden a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, por otro, la inclusión de determinadas causas de inadmisión como instrumentos que facilitan el control de dicha Sala de los asuntos que requieren de una resolución sobre el fondo. En este sentido y a la par que se analiza el número de asuntos que penden sobre la Sala Tercera del Tribunal Supremo se hace constar en la Memoria, pág. 77, lo siguiente: “El efecto favorable de la entrada en vigor de la casación contenciosa se ha de notar no sólo en la creación de una doctrina unificada, tan necesaria en esta jurisdicción, sino también en el mayor control de los recursos que acceden al Tribunal, mediante el uso prudente pero oportuno de las causas de inadmisibilidad que ha introducido la reforma. En este sentido, puede decirse que hoy en día ya es una realidad, como se anunciaba en la Memoria del año anterior, la existencia de unos instrumentos jurídico-procesales que, adecuadamente empleados, van a permitir que la Sala Tercera, sin desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, constituya un filtro en el que se controlen los recursos carentes de interés o que versen sobre materias ya reiteradamente estudiadas por la Sala”.

para que el Tribunal rechazara el conocimiento de los asuntos *a limine*. El estudio de estas cuestiones se abordará con más profundidad en la segunda parte de este trabajo.

Todas causas señaladas anteriormente hicieron que las resoluciones declarando la inadmisibilidad del recurso de casación se dispararan⁹⁹⁹.

4.2.4. Recurso de casación en interés de Ley: la opción del legislador por mantener un instrumento procesal que permitiera corregir *pro futuro* los errores judiciales especialmente graves.

El recurso de apelación en interés de ley implantado en el orden contencioso-administrativo fue el único que suscitó cierta polémica en relación con su posible inconstitucionalidad. Un sector doctrinal argumentaba que este recurso era inconstitucional porque en él no existía contradicción entre partes y porque sólo una de las partes típicas del proceso contencioso-administrativo, el Abogado del Estado, podía solicitar del Tribunal Supremo la proclamación como doctrina legal de una determinada interpretación de la norma que afectaba a intereses particulares de los ciudadanos¹⁰⁰⁰. El particular que se veía afectado por una sentencia no susceptible de ser recurrida en apelación y que contenía una doctrina a todas luces errónea no tenía posibilidad de interponer tal recurso. Pero lo más grave es que tampoco podía intervenir ni formular una propuesta de “doctrina legal” en los recursos de apelación para la unificación de doctrina interpuestos por el Abogado del Estado. Por tanto, no se trataba tan sólo de que sólo una de las partes típicas intervinientes en el proceso contencioso-administrativo pudiera interesar la reparación de la infracción de la legislación o de la jurisprudencia aplicable a un caso concreto, sino que tampoco era posible que, una vez interpuesto el recurso, se diera audiencia a los administrados. De ahí que fuera previsible que una reforma del proceso contencioso-administrativo optara por su supresión.

⁹⁹⁹ Si se observan las *Memorias sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales* que publica el Tribunal Supremo puede constatar el progresivo aumento de los asuntos que finalizan no mediante sentencia sino a través de “otras resoluciones”. A lo anterior, hay que añadir, además, el hecho de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado un buen número de “sentencias de inadmisión”.

¹⁰⁰⁰ Vid J. A. Xiol Ríos en “Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, *cit.*, págs. 286 y ss.

Sin embargo, esto no fue así, a pesar de que el Informe al Anteproyecto de Ley emitido por el CGPJ insistiera también en la conveniencia de su eliminación¹⁰⁰¹. Quizás el motivo de su mantenimiento estaba relacionado con el nuevo giro que la LMURP había dado al régimen de recursos en este orden jurisdiccional. Desde mi punto de vista, este recurso en interés de ley se mantuvo por las posibilidades de error judicial que podían derivarse de la combinación de tres factores: a) principio de única instancia; b) control casacional reducido a pocas materias; c) sobrecarga de trabajo de las Salas de Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo.

A pesar de que en la redacción original de la LJCA este tipo de modalidad impugnativa se denominara “apelación”, en realidad, tenía un marcado carácter casacional. Por ello y por la implantación del recurso de casación ordinario, la LMURP ha denominado al viejo recurso de apelación en interés de Ley “recurso de casación en interés de Ley”. Este recurso se mantiene más o menos en los términos en los que estaba regulado en la Ley de 1956. Únicamente es importante resaltar que la lista de los sujetos legitimados para proceder a su interposición se vio ampliada. Además del Abogado del Estado, también se confirió legitimación activa para interponerlo a “las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto” (art. 102.b LJCA). Además, tal y como vino haciéndose en relación con el recurso extraordinario de apelación en interés de ley para la defensa del Derecho autonómico, el Tribunal Supremo reconoció legitimación para la interposición del recurso a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a pesar de que tal posibilidad no se contenía en la Ley.

Sobre el resto de los caracteres de este recurso, remito a lo que ya expuse al tratar del recurso extraordinario de apelación en interés de la ley.

¹⁰⁰¹ “(...) consideramos que debe suprimirse el recurso de casación en interés de Ley regulado en el artículo 102 del Anteproyecto. Como hemos visto, este tipo de recurso es susceptible de ser considerado como incompatible con el principio de igualdad de partes en el proceso –aunque es bien cierto que en el Anteproyecto se intenta corregir esta desigualdad atribuyendo la legitimación activa no sólo, como en la Ley actual para el homólogo recurso de apelación, al Abogado del Estado, sino también a entidades o corporaciones representativas de interés de carácter general—, y aproxima el ejercicio de la jurisdicción a una actividad abstracta más próxima a la legislación que a la nomofilaxis, por lo que entraña el atribuir al Tribunal Supremo una labor que excede de la puramente jurisdiccional. (...) Estimamos de todo punto necesaria su supresión, siguiendo en esto la pauta ya sentada en la Ley de Bases del Proceso Laboral (...)”. “Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, *Documentación Preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 94, 1992.

4.2.5. El recurso de casación para la unificación de doctrina.

4.2.5.1. La necesidad de mantener un mecanismo que tuviera por objeto la unificación de la jurisprudencia.

El recurso de casación para la unificación de doctrina tuvo su origen inmediato y directo en el recurso de revisión por contradicción de resoluciones previsto en la Ley de la Jurisdicción de 1956 al que hice referencia en su momento. La LMURP creó el recurso de casación en este orden jurisdiccional, por lo que el recurso de revisión quedó limitado a los mismos motivos que permitían su interposición en el orden civil¹⁰⁰². Esto implicaba que, aparte de la casación ordinaria, no habría ningún otro instrumento procesal que permitiera la unificación de la doctrina en los casos en los que la disparidad de criterios fuera ya una realidad. Sin embargo, el legislador de 1992 decidió rescatar el antiguo motivo previsto en el artículo 102.1.b) LJCA. Eso sí, en lugar de seguir considerándolo un motivo de revisión, creó un nuevo medio de impugnación de naturaleza casacional: el recurso de casación para la unificación de doctrina.

La competencia para conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina se atribuyó a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y concretamente a “la Sección que corresponda de acuerdo con las reglas generales de organización de la misma Sala”¹⁰⁰³. Sin embargo, la Ley 10/1992, de 30 de abril, creó una Sección especial a la que se le atribuyó el conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina en los casos en los que la sentencia impugnada en esta vía hubiera sido dictada en primera instancia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Como se expuso en el capítulo anterior, el apartado b) del artículo 102.1 LJCA establecía que procedería el recurso de revisión “si las salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegase a pronunciamientos distintos.”

¹⁰⁰³ Art. 102.a. 3 LJCA.

¹⁰⁰⁴ Dicha Sección estaría compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala Tercera y cuatro Magistrados de esta misma Sala: los dos más antiguos y los dos más recientes. Hubo quien abogó por la inconstitucionalidad de dicha Sala al haber sido creada por el legislador ordinario y no por el orgánico.

4.2.5.2. La previsión de dos modalidades casacionales distintas para la unificación de doctrina: la creación de jurisprudencia y la vinculación de los órganos judiciales a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La opción por mantener un mecanismo que tuviera por objeto la unificación de jurisprudencia, que además se definía como casacional, podía haberse aprovechado para corregir el carácter restrictivo con el que el Tribunal Supremo había interpretado el artículo 102.1.b) LJCA. Pero no fue así. En buena parte, esto se debió a la manera en que se configuró el régimen de acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina. Los términos en los que se reguló la procedencia del recurso eran muy similares a los previstos en el antiguo artículo 102.1.b) LJCA, aunque en esta ocasión eran dos las modalidades casacionales que se pretendían poner en marcha.

Según la LMURP el recurso procedería contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia “cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión”. La redacción del precepto es absolutamente idéntica a la prevista en la legislación anterior con la salvedad de lo dispuesto en el último inciso, esto es, la inexistencia de doctrina legal. La finalidad perseguida por el legislador con su instauración fue, no tanto la corrección de la infracción legal, sino la unificación de la jurisprudencia o doctrina legal en los casos en los que ésta no existiera. Esto es, el legislador lo configuró como un instrumento en el que primaba la defensa del *ius constitutionis* sobre la del *ius litigatoris* en la medida en que lo que se pretendía no era corregir una sentencia errónea (lo cual redundaría en beneficio del litigante), sino crear jurisprudencia en los casos en los que la dispersión jurisprudencial fuera ya un hecho. Téngase en cuenta que a través de esta modalidad sólo podían impugnarse sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contrarias entre sí. De ahí que el objetivo de la Ley fuera evitar la dispersión jurisprudencial, atribuyendo la interpretación última al Tribunal Supremo.

Asimismo, también se estableció que serían recurribles en esta vía las sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, así como las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la contradicción se hubiera producido con sentencias del Tribunal Supremo, siempre y cuando concurrieran los requisitos de identidad objetiva (mérito de hechos, fundamentos y

pretensiones sustancialmente iguales) y subjetiva (respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación) apuntados anteriormente. Es evidente que en este caso la finalidad perseguida por el legislador no era la creación de doctrina legal, sino asegurar la vinculación de los Jueces inferiores a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió que a través de esta vía pudieran impugnarse las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional que fueran contrarias, no a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino a la del Tribunal Constitucional¹⁰⁰⁵.

Puede afirmarse, en consecuencia, que el recurso de casación para la unificación de doctrina, se ha venido utilizando en la práctica para asegurar la vinculación de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo.

La regulación de la que se acaba de dar cuenta presentaba las siguientes deficiencias:

Por un lado, la ley no previó la posibilidad de que el Tribunal Supremo creara doctrina legal a partir de las contradicciones que pudieran producirse en el seno de la Audiencia Nacional. Respecto a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, el legislador previó que sólo podrían ser objeto de este recurso cuando contravinieran la jurisprudencia del Tribunal Supremo pero no la de la propia Audiencia Nacional. Algunos autores criticaron esta exclusión ya que ésta tenía, y sigue teniendo, una abundante competencia objetiva, por lo que hubiera resultado deseable que el recurso también permitiera la unificación de las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional¹⁰⁰⁶.

Por otro lado, y respecto a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, sólo era procedente el recurso contra las que éste dictara en única instancia siempre y cuando fueran contrarias a otras dictadas por el propio Tribunal Supremo. De lo anterior cabe deducir que quedaban excluidas de este recurso las sentencias dictadas

¹⁰⁰⁵ Según apuntó V. Moreno Catena, "Otros recursos de casación", *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, con V. Gimeno Sendra, J. Garberí Llobregat y N. González Cuellar-Serrano, Valencia, 1994, pág. 323, ya con la antigua regulación, la Sala de Revisión del Tribunal Supremo (STS 14.12.1988) entendió que servían como término de comparación no sólo las sentencias del Tribunal Supremo, sino también las dictadas por el Tribunal Constitucional.

¹⁰⁰⁶ Vid. J. Garberí Llobregat, "La reforma procesal, civil penal y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992...", cit., 259.

por el Tribunal Supremo en casación y apelación¹⁰⁰⁷. El CGPJ en el informe al Anteproyecto de Ley apuntó la necesidad de crear un cauce para evitar la disparidad de criterios jurisprudenciales entre las distintas Secciones integrantes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Justificó tal necesidad en tres puntos fundamentalmente: el primero, en la propia experiencia, que vino a poner de manifiesto la existencia de contradicción entre las distintas Secciones y la utilidad y efectividad que, para evitar ésta, había tenido el recurso extraordinario de revisión por contradicción de resoluciones judiciales previsto en la Ley de 1956; el segundo, en la necesidad de mantener la unidad de criterios jurisprudenciales por exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley; y el tercero, en la conveniencia de que fuera la jurisdicción ordinaria y no el Tribunal Constitucional a través del amparo el que corrigiera la disparidad de criterios existentes en la propia Sala Tercera¹⁰⁰⁸. A estas razones, que sin duda eran de peso, se le podrían haber añadido otras y una de especial importancia, a saber: la unificación de criterios se hace especialmente necesaria cuando quien incurre en la contradicción es el órgano judicial que tiene encomendada las funciones nomofiláctica y de unificación de doctrina. Por otra parte, la conveniencia de mantener un instrumento para asegurar la unidad de criterio se justificaba también en el hecho del gran número de asuntos que pesaban sobre la Sala Tercera, ya que esta

¹⁰⁰⁷ Téngase en cuenta que, aunque el recurso de apelación fue suprimido tras la aprobación de la LMURP, el número de recursos de esta clase que pendían en la Sala Tercera del Tribunal Supremo era tan elevado que no hubiera sido de extrañar que algún recurrente intentara interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina contra una sentencia dictada por el Tribunal Supremo en apelación. De hecho esto fue así. *Vid.* ATS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de 1 de julio de 1992 (RJ 1992,9755): “Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo serán recurribles para la unificación de doctrina cuando sean dictadas en única instancia y no cuando resuelvan un recurso de apelación”.

¹⁰⁰⁸ En este sentido se estableció en el Informe: “La posible contradicción entre sentencias dictadas en casación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo constituye un problema previsible que puede ser necesario abordar. Ciertamente parece inconveniente que se abriese un recurso de casación para la unificación de doctrina contra sentencias ya dictadas en casación, pero la importancia de la cuestión aconseja introducir un recurso extraordinario de revisión por contradicción de sentencias que, en este concreto ámbito, y para su conocimiento por la misma Sección a la que se le atribuye la competencia para resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en el ámbito de la propia Sala, reproduzca el recurso actualmente contemplado en el artículo 102.b) de la Ley vigente. Este recurso, en la actualidad, no se limita a las sentencias pronunciadas en única instancia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la experiencia demuestra que en ocasiones ha servido para resolver discrepancias de criterio entre sentencias dictadas en apelación por diferentes Secciones de la expresada Sala. El recurso de casación para la unificación de doctrina que contempla el Anteproyecto, dada su naturaleza, no tiene la extensión suficiente para cubrir el ámbito total a que se extendía el recurso extraordinario de revisión en caso de contradicción entre resoluciones. Ello hace inevitable, en aras del mantenimiento de la deseable unidad de criterio exigida por el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los Tribunales, el mantener este recurso reducido, ciertamente, al ámbito indispensable, por no estar cubierto por la expresada modalidad de la casación. Con ello se evitará, además, la necesidad de recurrir al recurso de amparo constitucional en supuestos que pueden ser solucionados en el ámbito de la propia Sala del Tribunal Supremo”.

circunstancia era precisamente una de las causas que dificultaba la función unificadora. La introducción de un mecanismo para evitar la contradicción jurisprudencial se hace más necesaria cuando existe sobresaturación de asuntos.

Lo cierto es que a pesar de las recomendaciones del Consejo y de la demostrada utilidad que al efecto había tenido el recurso extraordinario de revisión en relación con las sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo en la etapa anterior, el legislador de 1992 no creó instrumento procesal alguno que evitara la posible contradicción de criterios jurisprudenciales que pudieran producirse entre las distintas Secciones de la Sala Tercera Tribunal Supremo.

Si los requisitos de procedencia del recurso apenas sufrieron cambios, no puede decirse lo mismo en relación con las decisiones judiciales impugnables en esta vía. La nueva regulación las redujo considerablemente. Las limitaciones expuestas en este epígrafe no fueron las únicas que introdujo el legislador. De las demás se da cuenta en el siguiente apartado.

4.2.5.3. El reducido número de decisiones judiciales impugnables en unificación de doctrina: la exclusión de determinadas materias y el establecimiento de *summa gravaminis*.

Antes de la reforma llevada a cabo por la LMURP, no existía limitación alguna ni por razones materiales ni de cuantía para acceder a la revisión, admitiéndose incluso su interposición frente a los autos. Sin embargo, la LMURP reservó a unas pocas sentencias, de las que se ha dado cuenta anteriormente, el recurso de casación para la unificación de doctrina. La Ley estableció asimismo que el recurso sólo procedería cuando, además, concurrieran los siguientes requisitos:

- Que contra las mismas no fuera procedente el recurso de casación ordinario, ya que si era éste el caso, el recurrente debería utilizar esa vía y no la de unificación de doctrina¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ En este sentido, la STS, Sala Tercera de 10 de febrero de 1997 (Ar. 2050) establece: “El recurso de casación para la unificación de doctrina (...) es un recurso subsidiario del de casación ordinario y excepcional respecto de la casación propiamente dicha, ya que a través de su limitado ámbito, se trata de hacer efectivo el principio constitucional de la seguridad jurídica, corrigiendo tratamientos desiguales en el momento de dispensarse la tutela judicial, (...). Queremos decir con lo precedentemente expuesto, que la finalidad primaria de esta modalidad singular del recurso de casación no es tanto corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, cuanto reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (...)” .

- Que no se refirieran a materias excluidas del recurso de casación ordinario (que la sentencia versara sobre cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, salvo que afecten a la extinción de relación de servicios de los funcionarios, las recaídas en los procesos de tutela del derecho de reunión y las dictadas en los recursos contencioso-electorales). La mayoría de la doctrina criticó que se excluyera del recurso de casación para la unificación de doctrina la materia de personal al servicio de la Administración Pública ya que es uno de los campos en los que hay más desigualdades en la aplicación de la ley. Por otra parte y debido a que la Ley no hacía mención expresa a la exclusión del Derecho autonómico del recurso de casación para la unificación de doctrina, algunos autores entendieron que éste era procedente frente a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en las que se decidiera sobre actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera el Derecho aplicable. Sin embargo, con criterio acertado, la Sala Tercera del Tribunal Supremo sólo admitió aquellos en los que el Derecho infringido fuera el estatal o el comunitario europeo.

- Que la cuantía del asunto fuera superior a un millón de pesetas.

A la vista de lo que se ha expuesto parece evidente que las posibilidades de unificación de criterios se vieron seriamente mermadas con las modificaciones introducidas por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

4.2.6. Recurso Extraordinario de Revisión:

Como ya he señalado, además del recurso de casación en sus diversas modalidades también se previó la existencia del recurso extraordinario de revisión. El legislador de 1992 redujo su papel al que le correspondía en otros órdenes jurisdiccionales.

El motivo b) del artículo 102 LJCA de 1956 fue derogado y sustituido con la LMURP por el recurso de casación para la unificación de doctrina, aunque no con la misma amplitud que en 1956.

Por el contrario, los motivos previstos en los apartados a) (contradicción en la parte dispositiva de la sentencia) y g) (incongruencia) fueron excluidos de la revisión, aunque la LMURP los condujo a motivos casacionales y, por tanto, de los que podía

conocer el Tribunal Supremo en casación. Sin embargo, resulta evidente que la situación resultante no era ni mucho menos la misma. Si antes de 1992 todas las sentencias que incurrieran en incongruencia o en contradicción en el fallo tenían asegurado un recurso para sanar esos vicios a través del recurso de revisión, con la entrada en vigor de la LMURP, estos vicios sólo podían acceder al Tribunal Supremo en la medida en que las sentencias que los contuvieran fueran recurribles en casación. De no poder acceder a la casación, el recurso de amparo se convertía en el único a disposición del litigante¹⁰¹⁰. Los efectos de la LMURP se hicieron notar pocos años después de su entrada en vigor en el Tribunal Constitucional que tuvo que asumir respecto al vicio de incongruencia el papel que antes de la reforma desempeñaba el Tribunal Supremo a través del recurso de revisión. Sólo a modo de ejemplo se citan las siguientes sentencias *estimatorias* de amparo dictadas por el Tribunal Constitucional: 146/1995, 56/1996, 97/1996, 117/1996, 47/1997, 94/1997, 139/1997, 22/1998, 30/1998, 82/1988, 187/1988, 187/1988, 206/1988, 15/1999, 29/1999, 96/1999, 113/1999, 133/1999, entre muchas otras. Todas las sentencias que el Tribunal Constitucional anuló en estas sentencias habían sido dictadas en primera y única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y todas ellas habían incurrido en incongruencia, por lo que de haberse mantenido el recurso de revisión o bien no hubieran tenido que acceder al amparo –al ver el litigante restablecido su derecho a la tutela judicial efectiva a través del recurso de revisión– o bien hubieran acudido al amparo tras haber pasado por el Tribunal Supremo, que tendría que haber conocido del correspondiente recurso de revisión. Por supuesto, se podrían citar otras tantas sentencias en las que el recurso de amparo resultó denegado. Es decir, es evidente que la modificación de la LJCA por la LMURP amplió considerablemente el número de amparos referidos a asuntos procedentes del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y que habían sido conocidos en única instancia.

El recurso de revisión, como en el orden civil, quedó circunscrito a motivos trascendentes al proceso¹⁰¹¹. El error patente en la consignación de los hechos en que

¹⁰¹⁰ Téngase en cuenta que tanto la incongruencia como la existencia de contradicciones en la sentencia pueden vulnerar, aunque no lo hagan en todos los casos, el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁰¹¹ El artículo 102.c) LJCA en su redacción dada por la LMURP estableció:

podría haber incurrido el órgano judicial no constituía motivo de revisión y esto a pesar de que tampoco lo era de casación. Esta circunstancia dio lugar, como en el orden civil, a que recayera en la jurisdicción constitucional la corrección de estos errores¹⁰¹². Si en otros órdenes jurisdiccionales se hizo necesario, a causa del nuevo giro del recurso de casación, un mecanismo procesal que permitiera corregir estos errores “de bulto” en la *quaestio facti*, mucho más necesario se hacía en este orden jurisdiccional no sólo por la inexistencia de apelación, sino también porque el error de hecho no se incluía como motivo de casación. Sin embargo, el legislador siguió empeñando en reservar el recurso de revisión para posibilitar la rescisión de la sentencia firme únicamente por causas trascendentes al proceso.

4.3. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.3.1. Introducción: la modificación de la organización judicial. La puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Tras varios años con una justicia contencioso-administrativa “provisional”, pendiente de adaptarse a lo dispuesto en la LOPJ y a la LDyPJ, en el año 1998 se aprobó por fin la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción

“Contra las sentencias firmes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia podrá utilizarse el recurso extraordinario de revisión en los siguientes casos:

- a) Si después de pronunciada la sentencia se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- b) Si hubiere recaído la sentencia en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquella, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.
- c) Si habiéndose dictado la sentencia en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- d) Si la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”.

¹⁰¹² Puede verse en este sentido la STC 5/1995. En ella el Tribunal Constitucional no tuvo más remedio que admitir y estimar el recurso de amparo contra una sentencia dictada en única instancia que había incurrido en error patente en la cuestión fáctica. El Tribunal en el último fundamento jurídico estableció: “constatado este error patente sin duda irremediable en la vía judicial ordinaria ante la inexistencia de una segunda instancia en los procesos que versan sobre personal” procede estimar el presente amparo. *Vid.* también las SSTC 77/1994, 167/1999, 236/1998, 180/1998, todas ellas estimatorias de amparos por haber incurrido la resolución judicial impugnada y dictada por órganos de lo contencioso-administrativo en error patente en la *quaestio facti*.

Contencioso-Administrativa¹⁰¹³. La puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no podía demorarse por más tiempo y fue finalmente con la entrada en vigor de esta norma cuando éstos comenzaron a funcionar¹⁰¹⁴. Ese fue el momento en que por fin se hizo realidad la nueva estructura orgánica del orden jurisdiccional contencioso-administrativo prevista desde 1985. Sin embargo, el que las cosas acabaran siendo así no fue consecuencia de las previsiones de la LOPJ. En el seno de la Judicatura y en la doctrina científica más reputada se pronunciaron voces que cuestionaban la conveniencia de poner en marcha los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, la reforma de los aspectos organizativos de la jurisdicción era obligada como consecuencia de la “avalancha creciente de recursos”. La creación y puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso era la única salida a la creciente necesidad de “descongestionar a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo”. Pero frente a esta necesidad, había quienes cuestionaban la idoneidad de estos órganos jurisdiccionales para afrontar el ejercicio de determinadas competencias por su complejidad técnica o por su trascendencia política. Se puso en duda incluso que la puesta en marcha de los mismos contribuyera a agilizar la justicia administrativa¹⁰¹⁵. Para otros autores tal discusión

¹⁰¹³ BOE de 14 de julio de 1998.

¹⁰¹⁴ Según lo dispuesto en Disposición Final Única de la Ley, ésta entraría en vigor “a los cinco meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, esto es, el día 14 de diciembre de 1999.

¹⁰¹⁵ Así lo puso de manifiesto el entonces Presidente del Tribunal Supremo, J. Delgado Barrio, en la Presentación de la Tribuna sobre “La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” celebrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el mes de abril de 1997 y dirigida por J. González Pérez. Para J. Delgado la creación de los nuevos Juzgados era claramente insuficiente para resolver el problema de la sobrecarga de trabajo que sufrían los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que apuntó como una solución más adecuada seguir manteniendo la colegialidad pero aumentando el número de Magistrados de los distintos Tribunales Superiores de Justicia. La transcripción de su intervención puede consultarse en el libro *La Reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1997, págs. 13-17. La misma posición fue mantenida por E. García de Enterría en la ponencia que presentó en la citada Tribuna titulada “Organización de la jurisdicción contencioso-administrativa y sistema de recursos”, para quien “el órgano unipersonal es incompatible, (...) con la sustancia misma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en todo el mundo civilizado. (...) La regla de la colegialidad es general y absolutamente imprescindible para evitar peligrosísimas personalizaciones de la Justicia Contencioso-Administrativa”. Ambas intervenciones pueden consultarse en el libro *La Reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1997, págs. 13-17 y 19-23, respectivamente. En el mismo sentido puede verse Nabal Recio (“Reflexiones para un sistema de lo contencioso-administrativo” *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 94, 1997, págs. 221-252), para quien existen razones suficientes para entender que en orden jurisdiccional contencioso-administrativo la primera instancia sea siempre colegiada.

doctrinal era una de las “más academicistas y estériles que se [recordaban] en el ámbito del Derecho Administrativo”¹⁰¹⁶.

Siendo consciente el legislador de esta “división de opiniones”¹⁰¹⁷ optó por abordar la reforma “con decisión y cautela a la vez”¹⁰¹⁸. La decisión consistió en la puesta en marcha de los mencionados Juzgados y la cautela en el modo en que se realizó la distribución de competencias entre éstos y los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰¹⁹. Sólo a partir de este principio es posible entender la distribución competencial que el legislador realizó entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y la Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que según han apuntado algunos autores parece carente de principios y criterios unificadores. Sin embargo, y siguiendo al pie de la letra lo que dispone la Exposición de Motivos “nada impide, (...) que tras un primer periodo de rodaje la lista de competencias se revise a la luz de esa experiencia”. El legislador ha tendido, con alguna excepción, a ampliar la lista de competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a reducir la de los Tribunales Superiores de Justicia. La disposición adicional 14ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, primero y las Leyes 15/2007, de 3 de julio y 37/2011, de 10 de octubre después, han ido dando nueva redacción al artículo 8 LJCA y han ampliado las competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo aliviando así la carga de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ J. A. Xiol Ríos, “Nuevas perspectivas de la jurisdicción Contenciosa-administrativa. (La nueva Ley de la Jurisdicción)”, *Autonomía y Justicia en Cataluña*, coord. J. Borrel i Mestre, F. De Paula Caminal i Badia y E. Arnaldo Alcubilla, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 62.

¹⁰¹⁷ Estas son textualmente las palabras que se utilizan en la Exposición de Motivos de la norma y que según apuntó J. A. Xiol Ríos (“Nuevas perspectivas de la jurisdicción Contenciosa-administrativa...”, cit., pág. 62), se utilizan con cierta ironía ya que se trata de “una expresión propia del mundo del espectáculo”.

¹⁰¹⁸ Así se expone en la Exposición de Motivos de la norma.

¹⁰¹⁹ En este sentido se hace constar en la Exposición de Motivos: “En la elaboración de esta lista se ha tenido en cuenta la conveniencia de atribuir a estos órganos unipersonales un conjunto de competencias relativamente uniformes y de menor trascendencia económica y social, pero que cubren un elevado porcentaje de los recursos que cotidianamente se interponen ante los Órganos de la Jurisdicción. De esta manera es posible aportar remedio a la saturación que soportan los Tribunales Superiores de Justicia, que se verán descargados de un buen número de pleitos, aunque conservarán la competencia para juzgar en primera instancia de los más importantes «a priori» (...). Por su parte, los Juzgados obtienen un conjunto de competencias que pueden razonablemente ejercer y que parecen suficientes para consolidar la experiencia”.

¹⁰²⁰ Sin pretender dar cuenta exhaustiva de la reforma, ya que no es el objeto de la investigación, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han visto ampliadas de forma considerable respecto de la legislación vigente en 1998 las competencias en relación con el control de los actos emanados de las Entidades Locales, de las sanciones administrativas impuestas por la Administración de las Comunidades

El diseño actual, por lo que se refiere a la estructura orgánica, se recoge en el artículo 6 LJCA. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional¹⁰²¹ conocen de asuntos en única o primera instancia¹⁰²². Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocen de algunos asuntos en primera y única instancia, en segunda instancia conocen de los recursos de apelación promovidos contra las sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, conocen de los recursos de revisión contra las sentencias firmes dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, conocen también de los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley y de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en la misma Comunidad Autónoma¹⁰²³. Por último, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo es competente para el conocimiento de determinados asuntos en única instancia¹⁰²⁴, de los recursos de casación ordinario, para la unificación de doctrina y en interés de ley y de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo¹⁰²⁵.

La existencia de tres niveles va a permitir que en 1998 se retome la segunda instancia en el proceso contencioso-administrativo, eliminada en 1992. Sin embargo, como se expondrá a continuación, si se compara el orden contencioso-administrativo con el civil o el laboral, resulta que las posibilidades de recurrir sentencias son mucho más limitadas, lo cual no deja de ser llamativo si se tiene en cuenta que es precisamente en las relaciones y en los conflictos entre la Administración y los ciudadanos donde quizás más controles debieran existir.

Autónomas, de las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o de las Comunidades Autónomas, entre otras.

¹⁰²¹ Vid art. 11 LJCA en relación con las competencias atribuidas a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

¹⁰²² Vid artículos 8 y 9 LJCA en relación con las competencias atribuidas a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo respectivamente.

¹⁰²³ Vid. art. 10 en el que se enumeran las competencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

¹⁰²⁴ Vid. los apartados 1 y 3 del art. 12 LJCA.

¹⁰²⁵ En este último caso con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 61.1.1º LOPJ.

4.3.2. La reintroducción del recurso de apelación: procede sólo frente a algunas de las resoluciones dictadas por órganos judiciales unipersonales.

Tras casi siete años sin segunda instancia en el proceso contencioso-administrativo, por fin, con la LJCA 29/1998, se reintroduce en este orden jurisdiccional el recurso de apelación. Parte de la doctrina vio en esta decisión del legislador un intento de “normalización de la jurisdicción contencioso-administrativa”¹⁰²⁶.

Por lo que se refiere a los caracteres de este medio de gravamen me remito a lo que ya se ha expuesto con anterioridad al respecto. Basta con señalar aquí que se trata de un verdadero medio de gravamen por lo que a través del mismo son alegables toda clase de errores en los que hubiera podido incurrir el órgano judicial *a quo*.

En la Exposición de Motivos de la Ley, sin embargo, se hace constar que el nuevo recurso de “apelación ordinario (...) no tiene (...) carácter universal”. En efecto, según la nueva LJCA serán apelables sólo determinadas resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Quedan, por tanto, fuera de la apelación todos los asuntos, que son muchos, de los que conocen en primera instancia las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, para los que se prevé, aunque sólo en algunos casos, el recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En otras palabras, quedan excluidos de la apelación todos los asuntos de los que conoce un órgano judicial colegiado. Y, desde mi punto de vista, esto no es una mera coincidencia. El legislador ha querido suprimir la doble instancia en aquellos casos en los que quien conoce en primera instancia es un órgano colegiado. Desde esta perspectiva, el recurso de apelación, previsto contra las resoluciones dictadas por órganos unipersonales, viene a equilibrar la balanza de una primera instancia no colegiada¹⁰²⁷. Otra cosa es, sin embargo, cómo se actúe en la práctica. Parece que, en ocasiones, es el Ponente de la sentencia quien estudia y

¹⁰²⁶ J. A. Xiol Ríos, “Nuevas perspectivas de la jurisdicción contencioso-administrativa...”, cit., pág. 64.

¹⁰²⁷ El paralelismo entre un sistema de pluralidad de instancias y otro que establezca la colegialidad de los órganos judiciales que conocen en única instancia fue puesto de relieve por P. Calamandrei (*La casación Civil. Diseño de la institución*, T.II, cit., pág. 203) ya que “ambos sistemas tratan de reducir al mínimo las probabilidades de una sentencia injusta, provocando sobre la formación del fallo el concurso de varias inteligencias individuales, cada una de las cuales constituye un control sucesivo (pluralidad de instancias) o simultáneo (colegialidad), sobre la actividad juzgadora de las otras”.

resuelve el asunto y posteriormente el resto de los magistrados otorgan su consentimiento a la decisión adoptada por aquél¹⁰²⁸.

No todas las sentencias conocidas en primera instancia por órganos judiciales unipersonales son recurribles en apelación. En el artículo 81.1 LJCA se prevé que serán apelables las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, salvo aquéllas cuya cuantía no exceda de 30.000 euros¹⁰²⁹ o las que se refieran a las impugnaciones en materia electoral¹⁰³⁰. Esta regla general tiene a su vez excepciones que se establecen en el apartado 2 del artículo 81 LJCA. Según este precepto, serán siempre susceptibles de apelación, esto es, con independencia de la cuantía, las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso, las dictadas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas, así como las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales¹⁰³¹.

Quisiera referirme aquí a tres cuestiones que considero de especial importancia. Por un lado, debe señalarse que la *summa gravaminis* que condiciona el acceso al recurso de apelación resulta elevada con respecto a la exigida en la actualidad en otros órdenes jurisdiccionales. En el orden jurisdiccional civil, por ejemplo, casi todos los asuntos son apelables, y hasta hace pocos meses, lo eran todos los que se conocían por un órgano judicial unipersonal. En el Proyecto de Ley de la JCA¹⁰³² la cuantía que determinaba el acceso a la apelación era considerablemente más baja que la que finalmente se adoptó

¹⁰²⁸ Este es uno de los asuntos que requerirían un estudio de campo. La resolución de los asuntos de forma colegiada no puede quedar limitada a una posterior ratificación de lo decidido por el Ponente. Esta fórmula implica aceptar que la cuestión fáctica ha sido tan sólo analizada por éste, por lo que debilita y en buena medida desaparece la justificación de la inapelabilidad de estos casos.

¹⁰²⁹ En la redacción original de la LJCA la *summa gravaminis* establecida para el acceso al recurso de apelación era de 3 millones de pesetas. Recientemente la Ley 37/2011, de 3 de octubre, de medidas de agilización procesal, la ha elevado hasta los 30.000 euros. La elevación de la cuantía ha recibido importantes críticas doctrinales. Vid, entre otros, B. Lozano Cutanda, “Medidas contra acciones para la agilización procesal”, *Otrosí* núm. 9, enero-marzo 2012, pág. 24-25.

¹⁰³⁰ Concretamente las comprendidas en el art. 8.4 LJCA.

¹⁰³¹ En este sentido se hace constar lo siguiente en la Exposición de Motivos de la norma: “No siendo la doble instancia en todo tipo de procesos una exigencia constitucional, ha parecido conveniente descargar a los Tribunales Superiores de Justicia de conocer también en segunda instancia de los asuntos de menor entidad, para resolver el agobio que hoy padecen. Sin embargo, la apelación procede siempre que el asunto no ha sido resuelto en cuanto al fondo, en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, así como en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, en los litigios entre Administraciones y cuando se resuelve la impugnación indirecta de disposiciones generales, por la mayor trascendencia que «a priori» tienen todos estos asuntos”.

¹⁰³² Puede verse el Proyecto de Ley en el BOCG de 18 de junio de 1997, Serie A, núm. 70-1.

(3.000.000 pesetas), concretamente de 500.000 pesetas, cantidad ésta más cercana, aunque en cualquier caso superior, a la prevista en otros órdenes jurisdiccionales¹⁰³³.

Por otro lado, el CGPJ llamó la atención en su Informe al Proyecto de Ley acerca de lo inconveniente que resultaba el hecho de que no se pudieran apelar ciertas sentencias dictadas por órganos unipersonales¹⁰³⁴. Y en el mismo sentido se pronunció algún sector doctrinal y de las más altas instancias de la Judicatura, que veían también en la apelación un instrumento al servicio de la unificación de jurisprudencia en aquellas materias sin acceso a la casación¹⁰³⁵. Vuelve a llamar la atención que, a pesar de las reticencias manifestadas sobre la conveniencia de que la primera instancia en lo contencioso sea conocida por órganos unipersonales, no se establezca la apelación con carácter general o, al menos, con una *summa gravaminis* de menor envergadura. Sin embargo, la tendencia legislativa no se encamina a hacer cada vez más apelables las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Recientemente, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal ha elevado la cuantía para su acceso de 18.000 a 30.000 euros, lo

¹⁰³³ El aumento de la *summa gravaminis* de 5000.000 a 3.000.000 pesetas para el acceso a la apelación fue el resultado de la enmienda núm. 211 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán. Este Grupo propuso que sólo fueran apelables aquellos asuntos cuya cuantía excediera de 5.000.000 pesetas. Es curiosa la justificación de la enmienda: “Actualizar la cuantía que determina los asuntos susceptibles de ser recurridos en apelación”. Sin embargo no es posible encontrar explicación a dicha enmienda ya que ¿cómo es posible actualizar la cuantía que determina el acceso a un recurso que hasta ese momento era inexistente? Finalmente, dicha enmienda fue objeto de toma en consideración y de transacción con otros grupos parlamentarios y quedó definitivamente fijada en 3.000.000 pesetas, cantidad ésta considerablemente superior a la prevista en el Proyecto de Ley y que se aparta claramente de la *summa gravaminis* fijada en otros órdenes jurisdiccionales. Como se ha dicho en texto principal, esta cantidad ha sido recientemente elevada hasta los 30.000 euros.

¹⁰³⁴ Concretamente estableció: “La imposibilidad de apelar determinadas sentencias (...) no deja de merecer sólidos reparos anticipados ya en su día por la doctrina especializada, particularmente si se tiene en cuenta que estas resoluciones no susceptibles de recurso ordinario alguno se dictarán por un órgano unipersonal que carece aún de la necesaria tradición e implantación en el ámbito del proceso contencioso-administrativo”.

¹⁰³⁵ Puede verse en este sentido el trabajo del entonces Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Á. Rodríguez García, “Recurso de apelación y casación” en el libro dirigido por J. González Pérez, *La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., que al respecto señala: “(...) quizá convendría plantear si la doble instancia debe instaurarse sin fisura alguna, salvo en materia electoral y tutela del derecho de reunión. La única excepción prevista con carácter general para los asuntos cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas puede deparar sorpresas una vez que el Anteproyecto ha ensanchado las competencias de los Juzgados. Por otro lado, la creación de estos órganos jurisdiccionales carentes de toda tradición entre nosotros, y en general en los países de régimen administrativo, probablemente hacen aconsejable la apertura del recurso de apelación en todos los asuntos, cualquiera que sea su entidad económica. No hay que olvidar que lo que se les va a pedir a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo es que efectúen un control de legalidad de los actos de los poderes públicos, siempre delicado, que al menos en los primeros años debería ir acompañado de la posibilidad de que sus decisiones fueran contrastadas por un órgano jurisdiccional colegiado, con la ventaja añadida de que supone la finalidad unificadora de la segunda instancia”. Téngase en cuenta, además, que las anteriores afirmaciones se realizan al anteproyecto de Ley en el que la cuantía que condicionaba el acceso a la apelación era de 500.000 pesetas y no de 3.000.000 como en la actualidad.

que ha supuesto importantes críticas doctrinales con base en dos tipos de consideraciones. Por un lado, se ha aducido que la suma que abre la puerta a la apelación no es en absoluto desdeñable para el común de los ciudadanos. El segundo argumento, de más peso que el anterior, se refiere a que no siempre van de la mano la importancia cualitativa de las materias con la cuantía del pleito¹⁰³⁶.

En último lugar, hay que resaltar que el legislador eliminó para determinados casos la exigencia de que la cuantía del asunto fuera superior a los tres millones de pesetas para determinar el acceso al recurso de apelación, destacando, entre ellos, aquel en el que la resolución judicial declara la inadmisibilidad del recurso, lo que supone establecer un cauce de protección, *en todo caso*, para la tutela del derecho de acceso a la jurisdicción en el orden contencioso-administrativo.

4.3.3. Recurso de casación en sus distintas modalidades.

Al igual que sucedía en la normativa anterior, el legislador de 1998 fue partidario de mantener las tres modalidades de casación: recurso de casación ordinario, de unificación de doctrina y en interés de ley. A continuación, se estudian las novedades más significativas introducidas en los distintos medios de impugnación. Como se verá, la tendencia legislativa va encaminada a restringir al máximo el acceso a estos recursos de carácter extraordinario.

4.3.3.1. Recurso de casación ordinario.

a) La confirmación del modelo casacional implantado en 1992.

El legislador de 1998 optó por confirmar el modelo casacional que se había implantado en este orden jurisdiccional unos años antes. Para no incurrir en reiteraciones innecesarias me remito a lo que ya expuse antes en relación con la casación introducida por la LMURP en este orden jurisdiccional.

Sólo es preciso apuntar un cambio con respecto a los motivos de casación. El artículo 88.3 LJCA de 1998 permite al Tribunal Supremo integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia hechos omitidos por este último

¹⁰³⁶ Vid. en este sentido, B. Lozano Cutanda, *op. cit.*, pág. 25.

que estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia o de la desviación de poder¹⁰³⁷. Esto es sólo posible cuando el recurso se funde en la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Sin duda, la experiencia había demostrado que en ocasiones resultaba imposible para el Tribunal de casación determinar si había existido o no infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia sin integrar los hechos omitidos de la sentencia por el Tribunal *a quo*. No se trata, sin embargo, de una casación por error en la apreciación de la prueba. Lo que ha venido a hacer la nueva LJCA es incorporar a la legislación uno de los motivos casacionales que el TS había creado en su jurisprudencia.

b) La restricción de las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación.

Por el contrario, sí se produjeron cambios importantes respecto a las resoluciones judiciales que podían impugnarse en casación. El recurso de casación se reserva frente a las sentencias y autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, pero en éste último caso frente aquellas que hayan sido dictadas en única instancia (art. 86.1 de la LJCA). Quedan, en consecuencia, excluidas de forma automática aquellas de las que conozcan en segunda instancia las Salas de lo Contencioso-administrativo de los

¹⁰³⁷ El artículo 88 de la LJCA establece:

1. Los motivos en los que se puede fundar el recurso son:
 - a. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
 - b. Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
 - c. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
 - d. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.
2. La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.
3. Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

Tribunales Superiores de Justicia. La LJCA de 1998 admite también el control casacional de los Autos. Es más, la Ley amplía el catálogo de autos que pueden ser revisados por el TS en casación.

Pero no todas las sentencias dictadas en única instancia por los órganos judiciales antes citados pueden ser recurridas en casación. La LJCA ha establecido dos tipos de limitaciones para acceder a la casación: por razón de la materia y por razón de la cuantía.

En relación con esta última, la Ley incrementó en su redacción original la *summa gravaminis* de seis a veinticinco millones de pesetas. Según la propia Exposición de Motivos de la Ley, este incremento resultaba obligado puesto que las medidas adoptadas en 1992 no habían sido suficientes para reducir la carga de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹⁰³⁸. Y recientemente, la Ley 37/2011, de 11 de octubre, de medidas de agilización procesal ha elevado de nuevo la mencionada suma hasta los 600.000 euros. La adopción de esta última medida ha sido criticada por la doctrina, en la medida en que “queda prácticamente cerrada [la casación] para el común de los mortales”¹⁰³⁹. Y, lo más importante, dicha medida va a impedir al TS pronunciarse sobre determinadas materias, dado que es prácticamente imposible que respecto de todas haya pleitos que superen esa cifra teniendo en cuenta los criterios que la Sala Tercera del TS aplica para fijar la cuantía del asunto. Las consecuencias que tendrá tal reforma serán, según un sector doctrinal, nefastas en la medida en que desaparece un órgano unificador de la doctrina¹⁰⁴⁰.

La *suuma gravaminis* no es de aplicación para el acceso a la casación en los asuntos tramitados a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales. Esta excepción es fruto en buena parte de las recomendaciones del TC. Los redactores

¹⁰³⁸ “La Ley eleva sustancialmente la cuantía de los que tienen acceso a la casación ordinaria y en menor medida la de los que pueden tener acceso a la casación para la unificación de doctrina. Aunque rigurosa, la medida es necesaria a la vista de la experiencia de los últimos años, pues las cuantías fijadas por la Ley 10/1992 no han permitido reducir la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre la Sala Tercera del Tribunal Supremo”.

¹⁰³⁹ Así se pronuncia B. Lozano Cutanda, *op. cit.*, pág. 24-25.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, pág. 26. La autora mantiene que la elevación de la cuantía para el acceso a la casación hasta esos extremos, se debía haber compensado con otras medidas que facilitaran la unificación de doctrina. La apuesta que formula consiste en que el legislador flexibilice los criterios del acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que es francamente difícil cumplir los requisitos previstos en el art. 96.1 LJCA.

del Proyecto de Ley, sin embargo, no se hicieron eco de tal recomendación que finalmente prosperó en sede parlamentaria¹⁰⁴¹.

Tampoco era de aplicación la *summa gravaminis* en aquellos asuntos en los que se impugnaba directa indirectamente una disposición de carácter general.

Las restricciones por razón de la materia previstas en la LJCA de 1998 son prácticamente las mismas que las previstas en la legislación anterior, aunque con una alguna matización¹⁰⁴². En la Ley del 56, modificada posteriormente por la LMURP, se excluían del recurso de casación las sentencias que, aun siendo susceptibles de ser recurridas en esta vía, se refirieran a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, a no ser que el recurso se fundara en infracción de normas no emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas. La nueva Ley de la jurisdicción afina un poco más y establece en el artículo 86.4 que “las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”. Lo que pretende el legislador con esta nueva redacción es trazar una línea clara respecto del control del Derecho autonómico, que en todo caso compete a los Tribunales Superiores de Justicia.

Como puede observarse, salvo en los casos en los que el asunto se hubiera tramitado a través del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, regulado en los artículos 114 y ss. LJCA, y en los casos en los que se hubiere anulado

¹⁰⁴¹ El Proyecto de Ley preveía en el artículo 83.1.b) que no tendrían acceso al recurso de casación las sentencias recaídas, *cualquiera que fuere la materia*, en asuntos cuya cuantía no excediera de veinticinco millones de pesetas. El Grupo Parlamentario Catalán presentó una enmienda al artículo 83 en la que se proponía que no rigiera la *summa gravaminis* cuando se tratara de sentencias recaídas en el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales. La justificación de la enmienda era clara al respecto: “Creemos imprescindible mantener la posibilidad del recurso de casación en materias que pertenecen a la primera línea de defensa del Ordenamiento Constitucional. De aquí que proponemos, frente al criterio restrictivo en el ordenamiento de garantías jurisdiccionales para los derechos fundamentales de las personas, el opuesto de potenciar tales garantías robustecedoras del estado de Derecho, concediendo la oportunidad de recurrir en casación contra las sentencias dictadas en tan delicada materia indiscriminadamente y además sin límite de cuantía, porque creemos que los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución son por esencia de cuantía inestimable”. *Vid.* BOCG de 24 de noviembre de 1997. Serie A, núm. 70-8.

¹⁰⁴² Se vuelven a excluir del recurso de casación las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y las dictadas en materia electoral. *Vid.* art. 86.2 LJCA.

una disposición de carácter general, es la cuantía el elemento determinante que permite el acceso a la casación. De igual modo que se dijera en su momento respecto al orden civil, en esta selección de asuntos primaba claramente la defensa del *ius litigatoris* en la medida en que el interés económico que se ventilaba en el pleito era determinante para acceder al recurso, pero no otros criterios como, por ejemplo, la dispersión jurisprudencial, el principio de afectación general, etc. Esto supone una falta de coherencia importante entre los fines a los que, según el legislador, ha de servir la casación y la selección de los asuntos con derecho a casación.

Sólo una última cuestión en relación con las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida pretendió mediante la presentación de una enmienda que al artículo 83 se le adicionara un apartado más para permitir el acceso a la casación a las sentencias que “no [resolvieran] el fondo del recurso, [fueran] incongruentes o contradictorias con sus fundamentos de hecho o de derecho, cualquiera que [fuera] su cantidad”¹⁰⁴³. La motivación ofrecida por el grupo parlamentario era que “lo contrario [obligaba] a usar la vía de amparo constitucional, lo que [suponía] una excesiva dilación y contribuir a la saturación del Tribunal Constitucional”. La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley decidió que no se incorporara dicha enmienda, que fue finalmente retirada. La propuesta de Izquierda Unida suponía trasladar esta carga de trabajo al Tribunal Supremo, que, como ya se ha visto, no estaba en mejores condiciones que el Tribunal Constitucional para asumirla. Por otra parte, es evidente, por todo lo que se ha venido diciendo hasta ahora a propósito de la naturaleza del recurso de casación, que este recurso no es el medio más idóneo para absorber este tipo de asuntos. Es decir, la propuesta del Grupo Parlamentario contradecía el modelo casacional que se decidió implantar en 1992 y que se ratificó años después con la aprobación de la nueva LJCA, pero buscando un objetivo muy claro: que la casación fuera el cauce a través del cual pudieran garantizarse las lesiones de derechos fundamentales, también las del art. 24.1 CE, cometidas por los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Con todo, la situación de sobrecarga de trabajo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no ha mejorado todavía a pesar de las reformas de la casación, lo cual

¹⁰⁴³ Vid. enmienda número 125 al artículo 83.1 en BOCG de 24 de noviembre. Serie A. Núm. 70-8.

dificulta en buena medida que el TS cumpla con las funciones de defensa de la Ley y de unificación de doctrina¹⁰⁴⁴.

Al igual que se ha dicho respecto de la casación civil, sólo un año y medio después de la aprobación de LJCA, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en su sesión de 23 de mayo de 2000, adoptó varios acuerdos sobre el modo en que debía regularse la casación contencioso-administrativa en el marco de la “Evaluación de la situación del Tribunal Supremo respecto del cumplimiento de su función constitucional”. El diseño del recurso de casación que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo aprobó no se correspondía prácticamente en nada con la regulación del recurso de casación recién establecida en la LJCA¹⁰⁴⁵. Con posterioridad a esta propuesta del Tribunal Supremo, concretamente el 28 de mayo de 2001, se suscribió por el Gobierno de la Nación, entonces presidido por J. M.^a Aznar, y por los dos principales partidos políticos de ámbito estatal, partidos Popular y Socialista Obrero Español, el “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia”. En dicho Pacto se acordaba, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas oportunas tendentes, por un lado, a potenciar la función del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales y garante de la unidad de doctrina y, por otro, a otorgar funciones casacionales a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en todas las ramas del Derecho Autonómico¹⁰⁴⁶. Para llevar a cabo tales objetivos se acordaba la reforma de los recursos de casación y revisión previstos en las leyes procesales de todos los órdenes jurisdiccionales. Es decir, se anunciaba que el modelo casacional previsto en la nueva LJCA, norma que había entrado en vigor apenas dos años antes, iba a ser modificado de forma inminente.

c) Casación y rigor formal

¹⁰⁴⁴ Según señalan algunos autores, *vid.*, entre otros, M. Pulido Quecedo en el “Editorial” al núm. 708/2006 de la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, la bolsa de asuntos que penden sobre la Sala Tercera del Tribunal Supremo se acerca a 30.000 asuntos, por lo que urge de nuevo una reforma que intente solucionar, o al menos aliviar, este problema.

¹⁰⁴⁵ Las propuestas de la Sala Tercera se encuentran publicadas en el libro *Del modo de arreglar la Justicia. Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000, págs. 114-116.

¹⁰⁴⁶ Acuerdos núms. 1 y 3 del Pacto.

Por otra parte, hay que señalar que, al igual que hizo la Ley de 1992, se ha procedido a regular la tramitación del recurso con un gran rigor formal, que ha sido incluso exagerado por la propia Sala a través de la jurisprudencia. En consecuencia, no sólo se hace difícil el acceso a la casación por el restringido número de resoluciones que pueden ser revisadas en esta vía, sino también por el formalismo aplicado en su tramitación, de tal forma que sólo los conocedores de la jurisprudencia están en condiciones de abrir la llave de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

4.3.3.2. Recurso de casación en interés de la Ley: la opción por su mantenimiento a causa de escasez de medios de impugnación.

Por tercera vez consecutiva, y a pesar de las críticas doctrinales, el legislador sigue manteniendo el recurso de casación en interés de ley, y lo hace en los mismos términos que en la legislación anterior. Hay que apuntar, sin embargo, que en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno se abogó por su supresión. El mantenimiento de este recurso fue objeto de consideración especial en la Exposición de Motivos, en la que, por otra parte, no se dedicó apenas atención a los medios de impugnación¹⁰⁴⁷.

Fueron dos, principalmente, las consideraciones en las que se justificaba tal supresión: (a) el mantenimiento del recurso pone en evidencia la desigualdad de armas de las partes en el proceso contencioso-administrativo y (b) su carácter claramente admonitorio. Se trata de dos pegos de gran importancia que, sin embargo, no fueron compartidas por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida, Catalán y Socialista que presentaron respectivamente las enmiendas números 134, 235 y 306, todas ellas de adición, en las que se proponía el mantenimiento del recurso en interés de la ley. Una de las justificaciones que aducían estos Grupos Parlamentarios para mantener el recurso de casación en interés de ley era que se iba a conocer de muchos asuntos en única instancia, por lo que resultaba importante contar con un instrumento capaz de unificar

¹⁰⁴⁷ En la Exposición de Motivos del Proyecto se establecía: “En cambio, la Ley suprime el recurso de casación en interés de la Ley, por entender que esta modalidad de casación presenta serias objeciones desde el punto de vista de la igualdad de las partes en el proceso, así como en relación con la independencia judicial, en la medida en que atribuye al Tribunal Supremo una función admonitoria, encaminada a dar instrucciones a los demás Tribunales sobre la aplicación de la Ley, lo que convierte a este recurso en un procedimiento atípico para formar jurisprudencia sin atenderse al requisito, connatural a ésta, de la reiteración de decisiones del Tribunal Supremo”, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 18 de junio de 1997, Serie A, núm. 70-I.

criterios y fijar doctrina evitando que se consolidaran por reiteración interpretaciones erróneas de la ley¹⁰⁴⁸. Por ello, la Ponencia encargada de redactar el Informe al Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa propuso una transacción con las citadas enmiendas y finalmente incorporó al texto una nueva sección sobre el recurso de casación en interés de ley.

Aunque el recurso se mantuvo en parecidos términos que en la regulación anterior, sin embargo, se pueden destacar dos modificaciones importantes.

La primera se refiere a la creación de dos tipos o modalidades de recursos de casación por infracción de ley. El primero, previsto en el art. 100.2 LJCA, tiene por finalidad “la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado y que hayan sido determinantes del fallo recurrido”. El segundo, que se regula en el artículo 101.2 LJCA, tiene por objeto “la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de la Comunidad Autónoma que hayan sido determinantes del fallo recurrido”. La LJCA atribuye la competencia para conocer del recurso de casación en interés de ley regulado en su artículo 100.2 a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, mientras que del recurso regulado en su art. 101.2 LJCA conoce la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuyo Derecho haya sido aplicado por la sentencia recurrida. Con el establecimiento de las dos modalidades casacionales se cubre la laguna existente en la regulación anterior, ya que aquella sólo preveía el recurso de casación en interés de ley respecto de sentencias que hubieran aplicado Derecho emanado del Estado, pero no de las Comunidades Autónomas. Así pues, el Tribunal Supremo tiene la última palabra en cuestiones de Derecho estatal y los Tribunales Superiores de Justicia en Derecho autonómico. Respecto a las sentencias que son recurribles, las dos modalidades

¹⁰⁴⁸ Así, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida motivaba su enmienda número 134 en que “(...) La utilidad del recurso se acentúa más aún en el Proyecto que en la Ley vigente, ya que son multitud los asuntos conocidos en única o primera instancia por los Juzgados o los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, cuyo número hace presumir fundadamente una variabilidad de criterios cuya variación sería imposible si no se estableciera este recurso”. Asimismo, el Grupo Parlamentario Catalán motivaba la enmienda número 235 de la siguiente manera: “Atendida la nueva regulación de la competencia según la cual se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo multitud de asuntos conocidos en única o primera instancia, este recurso deviene especialmente importante para evitar una variabilidad de criterios cuya fijación sería imposible si no se estableciera este recurso. (...)”. Por su parte el Grupo Parlamentario Socialista aducía: “Se trata de un recurso necesario, ya que es el único a través del cual la Administración, representante del interés general, puede obtener del órgano jurisdiccional llamado a dar unidad al ordenamiento jurídico, un pronunciamiento sobre la conformidad o no a la Ley en aquellas materias competencia de órganos inferiores no susceptibles de recurso de casación, evitando su consolidación por reiteración”. *Vid. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Trabajos Parlamentarios, Cortes Generales, Madrid, 1998, págs. 85, 115 y 137.*

casacionales tienen en común que se trata de un recurso subsidiario, esto es, que sólo cabe interponerlo en la medida en que la sentencia cuya impugnación se interesa no pueda ser recurrida por otra vía, ya sea en apelación o en casación en sus distintas modalidades (ordinaria y de unificación de doctrina). Así pues, el recurso de casación en interés de la ley previsto en el art. 100.2 de la LJCA procede contra las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y contra las dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que no sean susceptibles de ser recurridas en casación (ni ordinaria ni en unificación de doctrina); asimismo, en relación con el recurso previsto en el artículo 101.2 LJCA, podrán ser impugnadas las sentencias dictadas por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo en única instancia.

La segunda modificación importante se refiere a la legitimación activa para interponer el recurso, que se amplía en ambos tipos de recurso de casación para posibilitar al Ministerio Fiscal su interposición. Esta novedad supone un giro en la concepción de este medio de impugnación pues con ella se subraya su carácter de instrumento de “defensa de ley” y no de instrumento en manos de la Administración. En efecto, la función típica del Ministerio Fiscal es la defensa de la legalidad y, por tanto, éste podrá interponer el recurso en interés de ley también contra sentencias favorables a la Administración manifiestamente erróneas y dañosas para el interés general. Es también posible, por otra parte, que los particulares se dirijan al mismo para solicitarle que interponga el recurso¹⁰⁴⁹. Este giro en la concepción del recurso de casación en interés de ley también se observa en la nueva expresión utilizada por el legislador a la hora de otorgar la legitimación al Estado, ya sea al central o a las Comunidades Autónomas. Si en la regulación anterior se hacía referencia al “Abogado del Estado”, el legislador de 1998 procede a omitir tal expresión y a sustituirla por el término “Administración General del Estado” en el caso del recurso del artículo 100 y “Administración de la Comunidad Autónoma” en el caso del artículo 101.

Por lo demás, no hay otras novedades especialmente destacables, ya que, tanto la procedencia como la tramitación del recurso y los efectos de las sentencias dictadas en esta vía siguen siendo idénticos a los previstos en la regulación anterior¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ De esta opinión es N. González-Deleito Domínguez, que elabora el comentario a los artículos 100 y 101 del libro dirigido por J. M^a. Santos Vijande, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1999, pág. 807.

¹⁰⁵⁰ El Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia

4.3.3.3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

La configuración que realiza el legislador de 1998 del recurso de casación para la unificación de doctrina es prácticamente idéntica a la establecida en la regulación anterior. Con el fin de evitar reiteraciones innecesarias en este epígrafe haré sólo referencia a los cambios que, en relación con la regulación anterior, se introducen en la nueva Ley.

a) Las dos modalidades del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Al igual que sucede con el recurso de casación en interés de Ley, en la nueva LJCA se introducen dos tipos de recursos de casación para unificación de doctrina. En la regulación vigente desde 1992 este recurso sólo procedía contra las sentencias que hubieran aplicado (o debido aplicar) Derecho emanado del Estado relevante para el fallo, pero no emanado de las Comunidades Autónomas. En efecto, en la normativa anterior la competencia para conocer de este recurso se atribuía exclusivamente a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano que no es competente para la interpretación del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas. Se producía de este modo una incomprensible laguna que impedía la unificación de criterios jurisprudenciales en relación con el derecho autonómico. Es cierto que en la normativa anterior las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocían en primera instancia de todos aquellos asuntos en los que el Derecho aplicable era el emanado de la correspondiente Comunidad Autónoma, por lo que podría pensarse que la contradicción entre resoluciones judiciales era imposible. Sin embargo, esa contradicción sí podía verificarse en aquellos Tribunales Superiores de Justicia que contaran con más de una Sala de lo Contencioso-Administrativo e incluso en aquellos que tuvieran más de una Sección. La nueva Ley, con la instauración del recurso de casación para la unificación de doctrina del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas cubre la laguna de la regulación anterior y extiende los objetivos de este recurso al derecho emanado de las Comunidades Autónomas.

penal que se encuentra en tramitación parlamentaria no prevé ninguna modificación del recurso de casación en interés de la ley.

Así pues, en el artículo 96 LJCA se regula el recurso de casación para unificación de doctrina referido al Derecho estatal o comunitario europeo, del que conocerá la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y el artículo 99 LJCA el referido al Derecho emanado de las Comunidades Autónomas, del que conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) La nueva regulación de las sentencias recurribles en casación para la unificación de doctrina.

Ésta, sin embargo, no ha sido la única novedad que ha introducido la nueva LJCA, ya que ésta también ha afectado a las sentencias susceptibles de ser recurridas en esta vía. Obviamente, me refiero a las novedades en el recurso de casación para unificación de doctrina sobre el Derecho estatal o comunitario europeo, ya que el otro tipo de recurso para unificación de doctrina, el que versa sobre el Derecho autonómico, no se preveía en la legislación anterior. Las principales diferencias son las siguientes:

- Se excluyen del recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, así como las dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo.

- La redacción inicial de la Ley elevó la cuantía para el acceso al recurso de uno a tres millones de pesetas y se excluyen en cualquier caso aquellas sentencias que se refieran a cuestiones de personal, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, materia electoral y tutela del derecho de reunión. Dicha *summa gravaminis* ha sido ampliada a 30.000 euros mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

La combinación de ambas limitaciones para el acceso al recurso restringe considerablemente su ámbito de aplicación si se lo compara con la legislación anterior. Sin embargo, contrariamente a lo que sucedía en la antigua LJCA, en la nueva Ley se posibilita la interposición de este recurso para la unificación de criterios frente a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en única instancia, por contradicción entre las dictadas por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o por el Tribunal Supremo. No obstante, sigue sin contemplarse la posibilidad de recurrir en casación para la unificación de doctrina frente a las sentencias dictadas

en casación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por lo que la nueva Ley tampoco ofrece los instrumentos necesarios para asegurar la unidad de criterio en el seno de ésta¹⁰⁵¹.

En relación con el recurso de casación para la unificación de doctrina respecto del Derecho autonómico, el artículo 99 LJCA establece que serán recurribles en esta vía las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones cuando respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. En consecuencia, no procederá el recurso ni contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ni contra aquellas dictadas por aquellos Tribunales Superiores de Justicia que no tengan diversas Salas o Secciones. Al igual que en el caso anterior, sólo procederá el recurso cuando la cuantía litigiosa supere los 30.000 euros (en la redacción inicial de la Ley, los 3 millones de pesetas).

Con carácter general, la doctrina ha señalado que se trata de un recurso que, aunque parece que posibilita la unificación de doctrina respecto a un número importante de materias, sin embargo, esto es sólo mera apariencia, ya que se han excluido del mismo algunas, como la de personal, en la que sí sería importante establecer mecanismos para conseguir una cierta igualdad en la aplicación de la ley¹⁰⁵². Dichas críticas pueden compartirse, pero al mismo tiempo debe señalarse que el legislador de 1998 no sólo ha previsto el recurso de casación para la unificación de doctrina como instrumento para hacer posible el principio de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley. En este sentido, el artículo 110 LJCA prevé, precisamente en materia de personal y tributaria, la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a

¹⁰⁵¹ Esta laguna, esto es, la inexistencia de un cauce procesal que permita la unificación criterios jurisprudenciales entre las distintas Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pretendió cubrirse en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, cit. El Proyecto pretendió incluir una nueva modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina “contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

¹⁰⁵² Pueden verse, entre otros, V. Moreno Catena, que se encarga del comentario a los artículos 96 y ss. LJCA en el libro *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Madrid, 1999, pág. 668.

los interesados que se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo¹⁰⁵³. Y éste último es precisamente el fundamento de tal extensión: la identidad de situaciones requiere un tratamiento jurídico idéntico¹⁰⁵⁴. El establecimiento de este mecanismo procesal viene a compensar en estas materias la falta de un recurso a través del que pudiera ir sentándose doctrina legal al respecto¹⁰⁵⁵.

4.3.4. Recurso de revisión:

Por último y con respecto al recurso de revisión se regula en los mismos términos que en la legislación anterior, por lo que no procede realizar ningún comentario adicional.

4.3.5. Otros recursos previstos en la LJCA.

4.3.5.1. Otros recursos contra actos jurisdiccionales.

¹⁰⁵³ Obviamente, no son únicamente estos dos requisitos los exigidos para que proceda tal extensión. El art. 110 LJCA exige además que el órgano judicial sentenciador haya sido a su vez competente por razón del territorio para conocer de la pretensión y que dicha extensión se solicite en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia (o resolución que ponga fin al proceso en el caso de que contra la misma se interpusiera algún recurso). Asimismo, se establece que en todo caso se desestimaré el incidente “cuando existiera cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99” (de casación para unificación de doctrina). Precisamente para asegurar que no se procederá a la extensión a terceros de sentencias que contienen doctrina legal equivocada, se prevé la suspensión del incidente por el que se solicita la extensión si se encontrara pendiente un recurso de revisión o de casación en interés de la ley.

¹⁰⁵⁴ Según V. Gimeno Sendra (*Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, cit., pág. 768-769) el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley es el fundamento del artículo 96 y señala como origen del mismo las SSTC 10/1998 y 23 a 28/1998.

¹⁰⁵⁵ Téngase en cuenta que las materias en las que procede tal extensión son la tributaria y la de personal al servicio de la Administración Pública. Respecto a la primera, es habitual que en muchos casos y debido a la escasa cuantía del asunto la sentencia dictada en primera instancia no pueda ser objeto de recurso alguno, debiendo el litigante acatar la interpretación de la Ley Tributaria que realice ese órgano judicial, a pesar de que existan otras distintas que den lugar a fallos totalmente opuestos. Es cierto que lo anterior no se evita con el establecimiento de este mecanismo, pero al preverse el mismo se favorece la igualdad en la aplicación de la ley respecto de una materia especialmente sensible a la diferencia de trato. Pero además, no sólo se garantiza la igualdad sino también el acierto del fallo, en la medida en que las sentencias que resuelvan estos asuntos, van a estar “controladas” por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado con el fin de interponer el recurso en interés de la ley si se dan los requisitos necesarios para ello. Lo mismo cabe decir respecto de la materia de personal. Se trata de una materia en la que es difícil asumir que distintas interpretaciones de la ley den lugar a fallos totalmente opuestos respecto a situaciones idénticas. El establecimiento de este mecanismo viene a paliar, aunque no a solventar definitivamente, estas situaciones.

Los recursos contra decisiones interlocutorias, así como el de queja no presentan variaciones importantes que deban ser resaltadas en este trabajo.

4.3.5.2. Recursos contra los actos procesales del Secretario Judicial: los recursos de reposición y revisión.

Como ya he expuesto en relación con el orden civil, la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y la LO 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de nueva Oficina Judicial han hecho posible la aplicación del nuevo modelo de organización de la Justicia que estaba inicialmente diseñado en la reforma de la LOPJ que se llevó a cabo en el año 2003. El nuevo modelo confiere un mayor haz de facultades a los Secretarios judiciales, lo que ha obligado a incluir en la Sección VII del Capítulo III del Título IV de la LJCA (art. 102 bis) los recursos que cabe interponer contra los actos procesales dictados por aquél. Igual que en la LEC, estos son los recursos de reposición y de recurso de revisión. Su regulación es idéntica a la prevista en la LEC por lo que me remito a lo que allí se expuso respecto a su régimen y procedencia.

5. Evolución del sistema de recursos en el orden laboral.

5.1. El sistema de recursos previsto en el Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio.

5.1.1. La necesidad de adecuar el proceso laboral al Estatuto de los Trabajadores.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, que afectó de forma sustancial al ámbito de las relaciones laborales, en 1980 se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, que en su Disposición Final Sexta autorizaba al Ministerio de Trabajo a someter al Gobierno para su aprobación un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. El Gobierno hizo uso de esta habilitación y aprobó el Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba la Ley de Procedimiento Laboral¹⁰⁵⁶ (en adelante, LPL). La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo, sin embargo,

¹⁰⁵⁶ BOE núm. 182 de 30 de julio.

advertía de que la regulación en él contenida era provisional e inacabada¹⁰⁵⁷. La reforma de lo sustantivo, esto es, del Estatuto de los Trabajadores, obligaba a retocar la regulación procesal, pero no se llevó a cabo una reflexión pausada acerca de las nuevas líneas que debían regir en el proceso laboral y más concretamente en el sistema de recursos.

En cuanto a su ordenación, la LPL de 1980 como Decreto Legislativo de refundición no podía introducir novedades pero las que incorporó resultaron declaradas nulas por *ultra vires*¹⁰⁵⁸. El Gobierno estaba autorizado para elevar las cuantías de acceso al recurso de suplicación, pero ni siquiera hizo uso de esta habilitación¹⁰⁵⁹.

5.1.2. La declaración de inconstitucionalidad de algunas de las modificaciones que la LPL de 1980 introdujo en el recurso de suplicación.

La regulación del recurso de suplicación en la nueva LPL era prácticamente idéntica a la prevista en la legislación anterior. Sin embargo, sí es conveniente hacer referencia a una de las pocas modificaciones que el Gobierno realizó en la regulación de este medio de impugnación, y ello no porque dicha modificación alterara de forma sustancial la naturaleza del recurso, sino porque dio lugar a una de las pocas declaraciones de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha declarado en relación con la regulación de los recursos.

El Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que aprobó el Texto Articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, esto es, la norma reguladora del proceso laboral anterior a la LPL de 1980, disponía que contra las sentencias dictadas en

¹⁰⁵⁷ En este sentido, la Exposición de Motivos decía: “En consecuencia, se hace necesario efectuar la correspondiente adecuación entre las normas procesales y los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, dotando a los órganos jurisdiccionales de los oportunos instrumentos para el ejercicio y efectividad de los derechos reconocidos por el Estatuto en sus diversos aspectos, todo ello sin perjuicio de que futuras normas relativas a parcelas concretas de la actividad laboral, como los conflictos colectivos, la huelga o el empleo, hayan de tener en su momento el tratamiento procesal adecuado”.

¹⁰⁵⁸ Únicamente alteró la redacción de algunos apartados para adecuarlos a la nueva regulación material. Así, el art. 166.3 LPL adoptó una nueva redacción. Según dicho precepto el recurso de casación procedería “contra las sentencias dictadas por la Magistratura de Trabajo en juicios por despido o extinción del contrato por causas objetivas de trabajadores miembros del Comité de Empresa o Delegados de personal”, sustituyéndose la terminología existente con anterioridad que se refería a “trabajadores que ostenten cargos electivos de representación sindical”.

¹⁰⁵⁹ Debe decirse, sin embargo, que tres años más tarde y mediante el Real Decreto 1896/1983, de 15 de junio se llevó a cabo un aumento de las cuantías, pero esta vez sólo de las del recurso de suplicación. Se estableció entonces como cuantía mínima para acceder a suplicación la de doscientas mil pesetas y se mantuvo como máxima la de un millón.

materia de clasificación profesional podría interponerse recurso de suplicación. A pesar de que la Ley de delegación no contenía ninguna previsión al respecto, el Gobierno, en el Texto Articulado de la LPL de 1980, excluyó del ámbito del recurso de suplicación la materia de clasificación profesional. El artículo 137 de la LPL de 1980 calificaba como especial al proceso en el que se ventilaban cuestiones de clasificación profesional y en su último apartado señalaba que contra la Sentencia que recayera en ese tipo de procesos “no se dará recurso alguno”. Poco tiempo después se plantearía una cuestión de inconstitucionalidad sobre este último inciso, en la que el juez *a quo* cuestionaba la inimpugnabilidad de las sentencias recaídas en los procesos de clasificación profesional¹⁰⁶⁰. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 51/1982, declaró la nulidad de esta norma con base en dos motivos: uno material y otro formal. El último, que carece de interés a los efectos de este trabajo, era la extralimitación en la que había incurrido el Gobierno al refundir una norma derogada expresamente por la Constitución, que era precisamente de la que se derivaba el carácter inimpugnable de las sentencias recaídas en este tipo de procesos. La verdad es que este motivo le hubiera bastado al Tribunal para declarar la norma inconstitucional y nula. Sin embargo, el Tribunal añadió otro argumento de carácter material: tras reconocer que de la Constitución no se derivaba la existencia de recursos, salvo en materia penal, estableció que “(...) la existencia de recursos en procesos de clasificación profesional, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso final del artículo 137 LPL, guarda relación de proporcionalidad con la importancia de una materia vinculada a su vez con el derecho a la promoción a través del trabajo constitucionalizado en el artículo 35.1 CE y, desde luego, permite la unificación jurisprudencial en la materia por medio del recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo”. El TC reiteró

¹⁰⁶⁰ Esta cuestión de inconstitucionalidad planteaba muchas dudas en cuanto a su admisión a trámite. El Juez de lo Social, que fue el que conoció en primera instancia y el que interpuso la cuestión a solicitud de una de las partes intervinientes en el proceso, entendió que se cumplían los requisitos del artículo 35.1 LOTC porque el artículo 93 LPL obligaba al órgano jurisdiccional a advertir a las partes en el fallo de la sentencia de los recursos que contra la misma cabía interponer. Por el contrario, tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado entendían que dicha información no formaba parte del fallo, por lo que consideraban que el artículo 137 LPL no era una norma relevante para la resolución del caso y, por ello, solicitaron la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal admitió a trámite la cuestión al considerar que “la advertencia a la que se refiere el artículo 93 LPL implica, necesariamente, una labor interpretativa y, como resultado de esto, una toma de decisión por parte del Juez, de modo tal que la inclusión de tal advertencia «en el fallo» implica que éste constituye una parte de la decisión judicial del caso concreto y no una mera notificación extrajurisdiccional” (Antecedente núm. 3º de la STC 54/1982). Llama poderosamente la atención tal argumentación cuando el mismo Tribunal en otro tipo de procesos, sobre todo de amparo, ha dado una importancia nimia –por no decir nula— a este contenido del fallo.

esa doctrina en su Sentencia 20/1991, en la que resolvía un recurso de amparo¹⁰⁶¹. El Tribunal Constitucional, aunque con cautela, dejó entreabierto una puerta que relaciona principio de proporcionalidad y derecho al recurso a la hora de controlar, no la interpretación que el juez realiza de la norma procesal, sino la propia norma, en la medida en que ésta ordena la inimpugnabilidad de determinadas resoluciones judiciales. Esta clase de argumentación, sin embargo, como se verá más adelante, no ha vuelto a ser manejada por el TC ni cuando ha resuelto cuestiones de inconstitucionalidad ni en los recursos de amparo que sobre el derecho a acceder a los recursos se le han planteado.

5.1.3. La reinterpretación de los preceptos de la LPL por el Tribunal Constitucional.

La entrada en vigor de la Constitución no supuso *a priori* ninguna innovación por lo que se refiere al sistema de recursos, ya que se siguieron manteniendo en idénticos términos los previstos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1973. Hasta 1990 las cosas continuarían prácticamente igual que en el año 1973. Este hecho corrobora que la aprobación de la Constitución no bastó para cambiar las cosas. La puesta en marcha del Tribunal Constitucional así como la formación de una “cultura constitucional” fueron, sin duda, elementos determinantes para el cambio del sistema. Por ello, el mantenimiento de un sistema preconstitucional, aunque trasvasado a una norma postconstitucional, tuvo, en ese momento, consecuencias en el ámbito de la jurisdicción constitucional, ya que, bien por vía de cuestión de inconstitucionalidad o bien de amparo, el recién nacido Tribunal Constitucional se vio obligado a reinterpretar la LPL de 1980 acomodándola a las exigencias constitucionales¹⁰⁶².

¹⁰⁶¹ En la mencionada sentencia se aclara definitivamente que el criterio material tenido en cuenta por el TC a la hora de declarar la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 137 LPL 1980 también fue determinante. En este sentido el TC estableció: “Planteada cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal sobre la exclusión de recursos en materia de clasificación profesional, la STC 51/1982 declaró la inconstitucionalidad de la norma final del art. 137 de la Ley de Procedimiento Laboral (...) A esta conclusión de inconstitucionalidad llega la Sentencia citada por razones formales y materiales (...) También por razones materiales se justificaba en el fundamento jurídico 3º de esa sentencia la inconstitucionalidad de la norma, toda vez que “si bien es cierto que no existe ningún precepto constitucional que imponga la doble instancia como necesaria (...) la existencia de recursos en procesos de clasificación profesional, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del inciso final del artículo 137 LPL, guarda relación de proporcionalidad con la importancia de una materia vinculada a su vez con el derecho a la promoción a través del trabajo constitucionalizado en el artículo 35.1 CE y, desde luego, permite la unificación jurisprudencial en la materia por medio del recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo”.

¹⁰⁶² *Vid.*, entre otros pronunciamientos sobre el sistema de recursos, la STC 3/1983.

Además, antes de acometer la reforma del proceso laboral, era preciso adecuar la estructura orgánica de este orden jurisdiccional a las previsiones constitucionales.

5.2. La modificación orgánica de la jurisdicción laboral introducida por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y los Reales Decretos Legislativos 521/1990, de 27 de abril, y 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueban sendos Textos articulados de la Ley de Procedimiento Laboral.

5.2.1. La nueva organización judicial establecida por la LOPJ y la LDyPJ: su incidencia en el sistema de recursos.

Al igual que sucedió en otros órdenes jurisdiccionales, como en el contencioso-administrativo, la aprobación, primero, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y, con posterioridad, de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre de Demarcación y Planta Judicial, organizaron la Jurisdicción Social de manera no coincidente con la prevista en la Ley Procesal que en aquel momento estaba en vigor. Era obvio que, para aplicar estas dos nuevas normas, se hacía necesario contar con una nueva Ley de Procedimiento Laboral¹⁰⁶³. Sin embargo, esto no se produjo hasta el año 1990, en el que se aprobó el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril¹⁰⁶⁴, de desarrollo de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral. Antes de dar cuenta del nuevo sistema de recursos diseñado en este texto articulado, me parece necesario realizar algunas consideraciones acerca de cómo la LOPJ y la LDyPJ afectaron a la organización judicial de este orden jurisdiccional, puesto que, como ha sostenido la doctrina también respecto a este orden jurisdiccional, la organización judicial condiciona el sistema de recursos, y no al contrario¹⁰⁶⁵.

La estructura orgánica prevista en la LOPJ de 1985 alteró por completo la existente bajo la legislación anterior. Se pasó de una organización judicial sencilla a otra bastante más compleja. Las Magistraturas de Trabajo fueron sustituidas por los

¹⁰⁶³ La LOPJ en su Disposición Adicional 12ª autorizó al Gobierno para que aprobara un nuevo texto refundido. Sin embargo, el plazo concedido para su elaboración venció sin que se llevara a efecto.

¹⁰⁶⁴ BOE núm. 105 de 2 de mayo.

¹⁰⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, C. Sáez Lara, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004, págs. 270-271.

Juzgados de lo Social¹⁰⁶⁶; el Tribunal Central de Trabajo desapareció, constituyéndose en su lugar las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que jerárquicamente se sitúan por encima de los Juzgados de lo Social; la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, órgano totalmente novedoso cuya creación fue y sigue siendo objeto de constantes críticas doctrinales; y en la cúspide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 CE, la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo. Ésta, al desaparecer el Tribunal Central de Trabajo, se ha convertido en la única sede de unificación e interpretación en último término del Derecho laboral.

Obviamente, tras esta reestructuración y como consecuencia de la afirmación constitucional del principio de unidad jurisdiccional, todos los órganos jurisdiccionales del orden social se incardinaron en el Poder Judicial y dejaron de depender del Ministerio de Trabajo.

Si en las leyes de procedimiento laboral anteriores las Magistraturas de Trabajo (órganos unipersonales) eran los únicos órganos que conocían de los asuntos en primera o única instancia, con la nueva estructura son tres órganos los que conocen de asuntos en primera o única instancia, combinando al efecto factores territoriales y materiales: los Juzgados de lo Social¹⁰⁶⁷, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas¹⁰⁶⁸ —en la medida en que las

¹⁰⁶⁶ Realmente, el cambio tan sólo fue de denominación, ya que las competencias que la LOPJ atribuyó a los Juzgados de lo Social eran más o menos coincidentes con las que desempeñaban las Magistraturas de Trabajo.

¹⁰⁶⁷ Los Juzgados de lo Social según los configuró la LOPJ en su artículo 92 “tienen jurisdicción en toda la provincia y sede en su capital pudiendo haber uno o más Juzgados”. También prevé la Ley que puedan establecerse en poblaciones distintas a la capital cuando las necesidades así lo aconsejen. En cuanto a las materias cuyo conocimiento les venía atribuido, éstas estaban previstas en el art. 93 LOPJ y en el art. 6 LPL, estableciéndose una competencia residual a favor de éstos, ya que conocerían “en primera o única instancia, de los procesos sobre materias propias de esta orden jurisdiccional que no estén atribuidas a otros órganos del mismo”, esto es, a las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia o a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

¹⁰⁶⁸ Según el art. 70 LOPJ las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia extenderán su jurisdicción al ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, tomando el nombre de ésta. En cuanto a las competencias que se le atribuían en la LPL, éstas estaban previstas en su art. 7: “a) En única instancia de los procesos a que se refieren los apartados g) [constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los Sindicatos, impugnación de sus Estatutos y su modificación], h) [régimen jurídico específico de los Sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados], i) [constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las Asociaciones empresariales, impugnación de sus Estatutos y modificación], k) [tutela de los derechos de libertad sindical], l) [procesos de conflictos colectivos] y m) [impugnación de Convenios Colectivos] del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, así como todos aquellos que expresamente les atribuyan las leyes”.

b) De los recursos de suplicación establecidos en esta Ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción.

controversias sociales sean de ámbito superior al de un Juzgado de lo Social o igual al de una Comunidad Autónoma—, y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en aquellas que sean de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma¹⁰⁶⁹.

Como puede observarse, no ha sido sólo la estructura orgánica la que se ha alterado con la aprobación de la LOPJ, sino que también se han redistribuido las competencias funcionales entre los distintos órganos judiciales y, de forma muy especial, se ha situado al Tribunal Supremo a la cabeza de este orden jurisdiccional. Realmente fue la nueva estructura orgánica prevista en la LOPJ la que motivó la aprobación de una nueva LPL que rompiera con algunos viejos esquemas de la jurisdicción social que habían perdurado en el tiempo, incluso una vez aprobada la Constitución de 1978.

5.2.2. El nuevo sistema de recursos establecido por la LPL de 1990 y su posterior ratificación por la LPL de 1995: su exposición de forma conjunta.

El sistema de recursos establecido por la LPL de 1990 presentó novedades sustanciales respecto al previsto en la LPL de 1980. Y salvo en cuestiones de detalle, es el mismo que se contiene en la LPL que hoy se encuentra en vigor, esto es, en la aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Ésta última norma fue aprobada como consecuencia de la modificación de determinadas normas de derecho laboral material que se acometieron en el año 1994¹⁰⁷⁰. Así, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, autorizaba al Gobierno en su disposición final sexta a elaborar un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral con el fin de incorporar al mismo las modificaciones que se habían operado a través de diversas normas. Dicha autorización dio lugar al Real

c) De las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de su circunscripción.”

¹⁰⁶⁹ La constitución de esta Sala se previó en el art. 62 LOPJ. El art. 8 LPL estableció las competencias que tenía encomendada. La Sala conocía en única y primera instancia de los mismos asuntos atribuidos en única y primera instancia a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia cuando extendieran sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

¹⁰⁷⁰ Las normas que principalmente impulsaron tal modificación fueron: la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, la Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, texto que se encuentra hoy vigente¹⁰⁷¹. Como ha señalado la doctrina, la reforma acometida en 1995 no partió de preocupaciones estrictamente procesales, sino que se limitó únicamente a adecuar en el plano procesal las reformas que se habían introducido en la legislación laboral sustantiva¹⁰⁷². Por ello la nueva LPL no alteró en nada el sistema de recursos previsto en la anterior legislación¹⁰⁷³. Posteriormente, la aprobación de otras normas ha supuesto la modificación de la LPL de 1995, pero no para abordar la reforma del proceso social sino para, de nuevo, adecuar esta legislación a los cambios introducidos en el Derecho laboral sustantivo.

Debido a esta coincidencia entre lo dispuesto en materia de recursos por la LPL de 1990 y la posterior de 1995 citaré en las páginas que siguen la numeración de los preceptos que se contienen en la norma hoy vigente, esto es, en la LPL de 1995. Pero el lector debe ser consciente de que no fue esta última norma la que modificó el sistema de recursos en este orden jurisdiccional, sino la LPL de 1990.

5.2.2.1. Introducción: La Constitución como marco fundamental en el nuevo sistema de recursos.

La LOPJ no dejó definitivamente configuradas las competencias que deberían asumir cada uno de los órganos judiciales de este orden jurisdiccional, ni tan siquiera los recursos o medios de impugnación que iban existir en este orden, de lo que se ocuparon posteriormente la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral y el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. La Ley 7/1989 estableció los siguientes principios y criterios en materia de recursos:

En primer lugar, y siguiendo con la tradición existente en el orden jurisdiccional social, se optó por establecer un sistema basado en única instancia. Tal decisión se

¹⁰⁷¹ BOE núm. de 11 de abril.

¹⁰⁷² A. Desdentado Bonete, "Introducción: las fases de la reforma procesal, su alcance y las reglas de aplicación temporal", *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, con P. Cachón Villar, Pamplona, 1996, pág. 28.

¹⁰⁷³ Sin embargo, sí procedió a correr la numeración al suprimir el art. 137 bis y sustituirlo por el 138, por lo que todos los artículos siguientes han pasado a ser el número de artículo siguiente al que tenían en la anterior legislación, circunstancia ésta que afecta al Libro III en el que se regulan los "Medios de Impugnación".

justificó en la obtención de una Justicia “rápida, eficaz y con proximidad al ciudadano”¹⁰⁷⁴. En segundo lugar, se articuló un sistema de recursos basado, según la Exposición de Motivos de la LPL, en el principio de “doble grado de jurisdicción”. Así pues, desde 1990 existe una primera instancia y dos recursos alternativos de carácter extraordinario: el de suplicación y el de casación.

Se optó, al menos en apariencia, por el mantenimiento del mismo régimen de recursos que el previsto en la regulación anterior. La suplicación y la casación se siguieron manteniendo como recursos alternativos. Sin embargo, la nueva distribución de materias¹⁰⁷⁵ entre ambos recursos y la nueva organización judicial servían para evitar un conflicto que se había venido produciendo por la existencia de dos centros de interpretación de ámbito nacional de la norma laboral: el Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo¹⁰⁷⁶.

Esta redistribución de las resoluciones impugnables a través de la casación y de la suplicación, unida a la introducción del recurso de casación para la unificación de doctrina, ha conducido a que sea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la única que tiene la última palabra sobre la legislación laboral, con la salvedad, claro está, del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, la LPL de 1990 creó un nuevo medio de impugnación: el recurso de casación para la unificación de doctrina, cuyo conocimiento se atribuyó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Su creación vino motivada tanto por la necesidad de asegurar la posición constitucional que el artículo 123 CE reserva al Tribunal Supremo como por los principios de unidad jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la Ley¹⁰⁷⁷. En efecto, una de las consecuencias importantes que se derivaban de la nueva estructura orgánica era la supresión del Tribunal Central de Trabajo, y con ello, la supresión del único órgano que tenía atribuido con carácter exclusivo el conocimiento de los recursos de suplicación que se interpusieran contra las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo. Dicho Tribunal fue sustituido por las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia. Es decir, se suprimió un solo

¹⁰⁷⁴ *Vid.*, en este sentido, la Exposición de Motivos (apartado III) de la LBPL de 1989.

¹⁰⁷⁵ La diferencia únicamente “de grado” entre estos recursos en la legislación de 1980 desapareció en la nueva regulación del procedimiento laboral de 1990, en el que cada uno de los recursos tiene su propio ámbito y significación.

¹⁰⁷⁶ El Tribunal Constitucional consideró que esta discrepancia de interpretaciones era consecuencia, por un lado, de la forma en que estaban regulados los recursos de suplicación y de casación, y por otro, de la inexistencia de relaciones de jerarquía entre ambos órganos jurisdiccionales. *Vid.* ATC 719/1987.

¹⁰⁷⁷ *Vid.*, en este sentido, la Exposición de Motivos (apartado III) de la LBPL de 1989.

Tribunal con jurisdicción en toda España, que era el competente para resolver todos los recursos de suplicación, para implantar, en su lugar, 21 Salas de lo Social en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas¹⁰⁷⁸. Este cambio, sin ningún género de dudas, podía traer como consecuencia que el principio de igualdad en la aplicación de la ley se viera seriamente afectado en este orden jurisdiccional. Debe tenerse en cuenta que en el ámbito laboral es frecuente que problemas análogos, por no decir idénticos, relativos incluso al mismo empleador o al mismo Sindicato, sean conocidos por distintos Juzgados. Cuando estos problemas son conocidos por Juzgados sitos en la misma Comunidad Autónoma, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad podría crear una doctrina homogénea para casos análogos que terminaría por imponerse en ese territorio, bien porque la misma sería seguida por los distintos Juzgados de lo Social o bien porque, de no seguirse, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia acabaría imponiendo su interpretación y anulando la del Juez *a quo* a través del recurso de suplicación.

Sin embargo, la consecución de este objetivo unificador se hubiera hecho imposible a nivel nacional sin la creación de un nuevo “recurso de casación para la unificación de doctrina”, ya que contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia no procedía el recurso de casación ordinario. La doctrina jugó un papel fundamental en la implantación de este medio de impugnación en la medida en que vinculó Constitución con unificación de jurisprudencia¹⁰⁷⁹. Ésta no sólo estimó que la implantación del recurso ayudaría a evitar la dispersión jurisprudencial, sino que era la fórmula adecuada para cumplir con las exigencias de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley que se derivaban de la Constitución. Si en 1980 la Constitución no influyó en absoluto en la legislación procesal laboral, esto no fue así en 1990. Es decir, si hoy existe el recurso de casación para la unificación de doctrina se debe sin duda a que tras la aprobación de

¹⁰⁷⁸ A pesar de que son 17 los Tribunales Superiores de Justicia, uno por Comunidad Autónoma, existen veintiuna Salas de lo Social ya que Andalucía cuenta con tres Salas: Sevilla, Granada y Málaga; Castilla y León con dos: Burgos y Valladolid y Canarias con otras dos: Las Palmas y Santa Cruz.

¹⁰⁷⁹ Para algunos autores esta fue la verdadera causa de la implementación de este recurso. *Vid.*, entre otros, M. C. Rodríguez-Piñero Royo, cit., pág. 44. Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina acerca del precepto constitucional que impone tal obligación. Para algunos autores, es el principio de igualdad en la aplicación de la ley el que obliga al legislador a establecer mecanismos tendentes a unificar doctrina. Para otros, sin embargo, el fundamento constitucional del recurso de casación para la unificación de doctrina deriva no del artículo 14 CE, sino del principio de unidad jurisdiccional. Puede verse en este último sentido el trabajo de J. Cruz Villalón “La Unificación de Doctrina Legal en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral”, *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, con F. Valdés Dal-Ré, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, en especial págs. 161-168.

la Constitución la necesidad de unificar la jurisprudencia no se apreció como una opción legislativa, sino como una verdadera exigencia constitucional.

La innovación con respecto a la legislación procesal anterior es considerable. Recuérdense que el Tribunal Supremo no podía conocer de determinadas materias, centrales, por cierto, en el ordenamiento laboral, porque sobre las mismas sólo se pronunciaba el Tribunal Central de Trabajo a través del recurso de suplicación. Con este nuevo modelo de organización judicial el Tribunal Supremo pasaba a ser el supremo intérprete en el orden jurisdiccional laboral, recuperándose la función casacional y desapareciendo, en consecuencia, la perturbadora existencia de las dos sedes interpretativas existentes en la etapa anterior.

En cuarto lugar, se optó por la supresión del recurso en interés de la ley debido a su escasa utilización y a las críticas que recibía de la doctrina, sobre todo, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución¹⁰⁸⁰. Aunque esta supresión se consideró en su día un éxito, un sector doctrinal la considera hoy como precipitada¹⁰⁸¹.

Asimismo, se optó por el mantenimiento del recurso de revisión cuya competencia se siguió atribuyendo a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En definitiva, el sistema de recursos se vio profundamente modificado. No obstante, debido a que el legislador delegado tuvo como referencias a la hora de elaborar el texto articulado las leyes procesales laborales anteriores así como viejos criterios jurisprudenciales, resultó que el producto fue en algunos casos el mismo Derecho que el vigente en la etapa anterior¹⁰⁸².

Aunque resulta evidente que la LPL no ha resuelto todos los problemas y presenta algunas carencias, un amplio sector doctrinal sostiene que el proceso social diseñado en la LPL de 1990 ha arrojado resultados muy positivos. Estos éxitos se han

¹⁰⁸⁰ La LPL de 1990 despeja cualquier tipo de duda en relación con la aplicación supletoria del recurso en interés de la ley previsto en la LEC. La Disposición Adicional 1º.2 de esta norma previó que éste “no tiene aplicación en el proceso laboral”.

¹⁰⁸¹ A. Desdentado Bonete, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, cit., pág. 231, considera precipitado el abandono en el ámbito social del recurso en interés de ley. Propone su restauración en este orden jurisdiccional en la medida en que a través recurso de casación para la unificación de doctrina no llegan al Tribunal Supremo materias clave del Derecho laboral.

¹⁰⁸² Así lo ha puesto de relieve M. E. Casas Baamonde, “Los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, coord. M. R. Alarcón Caracuel, Madrid, 1991, págs. 300 y ss. Esta técnica legislativa que consiste en autorizar al legislador mediante una Ley de Bases a introducir modificaciones en un Texto refundido puede generar incongruencias en el producto legislativo como ocurrió con el presente caso. Esta técnica es similar a la que algún autor ha calificado como “delegación mixta”. Vid. F. M. Ruiz-Risueño Montoya, “El control de los decretos legislativos en el ordenamiento español”, *El Gobierno. Problemas constitucionales*, coord. M. Aragón Reyes, Ángel J. Gómez Montoro, CEPC, 2005, 417-419.

atribuido en parte a la forma en la que se han ordenado los medios de impugnación. En este sentido, V. Gimeno Sendra ha resaltado que “de todos los Códigos Procesales, la Ley de Procedimiento Laboral es, sin duda alguna, la que mejor cumple con las exigencias constitucionales del derecho a la tutela en el ejercicio de los medios de impugnación”¹⁰⁸³. Según Gimeno, la demostración de que la regulación del proceso social y de los medios de impugnación realizada por la LPL de 1990 ha sido un éxito la ofrecen las estadísticas sobre el amparo elaboradas por el mismo Tribunal Constitucional. A partir de 1990, año de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 521/1990, por el que se aprobó la Ley de Procedimiento Laboral, el número de recursos de amparo procedentes del orden jurisdiccional social se ha mantenido en comparación con otros órdenes jurisdiccionales. Así, mientras el número global de recursos de amparo que acceden al Tribunal Constitucional se ha duplicado por tres en los últimos diez años, los que proceden del orden social se han reducido¹⁰⁸⁴. Para hacer una lectura

¹⁰⁸³ V. Gimeno Sendra, “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, T. XVII, 1996, pág. 350.

¹⁰⁸⁴ Fuente: Tribunal Constitucional.

Año	Número de recursos de amparo procedentes del orden laboral	Número total de recursos de amparo
1990*	660	2897
1991*	467	2698
1992*	435	3226
1993*	499	3875
1994*	702	4501
1995*	657	4368
1996	712	4689
1997	731	5391
1998	793	5441
1999	652	5582
2000	615	6762
2001	640	6786
2002	623	7285
2003	654	7721
2004	568	7814
2005	558	9476
2006	491	11471
2007	513	9840
2008	444	10279

realista de estas estadísticas debe tenerse en cuenta, además, que una buena parte de los recursos de amparo procedentes del orden social e interpuestos entre los años 1994 y 2000 han tenido por objeto trasladar al Tribunal Constitucional el control de los criterios de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina aplicados por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Esto es, si al número de recursos de amparo procedentes del orden social y presentados cada año ante el Tribunal Constitucional le sustrajéramos los que tienen por objeto la impugnación de las resoluciones judiciales de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, las cifras se verían considerablemente reducidas. En parte, pues, el problema del amparo constitucional en el orden social ha podido atribuirse a la política de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. A día de hoy ese problema debe considerarse resuelto a pesar de que aún llegan amparos en los que sigue planteándose esa problemática.

Según M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, junto con las medidas legislativas, la causa de que el proceso social sea quizá el más respetuoso de los derechos del artículo 24.1 CE, es que la doctrina constitucional relativa a las garantías del proceso “ha sido generalmente aceptada por los órganos judiciales laborales, que no han tenido la resistencia que otros Tribunales en aceptar la corrección en sede constitucional de sus interpretaciones y decisiones”¹⁰⁸⁵.

Aunque el sistema de recursos implantado por la LPL de 1990 ha arrojado resultados muy positivos, no son pocos los autores que creen conveniente una reforma del proceso laboral con el fin de corregir las deficiencias que el paso de tiempo ha permitido detectar. Se ha llegado a hablar en este sentido de una crisis del proceso

2009	448	10792
2010	398	8947

Con la salvedad de lo acaecido en los años 1996 a 1998, la tendencia que se observa es que mientras el número de amparos que accede al Tribunal crece todos los años, los procedentes del orden social decrecen.

* El número total de los recursos de amparo que se ha hecho constar en el cuadro es mayor que el que ha tenido acceso al Tribunal Constitucional. Esto se debe a que en las estadísticas elaboradas por el Tribunal Constitucional el cómputo de recursos de amparo se ha realizado atendiendo al reparto entre las Salas. A éstas se les imputaron los amparos conexiónados entre ambas Salas, lo que hizo aumentar el número de recursos.

¹⁰⁸⁵ “Proceso de Trabajo y Justicia constitucional”, *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, 2004, pág. 754.

laboral que afecta, en buena parte, al diseño de los medios de impugnación previstos en la LPL.¹⁰⁸⁶

Expondré a continuación de forma más detallada la regulación que de los distintos medios de impugnación contiene el Real Decreto-Legislativo 521/1990, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y que como se ha dicho anteriormente, es el mismo que acoge la LPL hoy vigente.

5.2.2.2. Recurso de suplicación¹⁰⁸⁷.

a) Funciones de la suplicación: revisora y de unificación de doctrina en el ámbito autonómico.

La vieja discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del recurso de suplicación no cesó tras la aprobación de la nueva LPL de 1990. Para la mayoría de la doctrina, sigue siendo un recurso de carácter extraordinario de naturaleza casacional no equiparable a la apelación ordinaria¹⁰⁸⁸. Y en efecto así es, puesto que no basta la existencia de un mero perjuicio o gravamen para que pueda interponerse, sino que procede sólo si concurren algunos de los motivos tasados del artículo 191 LPL de 1995. De acuerdo con esta norma el recurso de suplicación puede tener por objeto: 1) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión; 2) revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; 3) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ *Vid.*, en este sentido, dos trabajos de A. Desdentado Bonete, *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996): los problemas de aplicación de las últimas reformas procesales: jurisdicción, procesos especiales y sistemas extrajudiciales*, con P. Cachón Villar, Pamplona, 1996 y “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, págs. 223-232.

¹⁰⁸⁷ *Vid.* arts. 187 a 201 LPL.

¹⁰⁸⁸ Hay autores que no comparten esta opinión y mantienen que el recurso de suplicación, aunque tiene notas características del recurso de casación, es más afín a una apelación limitada. *Vid.*, entre otros, J. A. Colmenero Guerra, *El recurso de suplicación*, Valencia, 2001, págs. 54 y ss.; A. Martín Valverde “Naturaleza y funciones del recurso de suplicación laboral”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, Valladolid, 2005, págs. 32-42. En contra, M. E. Casas Baamonde, que se refiere a la suplicación como una “cuasi casación «regional»”, “Los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, *cit.*, pág. 290.

¹⁰⁸⁹ Como puede observarse, el objeto del recurso se fijó en la nueva Ley de forma idéntica a cómo lo hacían las leyes de procedimiento laboral de 1973 y 1980. Únicamente se reordenaron los motivos y se retocó su redacción.

Si bien es cierto que el órgano judicial *ad quem* puede conocer en suplicación tanto del error en la *quaestio facti* como de los cometidos *in iudicando* o *in procedendo*, no puede, por los motivos que se señalan a continuación, afirmarse que la suplicación sea un medio de impugnación equiparable a un medio de gravamen. En primer lugar, porque una de las peculiaridades de la segunda instancia, esto es, de la apelación, es la facultad que confiere la ley a las partes, aun limitada, de solicitar la práctica de nuevas pruebas. Esta posibilidad es prácticamente inexistente en el recurso de suplicación. En segundo lugar, porque la revisión de los hechos declarados probados por el órgano judicial *ad quem* no puede llevarse a cabo de forma genérica, sino tan sólo a partir de las modalidades legalmente previstas (documental y pericial)¹⁰⁹⁰. En tercer lugar, porque el órgano judicial *ad quem* tiene esencialmente competencias revisoras sobre la sentencia de instancia, pero en ningún caso puede realizar un *novum iudicium*¹⁰⁹¹. De esta manera, salvo en cuestiones que afecten al orden público procesal, el Tribunal *ad quem* debe limitarse a resolver tan sólo aquéllas cuestiones planteadas por las partes.

De lo anterior se deriva necesariamente que la suplicación no ha servido tan sólo a la defensa del *ius litigatoris*, sino que también ha contribuido a la unificación de doctrina en el ámbito autonómico. Como ya se ha dicho, una de las grandes novedades que presenta la nueva regulación es que la competencia para conocer del recurso de suplicación se ha atribuido a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Este recurso les ha permitido desarrollar una función de unificación de criterios jurisprudenciales en el territorio de la Comunidad Autónoma en la que radican. Pero, además, estas Salas han cumplido una función informadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de suplicación en la medida en que, como han señalado algunos autores, éste cumple una “función latente de preselección de las doctrinas” que manejará la Sala Cuarta del Tribunal Supremo¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ Es cierto, sin embargo, que la jurisprudencia ha venido admitiendo en algunos casos no previstos en la LPL la revisión de los hechos probados en suplicación, como por ejemplo en aquellos en los que el relato fáctico realizado por el juez *a quo* es claramente insuficiente.

¹⁰⁹¹ El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre este asunto siguiendo el criterio de la doctrina mayoritaria. En su Sentencia 135/1998 calificó a este medio de impugnación como “cuasicasacional”.

¹⁰⁹² *Vid.*, en este sentido A. Martín Valverde, “Naturaleza y funciones del recurso de suplicación de la jurisdicción social”, cit., pág. 43. Según el autor, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, “la experiencia procesal de más de diez años de funcionamiento del actual sistema de recursos en el orden social revela que en la gran mayoría de los casos la doctrina unificada (por el Tribunal Supremo)

b) Las resoluciones recurribles en esta vía. En especial, la suplicación como *querella nulitatis*.

El objeto y la naturaleza jurídica del recurso de suplicación guardan cierta similitud con los del recurso de casación. Sin embargo, la suplicación sólo es procedente contra las sentencias y los autos dictados por los Juzgados de lo Social y por los Juzgados de lo Mercantil¹⁰⁹³.

El legislador, a la hora de determinar las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social contra las que cabe interponer el recurso de suplicación ha tenido en cuenta dos criterios, uno material y otro cuantitativo.

Empezando por este último, el artículo 189.1 de la LPL de 1995 establece que no son recurribles en suplicación las sentencias dictadas en asuntos cuya cuantía no exceda de 1800 euros¹⁰⁹⁴. El límite máximo desaparece precisamente porque desde 1990 los recursos de suplicación y casación tienen ámbitos materiales diferentes. La *summa gravaminis* prevista en la LPL de 1995 es la misma que la que se previó en 1990. Esta opción por mantener el umbral cuantitativo de la suplicación ha sido criticada por un sector doctrinal que ha propuesto su elevación de forma automática¹⁰⁹⁵.

El criterio material, por su parte, ha sido utilizado en una doble dirección: para excluir en todo caso, es decir, con independencia de la cuantía del asunto, determinadas materias del recurso de suplicación, y para lo contrario, esto es, para establecer la procedencia del recurso en todo caso con independencia de la cuantía del asunto.

Las materias que se excluyen en todo caso son las de poca importancia o sobre las que es precisa una decisión definitiva en el menor plazo posible. Dichas materias, contenidas en el artículo 189.1 de la LPL de 1995, son las siguientes: procesos sobre la fecha de vacaciones, concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en

se ha nutrido de la doctrina de la suplicación, erigida así en un factor de notable importancia en el proceso de elaboración de la jurisprudencia”.

¹⁰⁹³ Si bien las Sentencias y los Autos dictados por los Juzgados de lo Laboral no son siempre recurribles en suplicación, no sucede lo mismo con los autos y las sentencias dictados por los Juzgados de lo Mercantil en el proceso concursal. Éstos son siempre recurribles en suplicación en la medida en que resuelvan cuestiones de carácter laboral (art. 189.5 de la LPL de 1995. Este apartado fue introducido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

¹⁰⁹⁴ Lo que quiere decir que respecto a la legislación anterior la *summa gravaminis* se aumentó tan sólo en cien mil pesetas.

¹⁰⁹⁵ Mantiene esta postura A. Desdentado Bonete, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, *Revista de Derecho Social* núm. 4, 1998, pág. 231.

permisos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en materia electoral, sobre clasificación profesional¹⁰⁹⁶ e impugnación de sanciones por faltas que no muy graves o por faltas muy graves no confirmadas judicialmente¹⁰⁹⁷.

Con respecto a las materias incluidas, es decir, susceptibles de ser recurridas en suplicación con independencia de su cuantía, se establecen en el artículo 189.2 de la LPL de 1995 y son las siguientes: las sentencias recaídas en procesos por despido, las referidas a reclamaciones acumuladas o no, en las que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, las recaídas en procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, las dictadas en materia de conflictos colectivos, impugnación de Convenios Colectivos, impugnación de los Estatutos de un Sindicato y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas. Como puede observarse, y a diferencia de lo previsto respecto de otros órdenes jurisdiccionales, los pleitos sobre tutela de derechos fundamentales han tenido asegurado en este orden jurisdiccional el acceso al recurso en todo caso desde el año 1990.

Además de en estas materias, las letras d) y e) del artículo 188.1 de la LPL de 1990 (actual 188.1 de la LPL de 1995) contienen dos supuestos más en los que cabe la interposición del recurso de suplicación con independencia de la cuantía del pleito. Estos preceptos, a diferencia de los anteriores, no se refieren a materias, sino a determinados vicios de la sentencia. En el apartado d) se establece que serán recurribles en todo caso las “sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión”. La redacción de este precepto no es la más adecuada, ya que se refiere a

¹⁰⁹⁶ Como ya se ha dicho, dicha exclusión fue declarada inconstitucional en la STC 51/1982.

¹⁰⁹⁷ El carácter no impugnabile de las sentencias recaídas en este tipo de procesos considerados menores fue objeto de crítica por parte de algunos autores. En este sentido se pronunció M. E. Casas Baamonde (“Los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, cit., pág. 287), para quien tal decisión era “francamente desafortunada”, a pesar de tener como propósito la evitación de dilaciones y retrasos en la satisfacción de las pretensiones sociales. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha incluido un nuevo artículo 138. bis en la LPL por el que se crea una nueva modalidad procesal de tramitación de los asuntos relativos a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia, así como a la reducción de la jornada laboral por motivos familiares. Contra las sentencias dictadas en este tipo de procesos no cabrá recurso de suplicación.

un proceso inexistente puesto que la LPL no prevé ninguna “reclamación” que tenga por objeto específico subsanar ese tipo de vicios. En cualquier caso, y al margen de la inadecuada redacción del precepto, la intención del legislador ha sido la de posibilitar que el recurso de suplicación funcione como cauce idóneo en todo caso para impugnar sentencias que hayan incurrido en vicios esenciales de procedimiento que originan indefensión. De esta manera, el recurso de suplicación se convierte en un cauce universal contra todas las sentencias de los Juzgados de lo Social para reparar las vulneraciones de la mayoría de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, como ya se indicó en el capítulo anterior, el contenido del que el TC ha dotado al art. 24.1 CE excede de lo procesal, en la medida en que también se consideran contrarias al mencionado derecho fundamental las resoluciones que incurran en error fáctico patente o en irrazonabilidad o arbitrariedad. De tal manera que si una sentencia dictada por el Juez de lo Social incurre en alguna de las infracciones apuntadas no podrá acceder a la suplicación si se encuentra excluida del citado recurso por razones sustantivas o de cuantía del pleito. Asimismo, tampoco se permite el acceso a la suplicación todas las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de la demanda y que, en consecuencia, afectan a una de las vertientes más nucleares del derecho a la tutela judicial efectiva. Pese a estas lagunas, hay que subrayar lo acertado de la LPL ya que permite al menos impugnar aquellas sentencias dictadas en única instancia las vulneraciones de la mayoría de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva o al menos, todas las que causan indefensión.

A pesar de que algunos autores han atribuido el origen de esta letra d) al mandato constitucional de sujeción de los órganos judiciales a la ley¹⁰⁹⁸, lo cierto es que este tipo de previsión normativa ya era un hecho antes de la aprobación de la Constitución. Ha sido una constante en el Derecho procesal laboral la existencia de este motivo como suficiente para fundar el recurso de suplicación en todo caso, esto es, con independencia de la materia y de la cuantía del asunto, por lo que creo que puede afirmarse que el legislador postconstitucional incluyó este motivo por razones históricas, no por exigencia constitucional¹⁰⁹⁹. Corroborar este dato lo que ocurrió en el orden civil. En este último orden jurisdiccional, por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la

¹⁰⁹⁸ Sostiene esta tesis E. Burgos Herrera, “El recurso de suplicación por motivos procesales”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, dir. B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro, Valladolid, 2005, en especial pág. 69.

¹⁰⁹⁹ Se incluyó por primera vez en la Ley de 22 de diciembre de 1949 y se ha mantenido en todas las leyes de procedimiento laboral aprobadas con posterioridad.

Constitución, estos vicios podían alegarse en apelación y en casación con independencia de la materia y de la cuantía del pleito. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en el proceso laboral, el legislador postconstitucional hizo inimpugnables por estas vías determinadas sentencias, con independencia de los vicios o errores en los que el juez pudiera haber incurrido, incluso si éstas vulneraban derechos procesales de carácter nuclear¹¹⁰⁰. Esta es la razón por la que creo que la inclusión de esta norma que permite el acceso al recurso de suplicación en todos los casos en los que se haya producido indefensión no ha sido producto de una reflexión sobre las exigencias de la Constitución en materia de recursos, ya que si hubiera sido así ¿por qué no se extendió esta regulación al resto de los órdenes jurisdiccionales? O, más aún, ¿por qué no se ha permitido el acceso a la suplicación de todas las resoluciones judiciales vulneradoras de cualquiera de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, y no sólo a las que produzcan indefensión? Otra cosa es que tal opción sea, como es, desde mi punto de vista, absolutamente coherente con los derechos de carácter procesal que la Constitución consagra, aunque es cierto que se queda corta. Pero esto es otro tema.

Por otra parte, es preciso señalar que el establecimiento de esta previsión legal no es defendido por toda la doctrina. Para Desdentado Bonete el recurso de suplicación no debería estar abierto para casos de escasa cuantía, aun cuando el motivo de su interposición fuera el quebrantamiento de una de las formas esenciales del juicio, incluido claro está, el sufrimiento de indefensión¹¹⁰¹. Tal afirmación se hace en un momento en que no existe a disposición del litigante ningún otro instrumento que le permita instar la nulidad o la rescisión de la sentencia dictada en única instancia y que incurra en vulneración de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE. Por ello, apostar por no residenciar estos casos de escasa cuantía en la suplicación implica asumir que la garantía de los derechos a la tutela judicial efectiva sería inexistente o, lo que es lo mismo, que la Constitución no exige asegurar la efectividad de tales derechos en los pleitos sin importancia. No obstante, sobre estas cuestiones volveré de forma más pausada y con carácter general, no sólo en referencia al proceso social, en el siguiente capítulo.

¹¹⁰⁰ Otro tanto de lo mismo ocurrió en el orden contencioso-administrativo. Hasta el año 1992, todas las sentencias vulneradoras de determinados –no de todos– los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE podían ser recurridas en revisión. Sin embargo, una vez modificada la LJCA por la LMURP no se estableció como motivo casacional para todos los casos. Esto es, con independencia de la cuantía y de la materia del pleito, la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24.1 CE.

¹¹⁰¹ A. Desdentado Bonete, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social, cit., pág. 231.

Asimismo, el artículo 189.1.e) de la LPL de 1995 establece que también puede interponerse el recurso de suplicación en todo caso, es decir, al margen de la materia y de la cuantía del pleito, cuando la sentencia decida sobre la competencia del Juzgado por razón de la materia¹¹⁰².

En relación con los autos, la LPL de 1990 estableció la posibilidad, también hoy contenida en la LPL de 1995, de que algunos de ellos pudieran recurrirse en suplicación¹¹⁰³. Hay que subrayar que la suplicación es procedente contra determinados autos judiciales resolutorios de los recursos de revisión interpuestos contra los decretos del Secretario judicial en materia de ejecución de sentencia¹¹⁰⁴.

c) La introducción de nuevas causas de inadmisibilidad del recurso: la extrapolación al orden laboral de algunas causas de inadmisibilidad previstas en la LOTC.

El orden jurisdiccional social tampoco fue ajeno a la tendencia de los años noventa de introducir nuevas causas de inadmisión de los recursos extraordinarios (suplicación y casación en sus diversas modalidades) con la finalidad de aligerar la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales superiores y, muy especialmente, la del Tribunal Supremo y que literalmente se copiaron de la LOTC.

La Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral en primer lugar y posteriormente el Texto Articulado de 1990 incluyeron determinadas causas de inadmisión de los recursos extraordinarios hasta entonces inexistentes en el orden social, que provocaron cierta alarma en la doctrina por el peligro que éstas podían suponer para el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁰⁵.

Tanto en la casación como en la suplicación se establecieron causas de inadmisión conectadas con el fondo del asunto, aunque no en la misma medida.

¹¹⁰² Si en la sentencia se hubiere discutido sobre la competencia territorial, sólo sería recurrible “si la reclamación debatida estuviera comprendida dentro de los límites de este artículo”, esto es, no excluida bien por razón de la materia o de la cuantía.

¹¹⁰³ Con el fin de preservar la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, la LPL establece la impugnabilidad en suplicación de los autos dictados en ejecución de sentencia. Además de éstos, la LPL prevé que también son recurribles en suplicación los que resuelvan sobre el requerimiento de inhibición y los resolutorios del recurso de reposición en los que el juez se declare incompetente por razón de la materia.

¹¹⁰⁴ *Vid.* art.191.2 LPL.

¹¹⁰⁵ En este sentido, M. E. Casas Baamonde (“Los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, cit., pág. 307) consideró que estos nuevos motivos de inadmisión constituían uno de “los puntos negros” de la Ley de Bases, agravados posteriormente por el legislador delegado en la medida en que se incluyeron sin el establecimiento de las garantías necesarias para el recurrente.

El artículo 198 de la LPL de 1995 establece como causa de inadmisión del recurso de suplicación que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia hubiera desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. Como ha señalado la doctrina, la valoración de la concurrencia de esta causa de inadmisión, si el Tribunal quiere ser riguroso, es tan costoso como decidir el fondo, por lo que no se soluciona en nada el problema de la sobrecarga de trabajo de los Tribunales Superiores de Justicia¹¹⁰⁶. Otra cosa es que la apreciación de esta causa de inadmisión se lleve a cabo de forma laxa y, por tanto, que sí se acelere la decisión del caso, pero a costa de poner en serio peligro la tutela de los recurrentes.

Pero además, como ya se ha señalado respecto a otros órdenes jurisdiccionales, el establecimiento de estas causas de inadmisión plantea otro problema adicional y es su posible control por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, con la consiguiente generación de problemas entre la justicia constitucional y la ordinaria.

5.2.2.3. Recurso de casación ordinario.

a) El objeto del recurso: la revisión del Derecho tanto procesal como sustantivo y de la cuestión fáctica.

Como en el resto de los órdenes jurisdiccionales, el recurso de casación laboral se considera un medio de impugnación de carácter extraordinario que sólo cabe interponer por motivos tasados. Así lo ha entendido también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que ha conectado carácter extraordinario con rigor formal a la hora de determinar su admisibilidad¹¹⁰⁷. Existe cierto acuerdo en la doctrina laboralista sobre

¹¹⁰⁶ *Vid.*, entre otros, M. E. Casas Baamonde, cit., pág. 307 y ss. En algunas materias laborales típicas, como los despidos, resulta difícil encontrar asuntos absolutamente idénticos, por lo que la Sala, a la hora de determinar si concurre o no la causa de inadmisibilidad, está obligada a realizar un juicio de identidad de casos en ocasiones tan laborioso como resolver mediante sentencia. La probabilidad de encontrar asuntos absolutamente idénticos es mayor en materia de Seguridad Social, como lo demuestra la experiencia del recurso de casación por unificación de doctrina. De ahí que hubiera resultado prudente, si no su introducción al proceso laboral, sí su aplicabilidad en materia de Seguridad Social.

¹¹⁰⁷ La Sala Cuarta del Tribunal Supremo también ha señalado la doble finalidad a la que responde el recurso de casación social: “La finalidad de este recurso extraordinario de casación es la de garantizar una correcta y uniforme aplicación de la ley (*ius constitutionis*), corrigiendo en su caso de acuerdo con las pretensiones impugnatorias de las partes (*ius litigatoris*) las posibles infracciones en las que haya podido incurrir la resolución impugnada”. STS, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 1989 (RJ 1989,9261).

las finalidades a las que ha servido la casación laboral: se ha protegido con la misma intensidad tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris*¹¹⁰⁸. Es decir, se trata de un instrumento procesal a través del cual el Tribunal Supremo ha tutelado los derechos subjetivos de los litigantes y ha realizado al mismo tiempo las funciones nomofiláctica y de unificación de doctrina típicamente casacionales, sin que la balanza se haya inclinado hacia una u otra finalidad. Esto lo ha permitido el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, la casación laboral ordinaria no esté masificada, lo que a su vez, permitió al legislador añadir a los motivos típicamente casacionales, como la infracción de ley o de la jurisprudencia, otros más propios de la tercera instancia, como el error en la apreciación de la prueba.

Los motivos que permiten la interposición de tal recurso se contienen en el artículo 205 de la LPL de 1995 y, como puede observarse, se vieron profundamente modificados respecto de lo previsto en la regulación anterior de 1980. Estos son los siguientes:

- a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- b) Incompetencia o inadecuación de procedimiento.
- c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
- d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.
- e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En relación con la normativa anterior se ha suprimido la dualidad del recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal y del de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio siguiendo así la misma dirección tomada por la casación civil tras su reforma de 1984. De esta manera, y como sucedía en la casación civil, si toda infracción del Derecho laboral sustantivo abría el cauce casacional, no sucedía lo

¹¹⁰⁸ Vid. C. Sáez Lara, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004, pág. 271.

mismo con las infracciones del Derecho laboral procesal. El recurso de casación por quebrantamiento de forma sólo se admitía si la resolución judicial era también impugnada con base en alguno de los motivos de casación por infracción de ley o doctrina legal. Una de las diferencias más importantes que se introdujeron en la LPL de 1990 respecto a regulación anterior se refiere precisamente a este último motivo. La LPL de 1990 dejó de supeditar la procedencia del recurso de casación a que la resolución incurriera en infracción de ley o de la jurisprudencia. Desde 1990 el objeto del recurso de casación puede ser tan sólo la posible infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de los actos y garantías procesales sin que además deba atribuirse a la sentencia impugnada error alguno en la aplicación del derecho sustantivo. Puede afirmarse, en consecuencia, que la casación ordinaria se ha convertido en el instrumento adecuado para interesar la nulidad de la resolución judicial en los casos en los que se produce indefensión a la parte o en aquellos en los que no se respetan las normas reguladoras de las sentencias. Esta opción legislativa, unida a lo que más adelante se dirá sobre las sentencias impugnables en esta vía, ha tenido efectos muy beneficiosos en relación con el amparo constitucional.

Una de las características que ha distinguido la casación laboral de la regulada en otros órdenes jurisdiccionales es el mantenimiento como motivo casacional del error en la apreciación de la prueba. ¿Por qué se ha mantenido este motivo en el proceso laboral y no en los demás órdenes jurisdiccionales? Me parece que la respuesta a esta cuestión tiene mucho que ver con el número de recursos de casación que entran a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. El número de recursos de casación que acceden a ésta es sensiblemente inferior al que tienen entrada en las Salas Primera, Segunda y Tercera¹¹⁰⁹. Y esto se debió en buena medida a la reforma de 1990, cuyo objetivo, entre otros, era reducir las decisiones judiciales recurribles en casación ordinaria¹¹¹⁰. Esta reducción es la que ha permitido a la casación social ordinaria desarrollar un amplio control sobre los errores de la resolución dictada por el juez *a quo*, flexibilizar la

¹¹⁰⁹ En el primer semestre del año 1995, accedieron a la Sala Primera del Tribunal Supremo 1557 recursos de casación, 2806 a la Sala Segunda, 5502 a la Sala Tercera y 106 a la Sala Cuarta. Los datos se toman de la Memoria sobre el Estado, Funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 12 de julio de 1995.

¹¹¹⁰ Si se comparan los datos referidos al número de recursos de casación que han accedido a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo antes y después de la entrada en vigor de la LPL de 1990, puede constarse como los mismos se han reducido considerablemente.

admisión y agilizar su tramitación, contrariamente a lo que sucede en los demás órdenes jurisdiccionales.

Dados los muy aceptables niveles de litigiosidad que mantiene la Sala Cuarta en relación con el recurso de casación ordinario, la reforma que el Gobierno de la Nación planea sobre este recurso no altera en absoluto los motivos en los que puede fundarse. Puede afirmarse, en consecuencia, que a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, el recurso de casación laboral va a poder seguir fundándose en la infracción de las garantías esenciales del procedimiento y en el error de hecho en la valoración de las pruebas.

b) Resoluciones recurribles en esta vía: la inexistencia de *summa gravaminis*.

La LPL de 1990 estableció que el recurso de casación ordinario procedía contra todas las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. La cuantía del asunto dejaba de ser, de este modo, el criterio determinante para acceder a la casación social ordinaria. El único criterio es el que se acaba de apuntar: que el caso fuera conocido en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional. De este modo, quedaron excluidos de la casación ordinaria los asuntos conocidos por los Juzgados de lo Social en única instancia, así como los resueltos en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

De la configuración de la casación laboral se desprende que todas las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en primera instancia pueden ser recurridas en casación si han incurrido en vulneraciones del artículo 24.1 CE, al preverse como motivo suficiente para fundar el recurso la infracción de una norma procesal o la fijación errónea de los hechos probados en la decisión judicial.

Al igual que sucedía con la suplicación, también se prevé en este orden jurisdiccional la posibilidad de interponer recurso de casación contra determinados autos¹¹¹¹.

¹¹¹¹ *Vid.* art. 205 LPL. Al igual que se dijo en relación con el recurso de suplicación, resulta evidente, sobre todo en el primer caso que lo que se trata de proteger mediante esta norma es la adecuación del auto dictado en ejecución de sentencia al fallo de ésta, pero no de ésta a la ley. De ahí que pueda afirmarse que, en realidad, en estos casos la casación está llamada a proteger los derechos subjetivos del recurrente y no a la defensa la Ley frente a interpretaciones erróneas del Poder Judicial.

c) Las nuevas causas de inadmisión del recurso de casación introducidas por la LPL de 1990.

En primer lugar, como ya se ha adelantado en relación con el recurso de suplicación, la LPL de 1990 incorporó causas de inadmisión del recurso conectadas con el fondo del asunto que hasta el momento habían sido ajenas al proceso laboral. No obstante y a diferencia de lo que sucedió con la suplicación, en donde sólo se incluyó una de estas causas –que se hubieran desestimado en el fondo otros asuntos sustancialmente iguales– en la casación se añadieron otras. El artículo 211 de la LPL de 1995 establece que serán causas de inadmisión del recurso de casación, además de la que se acaba de señalar, “el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir” y “la falta de contenido casacional de la pretensión”.

Otra diferencia sustancial con la suplicación es que, a diferencia de lo que sucede con ésta, en la casación no es imprescindible otorgar al recurrente el trámite de audiencia para apreciar la causa de inadmisión, ya que la LPL establece únicamente que la sala “podrá” oír al recurrente. Con el fin de no reiterar en exceso lo dicho en otras partes de este trabajo me remito a lo ya señalado en otras partes de este trabajo en relación con el establecimiento de estas causas de inadmisión y los problemas que genera.

5.2.2.4. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

a) La apoyatura constitucional de su instauración.

La nueva organización judicial creada por la LOPJ no encajaba bien con el régimen de recursos previsto en la LPL de 1990, por lo que se hacía necesario un instrumento procesal que permitiera al Tribunal Supremo controlar las sentencias dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia. Tal y como se ha señalado antes, el hecho de que el Tribunal Central de Trabajo tuviera competencia en todo el territorio del Estado facilitaba el establecimiento de una doctrina más o menos homogénea, lo que evitaba que supuestos similares fueran resueltos de forma contradictoria por el hecho de haberse conocido por Magistraturas distintas. Esto, unido

a la existencia del recurso en interés de ley, permitía alcanzar un cierto nivel de igualdad en la aplicación de ley¹¹¹².

Sin embargo, con la nueva estructura prevista en la LOPJ y en la LDyPJ se dificultaba seriamente la consecución de este objetivo. Y es por esto por lo que, como ya se ha apuntado anteriormente, se instauró el recurso de casación para la unificación de doctrina, que procedía exclusivamente contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia¹¹¹³.

La instauración de este medio de impugnación no respondió sólo a razones de carácter orgánico procesal. Es decir, la supresión del Tribunal Central de Trabajo y del recurso en interés de la ley no fueron los únicos elementos que determinaron su establecimiento. Algunos principios constitucionales aconsejaban, para algunos, y exigían, para otros, el establecimiento de mecanismos procesales que garantizaran una cierta igualdad en la aplicación de la ley¹¹¹⁴. A ello había que añadirle el “«redescubrimiento» de la casación en los años 80” así como “la voluntad de asegurar la primacía del Tribunal Supremo”¹¹¹⁵. Es decir, la apoyatura constitucional del recurso se produce en una doble dirección: por un lado, en la exigencia constitucional de procurar instrumentos tendentes a garantizar la igualdad en la aplicación de la ley y, por otro, en la concepción del Tribunal Supremo como órgano casacional. Aparece también en el orden social una importante conexión entre Tribunal Supremo y Constitución. Tras la aprobación de la Constitución, el Tribunal Supremo no puede ser considerado, desde el punto de vista funcional, igual que el resto de Juzgados y Tribunales, sino como juez de casación, con las implicaciones que derivan de ello.

b) Naturaleza, caracteres y objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina.

¹¹¹² Sin embargo, este sistema no era el óptimo, ya que la existencia de dos centros interpretativos clave del Derecho laboral, el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo, facilitaba que surgieran jurisprudencias contradictorias e incluso antagónicas.

¹¹¹³ *Vid.* art. 215 LPL.

¹¹¹⁴ La doctrina no es unánime sobre si cabe derivar de la Constitución una exigencia ineludible de instauración de mecanismos que garanticen la unificación de la jurisprudencia. Por otra parte, entre los que consideran que de la Constitución se deriva tal obligación, no existe acuerdo en si la misma deriva del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14), del de unificación de la doctrina legal (art. 117), del de seguridad jurídica (art. 9) e incluso de la interdicción de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos (art. 9).

¹¹¹⁵ Coincido plenamente con M. C. Rodríguez-Piñero Royo (*El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica*, cit., pág. 33) quien afirma que estos dos factores, entre otros, fueron determinantes para la implantación en el orden social del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Si se ha dicho que el recurso de casación ordinario implantado en el proceso laboral trata de defender por igual el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*, no sucede lo mismo con el recurso de casación para la unificación de doctrina. Éste, según el Tribunal Constitucional, “devuelve a la casación su prístino significado, como salvaguardia de la pureza de la ley más que interés de sus litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente (artículo 123 CE)”¹¹¹⁶. Ello quiere decir que a través del recurso de casación para la unificación de doctrina el Tribunal Supremo realiza las siguientes operaciones: por un lado, declara la interpretación correcta de la ley, expulsando en consecuencia aquellas otras que resultan ilegales (función nomofiláctica); colabora de esta manera en la reducción de los criterios interpretativos manejados por los órganos judiciales inferiores (función unificadora); reafirma y asegura frente al resto de las interpretaciones jurisprudenciales la creada por el propio Tribunal Supremo (aseguramiento de la vinculación a sus precedentes) y contribuye a tutelar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Es decir, a través del recurso de casación para la unificación de doctrina no se trata tanto de anular aquellas interpretaciones ilegales de la Ley cómo de hacer prevalecer entre las legales la sostenida y afirmada por el Tribunal Supremo, evitando, además, la contradicción jurisprudencial.

Por todo lo anterior, el recurso de casación para la unificación de doctrina debe considerarse un recurso de carácter extraordinario. Pero no sólo eso. Al establecerse en el sistema de recursos el de casación para la unificación de doctrina, se rompe con la regla general del procedimiento laboral de doble grado de jurisdicción, permitiendo que, en determinados supuestos, tres órganos jurisdiccionales conozcan del mismo caso. Por este motivo, además de ser calificado por la doctrina como un recurso típicamente casacional y, por tanto, extraordinario, también ha sido calificado como excepcional¹¹¹⁷. La jurisprudencia del propio Tribunal Supremo ha recurrido a este

¹¹¹⁶ STC 17/1995, F. J. 2º.

¹¹¹⁷ No se trata, sin embargo, de un asunto pacífico. Hay autores que no comparten que el recurso de casación para la unificación de doctrina deba considerarse, además de extraordinario, excepcional. *Vid.*, entre otros, M. Alonso Olea, “Recurso de amparo y recurso de casación para la unificación de doctrina”, *El proceso laboral. Estudios en Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, 2001, págs. 59-60.

calificativo de “excepcional” para exigir el cumplimiento riguroso de todos los requisitos procesales previstos para su interposición.

Si el número de recursos de casación que acceden a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es escaso, no sucede lo mismo con respecto a los de casación para unificación de doctrina. Son éstos los que hacen que el nivel de litigiosidad de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo alcance cotas que, aun sensiblemente inferiores a las del resto de las Salas del Tribunal Supremo, pueden considerarse elevadas. De ahí que el porcentaje de inadmisiones sea importante¹¹¹⁸. Este hecho ha provocado que, a través de la presentación de un número importante de recursos de amparo, el Tribunal Constitucional haya ido controlando la forma en que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo realiza el trámite de admisión de los recursos de casación para la unificación de doctrina. En este sentido puede decirse que los problemas del amparo en relación con el orden laboral han podido achacarse en algunos años a la política de inadmisión de recursos de casación para la unificación de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Con toda seguridad, de no haberse producido este fenómeno, los amparos constitucionales procedentes del orden laboral hubieran sido algunos menos.

A pesar de la característica dimensión objetiva de la casación para la unificación de doctrina, el TC ha resaltado también su vertiente subjetiva. El Tribunal Constitucional, además de considerarlo un recurso de carácter excepcional, en el que prima la defensa del *ius constitutionis*, ha resaltado que se trata de una vía idónea para “lograr el restablecimiento, en la vía judicial, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido por el artículo 14 CE.”¹¹¹⁹ Es decir, se trata también de una vía que puede servir para la protección de derechos fundamentales de la persona. Esta doble naturaleza dificulta, desde mi punto de vista, la comprensión del recurso. Si se trata de un medio de impugnación excepcional y de ahí que se considere legítimo que el Tribunal Supremo sea especialmente riguroso a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad, ¿cómo puede compatibilizarse la justificación de limitar el acceso con el hecho de que se considere a la vez un cauce para la protección de

¹¹¹⁸ Según pone de relieve A. Desdentado Bonete, (“Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, cit., pág. 231, nota 24) citando a A. Martín Valverde (“La actividad jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: evolución desde 1985 a 1994”, *Relaciones Laborales*, núms. 1 y 2/1996, págs. 116-127), la entrada de recursos de casación para la unificación de doctrina es desmesurada, por lo que ya en 1994 los asuntos que terminaban en auto de inadmisión suponían 2/3 del total. A este dato debe añadirse además que las sentencias de inadmisión se acercaban ya en 1994 al 30%.

¹¹¹⁹ STC 141/1994, FJ 2º A).

derechos fundamentales? Esto último pugna seguramente por lo contrario, esto es, por flexibilizar los requisitos de accesibilidad.

Aunque en principio este recurso pudiera parecer un instrumento procesal relativamente sencillo, no ha resultado serlo en la práctica. Como ha señalado M. C. Rodríguez-Piñero “el régimen jurídico real y efectivo de esta figura es más bien el resultado de la suma entre unas líneas maestras establecidas en la LPL con una construcción jurisprudencial que las han completado y, en ocasiones, modificado”¹¹²⁰. Lo cierto es que ni el diseño del recurso realizado por el legislador y por la jurisprudencia ni su puesta en práctica han satisfecho del todo a la doctrina procesalista. Ésta ha sido consciente de los éxitos que este instrumento procesal ha traído al proceso laboral, pero también de sus deficiencias. Por otra parte, el que hayan transcurrido unos cuantos años desde su introducción ha permitido detectar los puntos débiles de su configuración. Las líneas que siguen se dedican a la exposición de su regulación en unas pinceladas.

El recurso procede cuando una sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia es contraria a otra dictada por el mismo Tribunal o a otra u otras dictadas por otras Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o a sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, siempre y cuando se trate de “supuestos sustancialmente iguales” ya no sólo en cuanto a los hechos, sino también respecto a los fundamentos jurídicos y a las pretensiones¹¹²¹. A diferencia de lo previsto en el orden contencioso-administrativo, no se limitan las sentencias recurribles en esta vía mediante el establecimiento de *summa gravaminis* o mediante la exclusión de determinadas materias: cualquier sentencia dictada en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia puede recurrirse en casación para la unificación de doctrina. Este hecho, sin embargo, no debe llevar a equívocos y a afirmar el carácter esencialmente aperturista del recurso.

La contradicción se ha convertido en el presupuesto por excelencia para la procedencia del recurso. Y es aquí, en este punto, donde la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por vía jurisprudencial, ha creado una serie de exigencias que reducen

¹¹²⁰ M. C. Rodríguez-Piñero Royo, *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, cit., pág. 60.

¹¹²¹ El artículo 216 LPL establece: “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

considerablemente las posibilidades de éxito en el trámite de admisión. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha limitado mediante su jurisprudencia las sentencias que pueden servir de parámetro para establecer la contradicción¹¹²². De esta manera, aunque toda sentencia dictada por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia puede ser recurrida en casación para la unificación de doctrina, las aptas para establecer la contradicción se reducen considerablemente.

Si se ha elaborado un elenco jurisprudencial importante que limita el número de sentencias idóneas para acreditar el contraste, la verificación de la existencia de este último tampoco ha escapado a este fenómeno. A pesar de que la LPL define los puntos sobre los que ha de existir la identidad sustancial entre la sentencia impugnada y la aportada como contraste –sujetos, hechos, fundamentos y pretensiones–, no siempre es fácil llegar a la conclusión de que existe la contradicción, es decir, de que existen pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto. Esta dificultad es incluso mayor en los casos en los que resulta muy complicado, por no decir imposible, que se produzca la identidad de controversias. La Sala Cuarta ha sido absolutamente escrupulosa a la hora de considerar cumplido el requisito de identidad de controversias, por lo que también se ha producido un alto índice de inadmisiones por esta causa. Esta exigencia de identidad

¹¹²² No procede aquí dar cuenta detallada de los requisitos exigidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para determinar la idoneidad de las sentencias aportadas para establecer la contradicción, sino simplemente de exponer algunas de sus líneas maestras. En primer lugar, la Sala de lo Social ha entendido que tan sólo pueden aportarse como tales las dictadas por los órganos judiciales que indica expresamente la LPL. No son pues sentencias idóneas para establecer la contradicción las dictadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, las dictadas por el antiguo Tribunal Central de Trabajo, las dictadas por el resto de las Salas del Tribunal Supremo ni las del Tribunal Constitucional. En relación con éstas últimas, el Tribunal Constitucional, en un *obiter dicta* contenido en el FJ 2º de su STC 16/1995, ha sostenido respecto a esta interpretación de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo: “Con todo, aun aceptando el amplio margen del que dispone el órgano jurisdiccional para determinar si se han cumplido los rígidos presupuestos procesales exigidos para esta modalidad de recurso (STC 141/1994) y la propia literalidad del precepto (art. 216 LPL), no parece posible sostener que, cuando la presunta contradicción doctrinal se refiera a derechos y libertades fundamentales, que han de ser perentoriamente tutelados en la sede jurisdiccional ordinaria (art. 53.1 y 2), si resultan cumplidos los demás requisitos en cuanto a la identidad de supuestos y contenido de la contradicción doctrinal, no puedan ser un elemento válido de referencia las resoluciones del Tribunal a quien, en su función de supremo intérprete de la norma constitucional (art. 1.1 LOTC) corresponde resolver la cuestión (art. 53.2 CE) y que ha dejado establecida la doctrina adecuada en materia de derechos y libertades”.

Asimismo, la Sala Cuarta ha considerado que la sentencia aportada para establecer la contradicción ha de ser anterior a la fecha en la que se hubiere preparado el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que es en este escrito y no en el de interposición, en el que debe expresarse la existencia de contradicción. Además, la sentencia que se propone como contradictoria ha de ser firme. Otro requisito requerido por la Sala de lo Social es que tan sólo puede aportarse una sentencia de contraste por cada tema de contradicción. Junto a los indicados, existe otra serie de requisitos formales, tales como que las sentencias idóneas para establecer la contradicción deban ser las mismas en el escrito de preparación que en el de interposición, que se ha de aportar copia certificada de las mismas, etc. La constitucionalidad de la mayoría de los requisitos indicados, exigidos por vía jurisprudencial, ha sido confirmada por el TC en diversos recursos de amparo.

ha provocado además que determinadas materias claves del Derecho laboral hayan quedado prácticamente excluidas del recurso de casación para la unificación de doctrina¹¹²³. A éstas han de añadirse las que no pueden acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina por estar excluidas del recurso de suplicación. Esta situación ha sido criticada por algunos autores que consideran que se trata de materias sobre las que sería deseable la existencia de una doctrina más o menos uniforme y, en este sentido, mientras algunos han aconsejado resucitar el viejo recurso en interés de la ley¹¹²⁴, otros, por el contrario, apuestan por flexibilizar la exigencia de contradicción sólo para algunas materias, las clave del Derecho laboral¹¹²⁵.

Siguiendo con los requisitos de procedibilidad, debe decirse que, además de la contradicción, se exige que la sentencia que se pretenda recurrir haya incurrido en infracción legal¹¹²⁶.

Están legitimados para su interposición cualquiera de las partes que hubieran intervenido en el proceso y también el Ministerio Fiscal, lo que viene a confirmar que el recurso está diseñado para atender sobre todo a la consecución de fines públicos, entre los que cabe destacar la existencia de contradicción de criterios jurisprudenciales.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el caso de que considere que la sentencia impugnada es la que contiene una interpretación ilegal de la ley, estimará el recurso. Sin embargo, la sentencia que recaiga en el recurso de casación para la unificación de doctrina no tiene por qué aceptar una de las dos opciones interpretativas contrastadas, sino que puede contener una tercera. Es importante señalar algunas cuestiones acerca de los efectos de las sentencias dictadas en unificación de doctrina. En primer lugar y aunque no se trata de un asunto pacífico entre la doctrina laboralista, las sentencias recaídas en estos procesos tienen el mismo valor que cualesquiera otras

¹¹²³ Entre estas materias, se pueden citar a modo de ejemplo la calificación de la incapacidad permanente, de conductas que llevan aparejado el despido disciplinario, de las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, etc.

¹¹²⁴ *Vid.*, en este sentido, A. Desdentado Bonete, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, cit., pág. 231.

¹¹²⁵ A. Desdentado Bonete, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina”, *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, cit., pág. 202.

¹¹²⁶ En efecto, así lo exige el artículo 222 LPL al establecer: “El escrito de interposición deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada (...) y con fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada (...)”.

de las dictadas por el Tribunal Supremo en el recurso de casación ordinario¹¹²⁷. Es decir, la doctrina contenida en ellas no adquiere un valor “cuasinormativo” que se impone sobre la mantenida en los recursos de casación ordinarios, sino que para desplegar todos los efectos que le confiere el ordenamiento jurídico es preciso que se produzca una reiteración para consolidar jurisprudencia. En segundo lugar, las sentencias dictadas en unificación de doctrina tienen efectos únicamente entre las partes implicadas en el proceso casacional en el que se dicta la sentencia, lo cual implica que la sentencia recaída en el recurso no puede servir de soporte para revisar la situación de las partes que resultaron afectadas por la sentencia que se aporta al proceso para fundar el contraste, aun en el caso de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo llegue a la conclusión de la ilegalidad de ésta y no de la recurrida en unificación de doctrina¹¹²⁸.

c) Algunas deficiencias del recurso de casación para la unificación de doctrina. En especial, su falta de idoneidad para servir de cauce procesal para la protección de los derechos del artículo 24.1 CE.

Como ya se ha expuesto anteriormente, una de las deficiencias más importantes que presenta la configuración legal y jurisprudencial actual del recurso de casación para la unificación de doctrina es que impide que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo pueda pronunciarse en esta vía de cuestiones clave del Derecho Laboral y, a los efectos que ahora interesan, las de Derecho procesal laboral.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha exigido para la admisión del recurso en esta materia que concurra identidad de objeto tanto procesal como sustantiva. El Tribunal parte siempre del presupuesto de que lo sustantivo afecta a lo procesal en todos los casos¹¹²⁹. Sin negar el hecho de que esto pueda ser así en algunos supuestos, la exigencia de la doble contradicción, es decir, tanto en relación con lo procesal como

¹¹²⁷ Esta es la posición mantenida, entre otros, por L. E. de la Villa Gil, “Puntos críticos del recurso de casación para la unificación de doctrina”, *Derecho y Proceso, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2001, pág. 239-241.

¹¹²⁸ Así se desprende de lo previsto en el artículo 226 de la LPL de 1995 (art. 224 de la LPL de 1990).

¹¹²⁹ Esta afirmación no es compartida por todos los Magistrados que integran la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Las sentencias que se han pronunciado sobre este asunto van acompañadas de votos particulares en los que se afirma la existencia de infracciones procesales “puras”. Para estos Jueces disidentes, en estos casos debería bastar para admitir el recurso con que la identidad entre las sentencias se produjera tan sólo en relación con el problema procesal. Puede verse en relación con este tema A. Desdentado Bonete, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., págs. 196-199.

con lo sustantivo, hace prácticamente inviable que se admita un recurso de casación para la unificación de doctrina que tenga por objeto unificar criterios de Derecho procesal laboral. Este requisito de la doble contradicción exigido por la jurisprudencia responde a la preocupación de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de que el recurso de casación para la unificación de doctrina se convierta en una vía universal de impugnación por vicios *in procedendo*. Si sólo se exigiera la identidad respecto al problema procesal, el recurso de casación para la unificación de doctrina perdería en parte su esencia y su razón de ser y pasaría a tener el tratamiento procesal de la simple casación. La conclusión que cabe extraer de lo apuntado es que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, salvo en rarísimos casos, sólo se pronuncia sobre Derecho procesal laboral a través del recurso de casación ordinario.

De lo anterior también cabe derivar que el recurso de casación para la unificación de doctrina no es un cauce idóneo para interesar la nulidad de actuaciones a la que se refiere el artículo 241.1 LOPJ¹¹³⁰. Aunque más tarde volveré sobre este asunto, es importante señalar que debido al modo en que se ha configurado el recurso de casación para la unificación de doctrina, contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que vulneren los derechos del artículo 24.1 CE no puede acudir al Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Ello trae consigo que en los casos en los que no pueda prosperar el incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de amparo se convierta en la única vía reparadora de la lesión constitucional. Como ha señalado L. E. de la Villa, el que la presentación del recurso de amparo sea la única vía de reparación de derechos en estos casos presenta las siguientes “anomalías de no pequeño calado”: en primer lugar, supone asignar al recurso de amparo un carácter material de “recurso judicial” que lo aparta de su función constitucional específica; en segundo término, se le obliga al recurrente a asumir el riesgo de interponer un recurso de amparo *per saltum*, es decir, sin acudir antes a la unificación de doctrina, que podría ser considerado prematuro por

¹¹³⁰ L. E. de la Villa Gil (“Puntos críticos del recurso de casación para la unificación de doctrina”, *Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, cit., págs. 244-245), ha señalado que de exigirse por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la existencia “estricta de contradicción entre la sentencia afectada por los defectos sustanciales descritos en el artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otra sentencia de contraste, la nulidad de pleno derecho, o los defectos incompatibles con el fin de la sentencia, no podrán hacerse valer en la mayor parte de los casos *por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate*”, es decir, en este caso, del recurso de casación en interés de la Ley. Según L. E. de la Villa, aunque esto sea así en la práctica, no debería serlo porque a través de este recurso podría servir a un tiempo a dos finalidades distintas: servir de cauce de nulidad y de evitación de la dispersión jurisprudencial.

el Tribunal Constitucional; en tercer y último lugar, alienta a los justiciables “a utilizar el «poder constitucional» para obtener la satisfacción de una pretensión que la ley ha confiado explícitamente a los órganos del «poder judicial», en cuya oportunidad las conocidas lamentaciones que anidan en el Tribunal Supremo, en torno a la invasión de sus competencias naturales a manos del Tribunal Constitucional, no resultarían en este supuesto fácilmente comprensibles”¹¹³¹. Naturalmente, estas afirmaciones las realiza el citado autor cuando aún no estaba prevista la nulidad de actuaciones en los términos actuales.

d) Un pequeño apunte acerca del recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo constitucional.

A pesar de que son varios los problemas que se pueden plantear entre el recurso de amparo y el de casación para la unificación de doctrina, me voy a centrar tan solo en uno de ellos. Éste se refiere a la “flexibilización” de ciertos criterios de admisibilidad del recurso de amparo que el Tribunal Constitucional ha tenido que realizar como consecuencia de la política de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina llevada a cabo por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Como es sabido, antes de acudir al recurso de amparo constitucional, el litigante debe haber agotado la vía judicial previa con el fin de permitir que sean los órganos judiciales ordinarios los que reparen la vulneración de derechos fundamentales (art. 44.1.a LOTC). Según el TC, para entender cumplido este requisito no basta con haber interpuesto los recursos procedentes ante la jurisdicción ordinaria, sino que es necesario plantearlos correctamente. De ahí que el Tribunal Constitucional no entienda cumplido este requisito en aquellos casos en los que, a pesar de haber interpuesto el recurso procedente antes de acudir al amparo, éste resulta inadmitido por adolecer su interposición de irregularidades. Pues bien, de aplicarse sin matices esta doctrina constitucional al recurso de casación para la unificación de doctrina, la mayoría de los asuntos susceptibles de ser recurridos a través de esta vía por existir contradicción jurisprudencial, tendrían vedado el acceso al recurso de amparo constitucional debido al alto índice de inadmisiones de los recursos de casación para la unificación de doctrina. El Tribunal Constitucional, consciente de esta realidad, ha matizado la

¹¹³¹ L. E. de la Villa Gil, “Puntos críticos del recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., pág. 245.

anterior doctrina con el fin de permitir que la política de inadmisión seguida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no afecte a la competencia del propio Tribunal Constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional entiende cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa a pesar de que el recurso de casación para la unificación de doctrina fuera inadmitido, siempre y cuando la declaración de inadmisibilidad no venga motivada por el incumplimiento manifiesto de alguno de sus requisitos esenciales¹¹³². El TC ha basado esta actitud flexibilizadora sobre la base de la aplicación del “principio *pro actione*”. Sin embargo, las razones aducidas por el Tribunal me parecen claramente insuficientes. Y ello porque el TC, mediante la aplicación de tal principio, no sólo está protegiendo los intereses del particular, sino también evitando que sea en realidad el Tribunal Supremo, a través de su política de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, el que controle los asuntos que pueden llegar al Tribunal Constitucional¹¹³³.

Asimismo, y en coherencia con lo anterior, tampoco exige el Tribunal Constitucional la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina antes de acudir al amparo constitucional salvo en aquellos casos “en los que no quepa duda respecto de la procedencia real y efectiva de interponerlo así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo” (STC 183/2000).

5.2.2.5. El recurso de revisión: remisión a la LEC.

La LPL de 1990 (y, evidentemente también la de 1995) optó por mantener el recurso de revisión en los mismos términos que tenía en la LPL de 1980, es decir, con remisión a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Debe apuntarse, no obstante, que el legislador de 1990 suprimió el recurso de revisión llamado “a favor del

¹¹³² *Vid.* entre otras, las SSTC 155/1999, 258/2000, 12/2003.

¹¹³³ Algunos autores, como M. Alonso Olea (“Recurso de amparo y recurso de casación para la unificación de doctrina”, *cit.*) han criticado esta flexibilización de los requisitos de admisibilidad del amparo en los casos en los que se interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina y éste resultó inadmitido y en los casos en los que éste no se interpuso y se acudió directamente al amparo constitucional. Según M. Alonso Olea esta doctrina constitucional carece por completo de fundamento debido a que es la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y no el Tribunal Constitucional el órgano competente para declarar cuando el recurso de casación para la unificación de doctrina es procedente o no.

Fondo de Garantía en materia de accidentes de trabajo” previsto en la normativa anterior.

La LEC de 2000 ha modificado algunos aspectos del recurso de revisión y, por tanto, ha previsto en su Disposición final undécima la modificación del recurso de revisión laboral. Así, el artículo 234 de la LPL de 1995, en su redacción dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, establece que procederá el recurso de revisión previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil contra cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdiccional social. El recurso se interpondrá ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que habrá de resolverlo con arreglo a lo dispuesto en la LEC.

Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias me remito a lo expuesto sobre este medio de impugnación en el orden civil. Con todo, me gustaría hacer unas breves aclaraciones sobre dos aspectos concretos. La primera: aunque la LEC de 2000 ha pasado a considerar la revisión de sentencias firmes acción impugnativa autónoma, en el orden laboral sigue denominándose recurso. La segunda: si respecto del orden civil se apuntó la necesidad de que el recurso de revisión pudiera fundarse en errores immanentes al proceso y achacables a la actuación del órgano judicial, esta exigencia debe flexibilizarse en el orden social debido a que tanto la suplicación como la casación ordinaria permiten corregir el “error patente” en la cuestión fáctica.

5.2.2.6. La audiencia al demandado rebelde: remisión a la LEC

De igual modo que con la revisión, la audiencia al rebelde en el orden social se ha regulado por remisión a lo dispuesto en la LEC¹¹³⁴. Así fue con la aprobación de la LPL de 1990 y así es ahora tras las modificaciones que la LEC de 2000 ha introducido en la LPL de 1995. De ahí que con el fin de no alargar el trabajo me remita a lo que ya se ha dicho respecto del proceso civil.

5.2.2.7. Otros recursos previstos en la LPL de 1990: los procedentes contra las resoluciones judiciales interlocutorias, el recurso de queja y contra los actos procesales de los Secretarios judiciales.

¹¹³⁴ A pesar de ello, la LPL establece determinadas peculiaridades en el artículo 183 de la LPL de 1995.

De igual manera que en los casos anteriores, tanto el recurso de queja como los que procede interponer contra las resoluciones interlocutoras se han regulado de forma muy similar a lo previsto en el orden civil, por lo que me remito a lo que ya se ha expuesto al respecto.

Asimismo, y al igual que se ha indicado respecto a los órdenes civil y contencioso-administrativo, la Ley 13/2009, de 3 de diciembre, modificó la LPL para introducir los recursos de reposición y revisión. Su regulación se hace en los mismos términos que en la LEC por lo que me remito a los que ya expuesto al respecto¹¹³⁵.

5.3. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

5.3.1. La justificación de una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social y la escasa alteración de los medios de impugnación previstos en la anterior regulación.

A pesar de que la LPL de 1995 –que a su vez es acreedora de la del año 1990— ha sido considerada con carácter general una buena ley procesal, el legislador la ha derogado y en su lugar ha aprobado una nueva Ley “reguladora de la jurisdicción social” (en adelante LJS). A la vista de su contenido, la nueva Ley, aunque contiene importantes innovaciones, puede considerarse continuista de la anterior, de tal manera que “el texto actual consolida los principios rectores, distribución de reglas y organización interna de la anterior”¹¹³⁶. Las justificaciones aducidas para renovar la Ley se contienen en su Preámbulo y son de diverso orden. Con carácter general se afirman que son dos los pilares que sustentan la reforma: reforzar la tutela judicial y la seguridad jurídica. En este sentido, se afirma que “toda disposición ritual está estrechamente vinculada con el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Su *aplicación efectiva* en el orden jurisdiccional es la razón de ser de esta Ley.”¹¹³⁷

Además de estas finalidades que son asimismo predicables del resto de los órdenes jurisdiccionales y de sus leyes reguladoras, el Preámbulo de la LJS se centra en los dos ejes principales de la reforma. Por un lado, “ampliar, racionalizar y definir con

¹¹³⁵ Vid. arts. 184 y 185 LPL.

¹¹³⁶ Preámbulo, apartado II.

¹¹³⁷ Preámbulo, apartado I. Se añade la cursiva.

mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social”¹¹³⁸; por otro, “la modernización de la normativa del procedimiento social hacia la agilización de la tramitación procesal”. Respecto a la primera de las finalidades apuntadas, se destaca que hasta ahora, el conocimiento de cuestiones materialmente sociales estaba atribuido no sólo a la jurisdicción social, sino también a la civil y a la contencioso-administrativa, lo cual generaba disfunciones en la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos debido, sobre todo, a la disparidad de criterios que genera esta situación, a saber: una evidente merma de la seguridad jurídica y el “peregrinaje” de jurisdicciones que en ocasiones generaba el ejercicio de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos. Por otro lado y respecto al segundo de los ejes de la reforma, la LJS pretende ajustarse a las previsiones de la LEC de 2000 y a las recientes modificaciones operadas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

5.3.2. Las novedades más relevantes que afectan a los medios de impugnación y a las acciones de rescisión de las resoluciones judiciales.

a) Respecto al recurso de suplicación.

Sin ningún género de dudas, la nueva regulación del recurso de suplicación es acreedora del diseño que tal medio de impugnación tenía en la LPL de 1995. Se amplía el catálogo de las resoluciones impugnables por esta vía *ratione materiae* y se eleva la *summa gravaminis* a 3.000 euros¹¹³⁹.

Ahora bien, se han introducido importantes modificaciones cuyo origen hay que buscarlo en más de un caso en la doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido conformando en relación con este recurso y las implicaciones que en su configuración legal se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como novedad de primer orden hay que destacar la generalización del recurso de suplicación en aquellos casos en los que se produce un cierre anticipado del proceso siempre que tal decisión no se deba a la actuación negligente de la parte o de su representación procesal. Como ya se expuso anteriormente, aunque la LPL de 1995 generalizó el recurso de suplicación a todos los casos en los que se produjeran vicios de

¹¹³⁸ Preámbulo LJS, apartado III.

¹¹³⁹ *Vid.* art. 191 LJS.

procedimiento causantes de indefensión, de forma incomprensible no se amplió tal posibilidad a aquellos supuestos en los que la resolución fuera vulneradora de otras vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y, especialmente, de la vertiente más nuclear del derecho, que es la de acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución sobre el fondo del asunto. Pues bien, el nuevo art. 191.4.c) permite que sean revisados en suplicación los autos que resuelvan el recurso de reposición, o en su caso de revisión, interpuesto contra la resolución que disponga la terminación anticipada del proceso, tanto en los casos en los que acuerde la satisfacción extraprocesal o la pérdida del objeto como la falta de subsanación de los defectos advertidos en la demanda no imputable a la parte o a su representación procesal, o la incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio, siempre que, por caducidad de la acción o de la instancia o por otra causa legal, no fuera jurídicamente posible su reproducción ulterior. Esta previsión, según se expone en el Preámbulo de la Ley Jurisdiccional viene a subsanar “una deficiencia estructural” que “contribuirá a reducir la carga de trabajo del Tribunal Constitucional” en la medida en que este tipo de situaciones, “al carecer hasta ahora de recurso, han dado lugar a un número excesivo de recursos de amparo, precisamente en la fase en la que la garantía de la tutela judicial efectiva se despliega con mayor intensidad”¹¹⁴⁰. No obstante, hay que advertir que la procedencia del recurso se limita a los casos enunciados y no a otros que también pueden dar lugar al cierre anticipado del proceso con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por supuesto, se mantiene abierta la suplicación para aquellos supuestos en los que, con independencia de la cuantía y de la materia del pleito, la sentencia incurre en una falta esencial del procedimiento causante de indefensión. Se añade en la nueva Ley respecto de este caso que “si el fondo del asunto no estuviera comprometido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre el defecto procesal invocado”.

Además, la legitimación activa para la interposición del recurso ya no se limita exclusivamente al que ha sido vencido en juicio, sino que se amplía, tal y como lo venía exigiendo el TC, a la parte que aparentemente había sido favorecida por el fallo “de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento”¹¹⁴¹. Y es que, en efecto, muchos amparos llegaban al TC debido a que la LPL impedía recurrir en suplicación en los casos en los que no

¹¹⁴⁰ Preámbulo, apartado IV.

¹¹⁴¹ *Vid.* Preámbulo, apartado VI.

existiera un gravamen, a pesar de que los hechos declarados probados o la fundamentación, tal y como estaban contenidos en la sentencia, pudiera repara algún perjuicio en la resolución del recurso de suplicación.

b) Respecto al recurso de casación ordinario.

Antes de exponer las novedades que se han introducido en el recurso de casación ordinario, hay que apuntar que se atribuye a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el conocimiento en única instancia de los procesos de impugnación de determinados actos administrativos¹¹⁴².

Con carácter general, apenas se contienen novedades respecto a las resoluciones que son recurribles a través de esta vía. Tan sólo se excluyen del recurso algunas sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional cuando vengan referidas a las materias contenidas en el art. 206.1 b) siempre que no afecten a más de cincuenta trabajadores¹¹⁴³, o en aquellos de los señalados en el apartado a) del referido artículo que no alcancen la cuantía de ciento cincuenta mil euros. Por el contrario, se amplían los autos que son recurribles a través de esta vía¹¹⁴⁴. Al igual que se ha indicado respecto al recurso de suplicación, se posibilita que sean recurridos en casación en todo caso, es decir, al margen de la cuantía y de la materia litigiosa, los autos de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que pongan fin anticipadamente al proceso y que no se deban a la negligencia de la parte o de su representación procesal (art. 206.3 LJS).

c) Respecto al recurso de casación para la unificación de doctrina.

Son dos las novedades más relevantes que se han introducido en este recurso de carácter extraordinario. Por un lado, el legislador ha venido a corregir expresamente la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la medida en que no venía

¹¹⁴² Según dispone en el art. 9.a) LJS, son los actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden jurisdiccional social cuando hayan sido dictados por el Consejo de Ministros.

¹¹⁴³ Las sentencias dictadas en relación con expedientes de regulación de empleo, de extinción de contratos de trabajo, suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cualquiera que sea la cuantía, cuando afecten a menos de cincuenta trabajadores.

¹¹⁴⁴ *Vid.* art. 206 apartados 2, 3 y 4 LJS.

admitiendo como doctrina de contradicción o contraste para la procedencia de este recurso las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional ni tampoco las dictadas por otros Tribunales supranacionales en materia de derechos fundamentales. La medida adoptada por el legislador español recuerda en este sentido a la acogida por el legislador alemán en el año 1983 y que se acometió precisamente respecto del recurso de revisión (homólogo a nuestra casación) cuando se procedió a la objetivación del recurso de amparo¹¹⁴⁵. Aunque en puridad la reforma alemana y la que se ha expuesto no son exactamente idénticas, persiguen una misma finalidad, que es la de evitar que los órganos judiciales ordinarios se separen de la doctrina constitucional, reforzando así el mandato establecido en el art. 5.1 LOPJ. No obstante, está por ver si tal atribución perturba o entorpece de alguna manera la función más importante que ha de desempeñar la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a través de este recurso, que no es otra que la unificación de la jurisprudencia. Asimismo, también va ser posible aportar como doctrina de contraste la emanada por el TJUE en interpretación del Derecho de la Unión Europea.

También hay que destacar como una novedad importante la legitimación que se confiere al Ministerio Fiscal para que, en defensa de la legalidad, pueda interponer este recurso “cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas” para servir de contraste (art. 219.3 LJS). Se aprovecha así esta vía para que, a través del Ministerio Fiscal, el TC pueda unificar criterios respecto a materias y a asuntos que tendrían difícil acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina.

¹¹⁴⁵ Como ya se ha indicado en el Capítulo III de esta tesis, el legislador alemán estableció como motivo del recurso de revisión que la decisión impugnada se desvíe de lo establecido en una decisión del Tribunal Constitucional Federal. *Vid.*, en este sentido J. L. Rodríguez Álvarez “Seleccionar lo importante”, *REDC* núm. 41, 1994, págs. 140-141.

d) Otras novedades destacables en relación con las acciones de rescisión de la cosa juzgada.

En último lugar, es preciso hacer una breve referencia a las acciones de revisión y de audiencia al rebelde. Aunque la regulación de estos instrumentos se remite a lo dispuesto en la LEC, se ha procurado –según se apunta en el Preámbulo de la Ley— “relacionar entre sí la solicitud de nulidad de actuaciones contra resoluciones definitivas, la audiencia al rebelde y la revisión de sentencias firmes, para evitar la compleja y difícil situación que puede llegar a generarse en la práctica con la regulación actual, en cuanto a la procedencia en cada caso de uno u otro medio impugnatorio”¹¹⁴⁶. A este respecto se hace constar en el art. 236.1 LJS que la revisión se inadmitirá “si se formula por los mismos motivos que hubieran podido plantearse, de concurrir los presupuestos para ello, en el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o mediante la audiencia al demandado rebelde establecida en el artículo 185 de la presente Ley, o cuando planteados aquéllos los referidos motivos hubieren sido desestimados por resolución firme”.

Se pretende, en definitiva, evitar que una vez utilizados los cauces de rescisión de resoluciones judiciales firmes se utilice la vía de la nulidad de actuaciones. La valoración de esta previsión, por estar íntimamente conectada con la nulidad de actuaciones, será objeto de valoración más adelante.

6. El orden jurisdiccional penal: el único pendiente de una gran reforma en el sistema de recursos.

6.1. Introducción.

Como ya se ha dicho en la introducción no voy a hacer un repaso exhaustivo de lo acontecido en el orden penal por una razón: la Ley de Enjuiciamiento Criminal que todavía se encuentra en vigor es la promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 y, contrariamente a lo sucedido en el resto de los órdenes jurisdiccionales, no ha sido renovada tras la aprobación de la Constitución. Como no podía ser de otra

¹¹⁴⁶ Preámbulo, apartado VI.

manera, la LECr ha sido objeto de reformas parciales desde su aprobación, pero sin duda está por llegar la gran reforma en cuanto al sistema de recursos se refiere.

En esta materia, en la que se ven implicados necesariamente derechos fundamentales, la entrada en vigor de la Constitución ha sido decisiva y ha traído consigo una transformación del proceso penal. Así, por ejemplo, entre otras muchas cosas, la diferente atribución de competencia para la fase instructora y decisoria prevista por el legislador en el año 1988, la diferente significación de la casación penal respecto de sus homólogas en el resto de los órdenes jurisdiccionales, se deben sin ningún género de dudas a la gran novedad que ha supuesto la entrada en vigor de una Constitución normativa. No estoy queriendo decir, por tanto, que el orden jurisdiccional penal haya escapado o huido del impacto de la Norma Fundamental: todo lo contrario. Pero, por lo que respecta al sistema de recursos, que como se verá también se ha visto redefinido como consecuencia de la aprobación de la Constitución, las grandes reformas legislativas están todavía por llegar.

Y, al respecto, debe apuntarse que se está preparando el camino para que esto sea así: uno de los grandes acuerdos alcanzados entre el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito en el año 2001 fue precisamente éste: reordenar el sistema de recursos en el orden jurisdiccional penal y garantizar en todos los casos la doble instancia (apelación). A tal efecto, la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ ha dejado sentadas las bases para que en un futuro sea posible el establecimiento de la doble instancia en este orden jurisdiccional. Asimismo, ha habido intentos, a través de la presentación de Proyectos de Ley, de desarrollar y modificar la LECr para adaptarla a la reforma de la LOPJ y, en consecuencia, para que la segunda instancia en el proceso penal pueda ser un hecho¹¹⁴⁷. No obstante, a pesar de los años que han transcurrido desde que se modificó la LOPJ en el sentido antes indicado, aún no se ha materializado la reforma.

No es nada aventurado afirmar que, en ocasiones, para conocer cómo funciona realmente un sistema no basta con acudir a la ley, sino que además es necesario tener en cuenta el modo en que ésta es interpretada y aplicada por los Tribunales (ordinarios y constitucionales). Y esto debe tenerse en cuenta en mayor medida cuando nos

¹¹⁴⁷ Vid. el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la Legislación Procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, de 27 de enero de 2006, núm. 69.1.

referimos al orden jurisdiccional penal tal y como está diseñado en España. Un observador internacional no podría hacerse una verdadera idea de cómo funciona nuestra casación penal atendiendo sólo al tenor literal de la ley. Por eso, una cosa es el sistema de recursos tal y como está diseñado en la LECr y otra es el funcionamiento real del sistema. En las siguientes páginas se pone de manifiesto cómo el sistema de recursos previsto en la LECr no es el que más se ajusta a las exigencias derivadas de la Constitución y de determinados acuerdos internacionales suscritos por España. Pero a reglón seguido hay que referirse a la interpretación que se ha hecho de este sistema de impugnación como consecuencia del significado que el derecho al recurso en materia penal tiene en nuestro ordenamiento. Trataré ambas cuestiones de forma separada.

Empezaré por exponer algunas consideraciones generales sobre el sistema de recursos y tras ello, se dará cuenta de la regulación de los distintos recursos o medios de impugnación.

6.2. La falta de coherencia en el sistema de recursos en la LECr.

El sistema de recursos previsto actualmente en la LECr “es el resultado de la coincidencia asistemática de distintos idearios político-legislativos que se han unido por aluvión”¹¹⁴⁸.

La ordenación de los recursos llevada a cabo por el legislador de 1882 se hizo atendiendo al principio de grado único con la finalidad de dar entrada en el proceso penal a los principios de oralidad, inmediación y publicidad¹¹⁴⁹. O, lo que es lo mismo, con ese principio se desterró un sistema basado en el principio inquisitorial y se sustituyó por el acusatorio. La instauración de la única instancia en aquel momento no fue un remedio para intentar paliar la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de

¹¹⁴⁸ De esta manera lo define V. Cortés Domínguez, en *Derecho Procesal. Proceso Penal*, T.II, Valencia 1992, pág. 638.

¹¹⁴⁹ Así se establece en la Exposición de Motivos de la LECr: “he aquí el conjunto de medios que el nuevo sistema ofrece para el logro de resultado tan trascendental: la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única; la oralidad del juicio; (...)”. El establecimiento de la instancia única se hacía necesaria según el legislador para dar entrada a la separación de la fase instructora y decisoria, basándose esta última en la oralidad y evitándose así “la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte”.

Justicia, sino para que el lugar central del proceso penal pasara a ser el acto del juicio oral. De ahí que la instauración en el año 1882 de la instancia única no deba entenderse como un recorte de garantías para el imputado, sino todo lo contrario. La idea del doble grado se desechó entonces debido a la falta de ajuste (aún hoy discutida) entre este principio y el de inmediación. No obstante, a pesar de la inexistencia de la apelación (como recurso que da lugar al doble grado) sí se preveía la posibilidad de interponer contra las sentencias dictadas en única instancia determinados recursos de carácter extraordinario.

Sin embargo, rompiendo con los principios inspiradores de la LECr, se procedió, mediante la Ley 3/1967, de 8 de abril, es decir, en plena dictadura, a instaurar un “procedimiento de urgencia para determinados delitos” en el que la fase instructora y decisoria eran conocidas por el mismo Juez. Esta decisión supuso, sin duda, una vuelta atrás. Quizás con el ánimo de compensar esta pérdida absoluta de garantías, el legislador de 1967 estableció que las sentencias dictadas en este procedimiento –que, por cierto, no eran pocas– fuesen susceptibles de ser apeladas ante las correspondientes Audiencias Provinciales. Pero la instauración de la apelación también tuvo su contrapartida: las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia tenían vedado el acceso a la casación, aunque no a otros recursos extraordinarios, como el de revisión.

Así pues, la conclusión a la que cabe llegar de cuanto se ha dicho es que el establecimiento de la doble instancia –con la consiguiente exclusión de la casación– fue consecuencia de la introducción de procedimientos del todo opuestos a los principios que inspiraron la aprobación de la LECr.

Esta “esquizofrenia”¹¹⁵⁰ de sistemas se agudizó aún más tras la entrada en vigor de la Constitución con la reforma operada a través de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, que puso en marcha un procedimiento para el “enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes”. Con esta reforma, que pretendía la agilización del proceso, se confirmaba la implantación del modelo iniciado en 1967: determinados delitos eran instruidos y fallados por el mismo órgano judicial –Juez Instructor–, posibilitándose el recurso de apelación contra las sentencias recaídas en éstos, pero no la casación.

¹¹⁵⁰ Este es el término utilizado por A. de la Oliva (“El derecho procesal penal”, *Derecho Procesal Penal*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2003, sexta ed., pág. 92) para describir el panorama tras la reforma de 1967.

En 1980 convivían, pues, tres tipos de procesos: por un lado el urgente y el previsto para el conocimiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes que eran instruidos y fallados por el mismo órgano jurisdiccional y respecto de los que regía la doble instancia y, por otro, el procedimiento ordinario de instancia única previsto en la LECr en su redacción dada en 1882. Las cosas, sin embargo, dieron un giro con la reforma de 1988 en la que, sin duda, influyeron determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el modo en que estaba configurado el proceso penal. Con ocasión de determinadas cuestiones de inconstitucionalidad el Alto Tribunal declaró inconstitucional y nulo el párrafo 2º del artículo 2 de la LO 10/1980, que prohibía, sin excepción alguna, la recusación del Juez que había sido instructor y juzgador al entender que tal previsión era contraria al derecho fundamental al juez imparcial garantizado en el artículo 24 CE¹¹⁵¹. La LO 7/1988, de 28 de diciembre, a pesar de la “tímida” doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, fue más garantista que ésta y creó el llamado “procedimiento abreviado” en el que, aun buscando la celeridad del proceso, se atribuyó a diferentes órganos judiciales la fase instructora y la decisoria¹¹⁵². La puesta en marcha del nuevo procedimiento abreviado supuso la derogación del procedimiento urgente y del previsto para el conocimiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

Según han puesto de relieve algunos autores, esta reforma de los procedimientos penales podía haberla aprovechado el legislador para reordenar de una forma más coherente el sistema de recursos en el orden penal¹¹⁵³, de tal manera que debía haberse

¹¹⁵¹ Debe apuntarse que a pesar de que la declaración de nulidad del Tribunal fue bastante restrictiva en el sentido de que no declaraba la inconstitucionalidad de que el mismo Juez fuera el encargado de instruir y juzgar, en algún pronunciamiento anterior el Tribunal ya había avisado de la posible colisión de esa organización del proceso penal con el derecho al Juez imparcial. Así, en la STC 113/1987 el Tribunal resolvió un amparo en el que se consideraba si el proceso monitorio previsto en la LO 10/1980 vulneraba o no el derecho al juez imparcial. Sin embargo, al TC le llegó el caso perfecto para posponer la cuestión. En realidad, decía el Tribunal, lo que se pretende a través de este amparo es un enjuiciamiento en abstracto, como si de un recurso de inconstitucionalidad se tratara, de la LO 10/1980, puesto que en aquel caso concreto el Juez instructor y juzgador habían sido distintos. El TC, pues, desestimó el recurso y pospuso para otra ocasión el análisis de la constitucionalidad de la Ley.

¹¹⁵² Esta misma línea es la que sigue la reciente reforma de la LECr introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que ha establecido, como proceso autónomo del abreviado el llamado “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, conocido como “juicio rápido”. A los efectos del presente trabajo, únicamente hay que señalar que contra las sentencias dictadas en este tipo de procedimientos cabe recurso de apelación que se sustancia de conformidad con lo previsto para el procedimiento abreviado, con algunas especialidades.

¹¹⁵³ *Vid.*, entre otros M. P. Calderón Cuadrado, en *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada, 1996, págs. 1-13, para quien la reforma operada en 1988 debería haber llevado al legislador a instaurar en el proceso penal con carácter general uno de los dos sistemas: o el de instancia única con posibilidad de impugnación extraordinaria o el de doble instancia con posibilidad de

confirmado con carácter general o bien un sistema de un única instancia con posibilidad de acceso a la casación, o en su lugar, la doble instancia para todos los casos con un ulterior control casacional. Sin embargo, las cosas quedaron más o menos como estaban, salvo en lo que se dirá más adelante con respecto a la casación. El sistema que se ha expuesto es el que hoy está vigente: se mantiene la apelación para los delitos menos graves y la instancia única para los más graves.

Además de los procedimientos de los que se ha dado cuenta, en el año 1995 se reinstaura en España con la Ley Orgánica 5/1995, de 12 de enero el Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de determinados delitos¹¹⁵⁴. Contra las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado se prevé la posibilidad de interponer recurso de apelación. Sin embargo y como se expondrá de forma más detallada más adelante, la apelación prevista para estos casos es muy restringida, por lo que se trata de un recurso más parecido a la casación (carácter extraordinario) que a la apelación. A pesar de ello, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado se afirma que el establecimiento de la apelación “aspira a colmar el derecho al «doble examen», o «doble instancia», en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos el recurso de casación”¹¹⁵⁵.

Recapitulando, los cauces procesales previstos en la LECr para el conocimiento de las faltas y los delitos, así como los recursos que cabe interponer contra las sentencias recaídas en éstos, arrojan como resultado la siguiente conclusión: mientras los delitos menos graves y las faltas tienen asegurado el acceso a la segunda instancia, no sucede así respecto a los delitos más graves para los que rige el principio de única instancia con un ulterior control de tipo casacional.

impugnación extraordinaria; pero no a causa de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo sino de una reflexión más amplia sobre el proceso penal.

¹¹⁵⁴ En la actualidad, el Jurado es competente para conocer de los siguientes delitos: parricidio, asesinato, homicidio, auxilio o inducción al suicidio, infanticidio, infidelidad en la custodia de presos, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, malversación de caudales públicos, fraude y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios, tráfico de influencias, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, amenazas e incendios forestales.

¹¹⁵⁵ Como se desprende de lo apuntado en la Exposición de Motivos, contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en segunda instancia cabe recurso de casación tanto por infracción de Ley como por quebrantamiento de forma.

Es evidente que éste no es el modelo más adecuado desde un punto de vista lógico. Pero es que, además, provoca los siguientes problemas: (1) Su posible contradicción con lo dispuesto en el artículo 15.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP) y en el art. 2.1º del Protocolo núm. 7 al CEDH de 1 de noviembre de 1988¹¹⁵⁶, cuestión a la que referiré más adelante; (2) La sobrecarga de asuntos en la Sala Segunda del Tribunal Supremo; (3) La imposibilidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncie sobre determinados tipos penales –los menos graves– ya que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales tienen vedado el acceso a la casación; (4) La imposibilidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo realice funciones esencialmente casacionales debido a que ha de asumir también los déficits de tutela derivados de la falta de segunda instancia respecto a las sentencias recaídas en los procedimientos a través de los que se enjuician los delitos más graves.

La única solución a estos problemas pasa por una modificación del sistema de recursos que permita, por un lado, la universalización del principio de doble instancia y, por otro, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pase a configurarse como una instancia verdaderamente casacional. Como ya se ha dicho en la introducción, el legislador ya ha reaccionado y, como consecuencia del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia suscrito en el año 2001 y de las reiteradas condenas que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha impuesto a España, se ha procedido a la modificación de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A través de esta norma, que en su Exposición de Motivos ha reconocido determinados déficits de tutela en este orden jurisdiccional, se han sentado las bases para universalizar el principio de doble instancia en el proceso penal. A tal efecto, se ha atribuido a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer “de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales” (art. 73.3.c LOPJ) y se ha creado una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional que conocerá de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal (art. 64.bis LOPJ). A pesar de que la entrada en vigor de estas normas se subordina a la reforma de las leyes procesales¹¹⁵⁷, para lo cual se emplaza al Gobierno a

¹¹⁵⁶ Ratificado por el Estado español el 28 de septiembre de 2009 y entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009. *Vid.* BOE de 15 de octubre.

¹¹⁵⁷ *Vid.* la Disposición final 2ª de la Ley 19/2003.

que en el plazo de un año presente los correspondientes proyectos de ley, un sector doctrinal mantiene que el reconocimiento por parte del legislador del déficit en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos hace que la reforma sea directamente aplicable, sin que deba entenderse que el derecho a la apelación quede condicionado a una posterior decisión del futuro legislador¹¹⁵⁸. Esta tesis, sin embargo, no consta que haya sido intentada por ningún litigante.

Aunque sobrepasado con creces el plazo establecido en la disposición Final 2ª de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, aún no se ha materializado, a pesar de que ha habido algunos intentos¹¹⁵⁹ y de que hasta la fecha se han renovado otras leyes jurisdiccionales, como la reguladora de la jurisdicción, cuya reforma, me parece, no era tan acuciante como esta.

Tras esta escueta introducción, procede ahora analizar cómo están regulados en la LECr los mencionados recursos y acciones de rescisión.

6.3 El recurso de apelación contra sentencias definitivas.

En la LECr se establecen tres tipos distintos de recursos de apelación¹¹⁶⁰: el que cabe interponer contra las sentencias dictadas en los juicios de faltas (arts. 996 y 997 LECr.), el que procede contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal o Jueces Centrales de lo Penal en el procedimiento abreviado (arts. 790-793 LECr.) y el previsto contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado (arts. 746 bis LECr.). Aunque la nomenclatura utilizada en la Ley es la misma para denominar a este medio de impugnación tanto para recurrir las sentencias procedentes de los Juzgados de

¹¹⁵⁸ A pesar de que la LOPJ condiciona la entrada en vigor de los mencionados preceptos a la reforma de las leyes procesales, hay autores que mantienen que son de inmediata aplicación. En este sentido, V. Moreno Catena ("La apelación penal. Un derecho fundamental", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 615, 11 de marzo de 2004) señala que la reforma operada "no se puede considerar como una simple mejora del procedimiento; ni siquiera como un cambio más o menos relevante en el modelo de proceso penal" sino que "al afectar el derecho al recurso al contenido esencial de un derecho fundamental insuficientemente regulado y garantizado no puede dejarse al criterio del futuro Legislador su desarrollo".

¹¹⁵⁹ *Vid.* el Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal.

¹¹⁶⁰ El el texto principal sólo se da cuenta del recurso de apelación que cabe interponer contra las sentencias. Naturalmente, también está previsto el recurso de apelación contra las resoluciones interlocutorias que adopte el juez de instrucción en la tramitación del sumario ordinario. En el caso del procedimiento abreviado, está asimismo instaurado con las especificidades contenidas en el art. 766 LECr.

Instrucción dictadas en los juicios de faltas y las dictadas por los Jueces de lo Penal en el procedimiento abreviado como las dictadas por el Tribunal del Jurado, no se trata de figuras equiparables. En efecto, puede afirmarse que si en el primer caso el recurso de apelación abre la doble instancia en el proceso penal no sucede lo mismo respecto del segundo.

A pesar de que el recurso que cabe interponer contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado se denomine de apelación, en realidad es un recurso de naturaleza paracasacional. Su configuración legal presenta varias características que lo alejan considerablemente de una segunda instancia en sentido técnico procesal ya que, por un lado no se prevé la posibilidad de practicar nuevas pruebas y, por otro, las facultades del Tribunal *ad quem* de realizar una nueva valoración de las pruebas son muy limitadas. Conocerán de este recurso las salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma y sólo procede por alguno de los motivos previstos en el apartado 846 bis c) LECr:

a) Que en el procedimiento o en la sentencia se haya incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, siempre que hayan causado indefensión y que se hubiera efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta última reclamación, sin embargo, no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

b) Que la sentencia haya incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.

c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiera desestimado indebidamente.

d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.

e) Que se hubiese vulnerado el principio a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en juicio, carece de toda base la condena impuesta.

Por lo que se refiere a la otra modalidad de apelación, esto es, la que procede contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal o por los Juzgados Centrales de lo Penal, ésta es considerada como el recurso que abre la doble instancia en el proceso penal. Se trata de un recurso de carácter ordinario a pesar de que en la LECr se establezca que el mismo deberá fundarse en alguno de los motivos previstos en el

artículo 790 de la LECr.¹¹⁶¹. A través del recurso de apelación penal el Tribunal *ad quem* puede corregir todo tipo de errores e infracciones –tanto en *indicando in iure* o *in facto* como *in procedendo*– en los que haya podido incurrir el juez que conoció en primera instancia. Sin embargo, desde un plano teórico, la apelación penal no sólo se configura como una instancia revisora, sino también, como ha dicho en varias ocasiones el TC, como una nueva instancia en la que tiene entrada el *novum iudicium*¹¹⁶². A pesar de que así lo ha entendido en innumerables ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, la mayoría de la doctrina procesalista considera que la apelación penal española no está concebida como un nuevo juicio en el que sea posible incluso apartarse del objeto del proceso debatido en primera instancia¹¹⁶³. Debe concluirse, en consecuencia, que en la práctica existe un reconocimiento del *novum iudicium* aunque limitado y en cualquier caso no equiparable a una apelación plena como la existente en Alemania. Una manifestación de este carácter es la posibilidad de solicitar la práctica, aunque limitada, de nuevas pruebas en la segunda instancia¹¹⁶⁴. Pero lo esencial del modo en que está configurada la apelación penal en la actualidad es que no se trata de una instancia meramente revisora, sino que otorga al Tribunal *ad quem* plena competencia para realizar, si así lo considera oportuno, una nueva valoración de la prueba practicada en la primera instancia.

No obstante, esta afirmación ha sido objeto de matizaciones por el TC, sobre todo en relación con la prohibición de *reformatio in peius* y con las garantías de inmediación y contradicción que deben regir también en la segunda instancia cuando el Tribunal *ad quem* revoca una sentencia absolutoria dictando en su lugar una

¹¹⁶¹ Efectivamente, el art. 790.2 LECr establece que los motivos de impugnación son: quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, error en la apreciación de la prueba e infracción de las normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. Tal y como ha señalado la doctrina, a través de los citados motivos puede ser reconducida cualquier causa de impugnación.

¹¹⁶² En el FJ 4º de la STC 172/1997 se afirma que es doctrina reiterada del Tribunal “que «el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen» (STC 323/1993, fundamento jurídico 4º, que cita las SSTC 124/1983, 23 y 54/1985, 145/1987 y 194/1990). Y ello por cuanto el recurso de apelación «conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba» (SSTC 102/1994, fundamento jurídico 3.; 120/1994, fundamento jurídico 2.; 272/1994, fundamento jurídico 2.; 157/1995, fundamento jurídico 4., y 176/1995, fundamento jurídico 1)”. Posteriormente y en el mismo sentido pueden verse las SSTC 120/1999 y 167/2002.

¹¹⁶³ *Vid.*, entre otros, V. Fairén Guillén en *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, Madrid, 1990, pág. 31.

¹¹⁶⁴ *Vid.* Art. 790.3 LECr.

condenatoria¹¹⁶⁵. Sin duda, estos son dos buenos ejemplos para poner de manifiesto cómo la regulación legal del recurso de apelación ha tenido que ser reinterpretada para cumplir con las garantías previstas en la Constitución.

La competencia para conocer de esta modalidad de recurso de apelación viene atribuida a las Sala de lo penal de Audiencia Provincial en el caso de que la sentencia recurrida haya sido dictada por el Juez de lo Penal o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso de que la sentencia recurrida hubiese sido dictada por el Juez Central de lo Penal. Como ya se ha dicho anteriormente, son recurribles a través de esta vía todas las sentencias dictadas bien por el Juez de lo Penal bien por el Juez Central de lo Penal, sin que se establezcan limitaciones ni por razones materiales ni crematísticas.

Por lo que se refiere al recurso de apelación que cabe interponer contra las sentencias dictadas en el juicio de faltas, la LECr se remite a la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado, previendo algunas especialidades en la tramitación. El órgano competente para conocer del recurso en este caso es la Sala de lo

¹¹⁶⁵ Han sido fundamentalmente dos. La primera de ellas se refiere a la capacidad revisora del Tribunal *ad quem*. En las STC 54/1985, 84/1985, 143/1988, entre otras, el TC ha señalado que aunque la apelación suponga un *novum iudicium*, las competencias revisoras del órgano *ad quem* han de encuadrarse dentro de las pretensiones formuladas por las partes, sin que sea admisible la *reformatio in peius* ya que ésta es una de las manifestaciones de la prohibición de indefensión. La segunda tiene que ver con las garantías que han de concurrir cuando el Tribunal *ad quem*, a diferencia del que conoció en primera instancia, falla en sentido condenatorio. En relación con este asunto, el Alto Tribunal venía manteniendo que las garantías de inmediación y contradicción, inherentes al proceso penal, no se veían infringidas en aquellos casos en los que el Tribunal *ad quem*, haciendo una nueva valoración de la prueba, modificaba el fallo absolutorio por otro condenatorio siempre y cuando no se hubiera procedido a la práctica de nuevas pruebas en la segunda instancia. De esta doctrina discreparon algunos Magistrados (puede verse al efecto el voto particular a la STC 43/1997 formulado por el Magistrado Ruiz Vadillo y al que se adhirió Jiménez de Parga). Las cosas, sin embargo, han dado un giro en la resolución del recurso de amparo núm. 2060/1998, cuyo conocimiento fue avocado por el Pleno haciendo uso de lo dispuesto en el art. 13 de la LOTC con el objeto de corregir la doctrina que respecto de este asunto se venía manteniendo. En sentencia que resuelve dicho recurso, la mencionada STC 167/2002, que se basa en gran medida en la interpretación que el TEDH ha realizado del artículo 6.1 del CEDH en sus sentencias de 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu c. Rumania*) y de 25 de junio de 2000 (caso *Tierce y otros c. San Marino*), el Tribunal establece que “el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías impone inexorablemente que toda su condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas”. En este mismo sentido pueden verse, entre otras, las SSTC 200/2004, 27/2005, 43/2005. Hay que subrayar, no obstante, que desde un punto de vista doctrinal, no se trata de un asunto pacífico. Las razones para estar en contra de la doctrina sentada por el TC puede verse en el trabajo “El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002” *Constitución y garantías penales, Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XV, 2003, págs. 289-326, del que es autor uno de los Magistrados constitucionales que han disentido de doctrina: Roberto García Calvo y Montiel.

Penal de la Audiencia Provincial, que para estos casos se constituirá con un solo Magistrado (art. 82.2 LOPJ).

6.4 El recurso de casación.

6.4.1. Síntesis histórica.

Antes de dar cuenta de cuál es la regulación actual del recurso, haré mención a modificaciones que sobre esta figura se han producido desde la entrada en vigor de la Constitución.

La LECr en su redacción original establecía una casación de corte genuina en los que primaba era la defensa sobre todo, del *ius constitutionis*. En efecto, la Ley de 18 de junio de 1870, de la que es acreedora la LECr de 1882 estableció en su Exposición de Motivos que la generalización de la procedencia del recurso a todos los delitos tenía por objeto “ir fijando la verdadera inteligencia de la ley” con el fin de que ésta se aplique “de la misma manera en todas las circunscripciones territoriales”¹¹⁶⁶.

Esta concepción del recurso dio un giro importante con la entrada del pasado siglo, ya que las modificaciones que se llevaron a cabo sobre la casación penal consistieron en ensalzar la defensa del *ius litigatoris* sobre el *ius constitutionis*. En este sentido fue fundamental la reforma introducida por la Ley de 26 de junio de 1933 en la medida en la que introdujo, aunque limitadamente, el error de hecho como motivo para el acceso a la casación. Esta misma tendencia fue seguida por el legislador en las reformas llevadas a cabo en los años 1949 y 1978.

Una vez aprobada la Constitución, las reformas que se han operado sobre el recurso de casación penal no han seguido siempre la tendencia hacia la objetivación que se ha producido en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo. Se podría afirmar que en el orden penal el legislador ha dado una de cal y otra arena, en la medida en la que ha introducido reformas tendentes tanto a la objetivación como a la defensa del *ius litigatoris*.

Por un lado, la reforma de la casación llevada a cabo por la Ley 6/1985, de 27 de marzo, acentuó el carácter subjetivo de la casación penal, al ampliar

¹¹⁶⁶ El Decreto de 20 de junio de 1852 introdujo por primera vez en España el recurso de casación en el orden penal, pero tan sólo para los delitos de contrabando y defraudación.

considerablemente las facultades del Tribunal Supremo para revisar los hechos declarados probados. Antes de la citada reforma el apartado 2º del artículo 849.2 de la LECr establecía la procedencia del recurso de casación por error de hecho “si éste resultaba de documentos auténticos que [mostraran] la equivocación evidente del juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas”. La reforma de 1985 amplió la procedencia del recurso por este motivo a los casos en los que el error derivara de “documentos que obraren en autos” que mostraran la equivocación del juzgador y que no resultaran contradichos por otros elementos probatorios. En cualquier caso, aunque dicha ley no se hubiera aprobado, el artículo 5.4 LOPJ, norma ésta aprobada también en 1985, estaba permitiendo al Tribunal Supremo entrar en la revisión de la *quaestio facti*, puesto que establecía que sería suficiente para fundar el recurso de casación la infracción de precepto constitucional.

Por otro lado, la tendencia hacia la objetivación de la casación se produjo con la reforma que la Ley 21/1988, de 19 de junio, introdujo en relación con las causas que podían dar lugar a la inadmisibilidad del recurso de casación. Hasta 1988 las causas de inadmisión, reguladas en el artículo 884 LECr, se referían únicamente a cuestiones formales. Sin embargo, la Ley 21/1988, de 19 de julio, incluyó un nuevo artículo, el 885 LECr, en el que se contienen dos nuevas causas de inadmisión del recurso que suponen un juicio anticipado sobre el fondo del asunto: (i) que el recurso carezca manifiestamente de fundamento y (ii) que el Tribunal Supremo hubiese desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. La introducción de estas nuevas causas de inadmisión se debió a la saturación de asuntos que pesaban sobre la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así se reconoció expresamente en la Exposición de Motivos de la norma¹¹⁶⁷. Como ya se ha dicho antes en este trabajo, la introducción de estas causas de inadmisión que requieren un examen del fondo del asunto se había producido por primera vez en la jurisdicción constitucional y se exportaron a la casación penal mediante la reforma a la que acabo de referirme. El que esto fuera así, a pesar de la gran acumulación de asuntos que pesaba sobre la Sala Segunda del Tribunal Supremo,

¹¹⁶⁷ En la Exposición de Motivos se dice: “el notable incremento de la litigiosidad que se ha producido después de la vigencia de la Constitución es especialmente manifiesto en la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia ha generado un elevado número de recursos de casación que el Alto Tribunal no puede, ni podría, en ninguna circunstancia, resolver sin desvirtuar su importante función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico propia de los Tribunales de casación. La preservación de la función del recurso de casación exige, pues, introducir en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal algunas reformas, la más relevante de las cuales es la que se refiere al régimen de admisión del recurso”.

llama poderosamente la atención teniendo en cuenta el papel que el recurso de casación tiene asignado en el orden penal y sobre el que volveré más adelante. Creo que mediante esta reforma de la casación el legislador acentuó más el carácter extraordinario del recurso de casación, cuando las circunstancias exigían precisamente lo contrario: su flexibilización, debido a la ausencia de segunda instancia en el enjuiciamiento de los delitos más graves.

6.4.2. La regulación actual de la casación penal: el predominio de la defensa del *ius litigatoris*.

Antes de dar cuenta de la regulación actual del recurso de casación conviene apuntar que, aunque lo que se pretende en este apartado es abordar el modo en que está regulada en la Ley, será inevitable una referencia a la función que de hecho tiene atribuida en la actualidad, puesto que es el recurso que cumple con las exigencias del artículo 14.5 del PIDCyP y del art. 2.1 del Protocolo núm. 7 CEDH, a las que me referiré más adelante.

La LECr sólo contempla una única modalidad casacional: la ordinaria. En el orden penal no está previsto ni el recurso de casación en interés de ley ni tampoco el de unificación de doctrina. Respecto de este último, se ha barajado la posibilidad y la conveniencia de su creación una vez que se proceda a atribuir a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales. Si esto sucediera, la configuración del recurso de casación se ajustaría más a su homólogo en el resto de los órdenes jurisdiccionales, ya que en la actualidad tiene una función más que nomofiláctica de protección de intereses particulares¹¹⁶⁸.

¿Cómo está configurado en la LECr el recurso de casación? Sin duda, como un recurso de carácter extraordinario que procede interponer por los motivos tasados en la Ley, además de contra determinados autos, contra todas las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única o

¹¹⁶⁸ Según V. Cortés Domínguez, en V. Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal* T. II, Valencia, 1992, pág. 666, ésta es una de las causas, quizá la principal, de que no se establezca como motivo para fundar el recurso de casación la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

segunda instancia y contra las dictadas por las Audiencias Provinciales en única instancia¹¹⁶⁹.

Dos son las modalidades casacionales previstas en la LECr: la casación por infracción de ley¹¹⁷⁰, compuesta por dos motivos –siendo uno de ellos el error probatorio—, y por quebrantamiento de forma¹¹⁷¹, que engloba once motivos

¹¹⁶⁹ Como ya se ha dicho anteriormente, la casación está concebida como el recurso procedente en defecto del de apelación. De ahí que sean recurribles a través de esta vía *todas* las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o segunda instancia y las dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia.

¹¹⁷⁰ Según el art. 849 LECr se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación en los siguientes casos:

1º. Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las sentencias susceptibles de ser recurridas a través de esta vía, “se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la Ley penal”.

2º. Cuando haya existido error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

¹¹⁷¹ Los arts. 850 y 851 LECr establecen la lista de motivos en los que cabe fundar el recurso de casación por quebrantamiento de las formas. En el artículo 850 se contienen los siguientes:

1º. Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

2º. Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto de juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

3º. Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dijieran siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

4º. Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio.

5. Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

Ninguno de estos apartados ha sido modificado tras la entrada en vigor de la Constitución.

Asimismo, según el artículo 851 LECr también podrá fundarse en recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en los siguientes motivos:

1º. Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implique la predeterminación del fallo.

2º. Cuando en la sentencia se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.

3º. Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa.

4º. Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el artículo 733 LECr.

5º. Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados que el señalado en la ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.

6º. Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

Al igual que sucedía con el artículo anterior, éste tampoco ha sido objeto de modificaciones tras la entrada en vigor de la Constitución.

(infracción del derecho de contradicción, del derecho a la prueba, vicios en la motivación fáctica, incongruencia y vicios en la composición y formación de la voluntad del tribunal sentenciador).

En principio, debe considerarse que la lista de motivos es cerrada. En este sentido, podría afirmarse que sólo procederá la interposición del recurso por quebrantamiento de forma si concurren algunos de los motivos tasados en la Ley. Sin embargo, esto debe matizarse ya que el artículo 5.4 LOPJ establece la posibilidad de fundar la casación en infracción de precepto constitucional. Así pues, cualquier “quebrantamiento de forma” que suponga la vulneración de precepto constitucional, es decir, de los derechos de los apartados 1º y 2º del artículo 24 CE, podrá ser revisado en casación aunque dicho motivo no esté contemplado expresamente en la Ley. Pero es que, además, el artículo 852 LECr, modificado por la Disposición Final 12ª de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, establece que “en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”. Parece que el mencionado precepto esté creando otro motivo nuevo y distinto a los previstos anteriormente para fundar el recurso de casación. Sin embargo, tal inclusión resulta reiterativa ya que el propio Tribunal Supremo venía admitiendo como recurso de casación por infracción de ley aquel en el que se alegaba infracción de precepto constitucional¹¹⁷². Además, en cualquier caso y como ya se ha dicho, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ que está redactado en términos similares. En definitiva, cualquier infracción del ordenamiento jurídico puede ser reconducible a una de las dos modalidades del recurso de casación, sin que exista otra específica por infracción de precepto constitucional¹¹⁷³.

¿Por qué motivo, entonces, se ha procedido a dar nueva redacción al artículo 852 LECr estableciéndose expresamente la posibilidad de fundar el recurso de casación en infracción de precepto constitucional? Me parece que sólo existe uno: no dejar a los destinatarios de la norma ninguna duda de que cuando consideren que se ha vulnerado

¹¹⁷² C. Conde-Pumpido Tourón (“El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento Constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004, pág. 206) señala al respecto: “Concretamente, en materia penal la vulneración de los preceptos constitucionales se encauzó a través de la infracción de ley, al constituir la Constitución la Ley Suprema (STS 2ª. 5 de abril y 2 de junio de 1983, 26 de mayo de 1984 y 2 de abril de 1985, entre otras). No hay supuesto más claro de infracción de ley, se decía en alguna de estas resoluciones, que la vulneración de un derecho constitucional”.

¹¹⁷³ En relación con este asunto, vid. J. Bonet Navarro, *Casación Penal e infracción de precepto constitucional*, Navarra, 2000.

alguno de sus derechos fundamentales, antes de acudir al amparo constitucional, deben interponer el recurso de casación.

La distinción entre ambas modalidades casacionales –por infracción de ley y por quebrantamiento de forma– reside en que, de estimarse el recurso, los efectos de la sentencia no son los mismos en ambos casos. Así, si el Tribunal Supremo estima el recurso por infracción de ley, casará la sentencia recurrida y dictará otra en su lugar mientras que si el recurso se estima por quebrantamiento de forma el Tribunal casará la sentencia y devolverá las actuaciones al órgano *a quo* con el fin de que, una vez cumplido lo ordenado por el Tribunal, se proceda a dictar nueva resolución (técnica del reenvío).

A diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, en la casación penal sí se permite una revisión de los hechos por parte del Tribunal Supremo. Así pues, según se establece en el artículo 849 LECr el recurso de casación por infracción de ley procederá “cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin ser contradichos por otros elementos probatorios”. Según este texto legal, éste hubiera debido ser el único motivo que autorizara al Tribunal Supremo a entrar en el terreno de los hechos. Ya se verá más adelante, sin embargo, que el Tribunal Supremo, obligado por las circunstancias, ha tenido que ir mucho más allá. La conclusión que cabe extraer, desde la Ley, es que mientras que en la apelación se otorgan plenas facultades al órgano judicial *ad quem* para proceder a realizar una nueva valoración de la prueba, en la casación esta valoración se encuentra tremendamente limitada. En apariencia, si se analiza sólo la Ley, salvo por lo que se refiere al examen sobre los hechos, el recurso de casación penal se parece a sus homólogos en los otros órdenes jurisdiccionales. Pero lo cierto es que presenta importantes diferencias con éstos como consecuencia de su papel en nuestro ordenamiento jurídico. La defensa del *ius litigatoris* ocupa un lugar prioritario ya que para los asuntos que acceden a la casación no rige el principio de doble instancia. Pero por ahora tan sólo estoy dando cuenta de cómo está regulado el recurso de la LECr.

6.4.3. Un breve apunte acerca del derecho al recurso en el proceso penal: los artículos 24 CE, 14.5 del PIDCyP y 2.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH y su repercusión en el recurso de casación penal.

La significación que desde la doctrina constitucional adquiere el derecho al recurso en el orden jurisdiccional penal no es igual que en el resto de los órdenes jurisdiccionales. Según el Tribunal Constitucional, la necesidad de que exista un recurso en materia penal reviste la forma de derecho impuesto por determinados textos internacionales suscritos por España, concretamente por el párrafo 5º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, al que, por cierto, no se hizo reserva alguna en el momento de su ratificación y por el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH¹¹⁷⁴. Pero además, tal derecho deriva también de la propia Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que si bien de la Constitución no puede derivarse la existencia de recursos, esto no es así en el orden penal, ya que una interpretación sistemática de los artículos 10.2 y 24 CE obliga a su establecimiento en este orden jurisdiccional. Sin embargo, el TC no ha acabado de concretar si se trata de un derecho que se incardina en el apartado 1º del artículo 24 o, por el contrario, en el 2º, cuestión ésta que ha sido criticada por la doctrina¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁴ Ambas normas tienen una redacción similar. El art. 2.1º del Protocolo núm. 7 al CEDH establece que “toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluido los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley. Asimismo, el art. 14.5 del PIDCyP de Nueva York ordena que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la Ley.” Según ambas normas el derecho al recurso lo es sólo contra todas las sentencias condenatorias (también las recaídas en los juicios de faltas) y sólo a favor del condenado por una sentencia penal.

¹¹⁷⁵ En sus primeras resoluciones el Tribunal Constitucional derivaba el derecho al recurso del apartado 2º del artículo 24 (*vid.*, entre otras, la STC 42/1982). Sin embargo, pronto corrigió esta doctrina e incardinó el derecho al recurso en el apartado 1º del citado precepto (*vid.*, entre otras, las SSTC 109/1987 y 190/1994). Sin embargo, en la STC 12/2002 el TC establece que el derecho al recurso penal se ubica indistintamente en ambos apartados del art. 24 CE. Tomo este último dato de A. Saiz Arnaiz (“El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional”, *Revista española de Derecho Europeo* núm. 5, 2003) quien, a propósito del asunto señala: “En cualquier caso ha de reconocerse que poca (*rectius*: ninguna) trascendencia tiene la ubicación formal del derecho al recurso penal en una u otra sede (en uno u otro párrafo del art. 24 CE), aunque no deja de ser censurable que el Tribunal Constitucional haya sido incapaz por el momento de mantener un criterio único, máxime en el ámbito de una disposición constitucional tan necesitada (y tan carente, hoy por hoy) de claridad interpretativa”. Y en la STC 70/2002, que contiene un resumen de toda la jurisprudencia constitucional sobre este asunto, no sólo no se procede a corregir al recurrente que invoca el artículo 24.2 CE al no permitirse el doble grado en materia penal sino que, citando la STC 42/1982, ese derecho se entiende incluido “entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2”. Quizás quepa concluir que el Tribunal Constitucional ha vuelto a incardinar el derecho al recurso en materia penal en el artículo 24.2 o simplemente que el Tribunal sigue sin aclararse. Un sector doctrinal considera urgente que el Tribunal Constitucional reordene su jurisprudencia al respecto y ubique el derecho al recurso en el apartado 2º del artículo 24 CE. Puede verse en este sentido a J. Vecina Cifuentes, “Observaciones urgentes a la proyectada reforma de los recursos de apelación y casación en el orden penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 56, julio, 2006, pág. 66.

Hoy en día, por tanto, se puede afirmar que, en el orden penal, “la existencia de recursos contra las sentencias definitivas obedece no a razones de política legislativa, sino de índole constitucional”¹¹⁷⁶. Sin embargo, según el máximo intérprete de la Constitución este derecho al recurso no conlleva la obligación de la creación de un concreto tipo de recurso, por lo que el legislador dispone de plena libertad a la hora de su configuración, incluso en el orden penal. Esto último tiene que ver con un aspecto fundamental del que existe una vasta literatura: ¿Existe en el proceso penal el derecho a la doble instancia, esto es, a un *novum iudicium*? O, en otros términos, ¿se deriva de lo dispuesto en los artículos 14.5 del PIDCyP y 2.1 del Protocolo núm. 7 al CEDH la exigencia de doble instancia o, por el contrario, de una instancia revisora “del fallo condenatorio y de la pena impuesta”?

La pertinencia de esta pregunta es obvia si se atiende al sistema de recursos establecido en la LECr. Como ya se ha dicho, y aunque simplificando mucho las cosas, sin faltar a la realidad, para las sentencias condenatorias por delitos menos graves e, incluso, para las faltas, la Ley prevé el recurso de apelación y, sin embargo, para las más graves se prevé el recurso de casación. De esta manera resulta, por un lado, que los delitos menos graves son investigados por un juez, el Juez de Instrucción, y juzgados por otro, el Juez de lo Penal (de carácter unipersonal)¹¹⁷⁷ y, por otro, que los delitos más graves son instruidos, del mismo modo que los menos graves, por un solo Juez, también instructor, pero juzgados, sin embargo, por tres Magistrados, que conforman las Audiencias. La diferencia es que, mientras que contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal cabe recurso de apelación, para una buena parte de las dictadas por las Audiencias, tanto por la Audiencia Nacional como por las Audiencias Provinciales, sólo cabe el recurso de casación. El diferente significado teórico, y previsto en la LECr, de ambas modalidades impugnatorias es evidente. Mientras que la apelación garantiza una revisión del Derecho y también de los hechos, no sucede lo mismo con la casación. La casación penal, tal y como está regulada en la LECr, tiene la misma naturaleza que la casación civil: es un recurso extraordinario y por ello sólo cabe su interposición por determinados motivos tasados en la Ley, por lo que no se garantiza en todos los casos una revisión de los hechos considerados como probados por el Tribunal *a quo*. El

¹¹⁷⁶ Así lo expresa R. Hinojosa Segovia, *Derecho Procesal Penal* (con De la Oliva, Aragonese Muerza y Tomé), Madrid, 1997, pág. 598.

¹¹⁷⁷ Salvo en el caso de las faltas, cuya instrucción y conocimiento se atribuye por la Ley procesal a un solo Juez, el Instructor.

Tribunal Supremo no puede hacer una nueva valoración de las pruebas. Tan sólo puede alterar el relato de hechos probados en determinados casos. La casación en ningún caso abre un nuevo juicio donde se permita la práctica de nuevas pruebas ni una nueva oportunidad para el Tribunal *ad quem* de valoración de las que ya se habían aportado ante el Tribunal *a quo*. La casación, pues, tal y como está diseñada en la LECr, sirve para responder mejor a la defensa del *ius constitutionis* que a la del *ius litigatoris*.

Si del PIDCyP y del CEDH se derivara el derecho a la doble instancia, es decir a una concepción renovadora y no simplemente revisora, habría que concluir que nuestro sistema no cumple con las garantías establecidas en el Pacto. Sin embargo, no ha sido ésta la interpretación que tanto el Tribunal Constitucional como un sector importante de la doctrina han venido realizando del Pacto¹¹⁷⁸. Hay que señalar que a pesar de que en sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional confundía o asimilaba los términos recurso y doble instancia, pronto acabó por sentar una doctrina que ha mantenido hasta la actualidad: el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone la existencia de la doble instancia, sino “la sumisión del fallo a un Tribunal superior” y según el Alto Tribunal esta exigencia se ve cumplida en nuestro ordenamiento al preverse la casación como único recurso contra las sentencias condenatorias por delitos más graves¹¹⁷⁹. Es decir, lo que garantiza el Pacto no es un nuevo juicio, sino la posibilidad de que una sentencia condenatoria sea revisada por un Tribunal superior y esto es precisamente lo que garantiza el recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico: que las condenas más graves puedan ser revisadas por la más alta instancia jurisdiccional ordinaria del Estado, esto es, por el Tribunal Supremo. Esto quiere decir que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo libertad al legislador a la hora de instaurar, o de mantener, el sistema de impugnación de sentencias en el orden procesal penal. Es más, el Tribunal Constitucional ha ido mucho más lejos en el caso de las causas penales de las que conoce la Sala de lo Penal del

¹¹⁷⁸ *Vid.*, por todos, T. Vives Antón (“Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, Justicia penal 1987) que mantiene que del PIDCyP no se deriva la exigencia de doble instancia.

¹¹⁷⁹ Pueden verse, entre otras, las SSTC 76/1982, 60/1985, 7/1986, 79/1987, 154/1987. En la STC 70/2002, que contiene una recopilación de la jurisprudencia emitida por el Tribunal en esta materia, se afirma al respecto: “En definitiva, conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto”.

Tribunal Supremo en única instancia, declarando que es precisamente esa atribución a la más alta instancia jurisdiccional ordinaria del Estado la que justifica la ausencia ya no de una segunda instancia sino de un ulterior recurso de carácter revisor^{1180 1181}.

Me parece que el que la casación sea el único recurso que da cumplimiento al PIDCyP y al Protocolo núm. 7 al CEDH a la hora de revisar el fallo condenatorio y la pena impuesta en el enjuiciamiento de los delitos más graves, excluyendo, como ya he dicho, los conocidos por el Tribunal del Jurado, frente a los que existe recurso de apelación, ha acarreado consecuencias negativas que seguramente no se hubieran producido si el legislador hubiese generalizado la apelación en el proceso penal. Sin duda, las consecuencias negativas más importantes afectan a los derechos subjetivos de las partes en la medida en que la casación no es la vía adecuada para resolver todos los errores en los que puede incurrir el juez *a quo*.

Pero no sólo para los litigantes, sino para el propio sentido del recurso de casación, ya que el Tribunal Supremo se ha visto obligado a alterar su naturaleza para adecuarlo a las exigencias del artículo 14.5 del PIDCyP. En primer lugar, debe constatarse la dificultad que entraña que un recurso de carácter extraordinario pueda cumplir con las exigencias del Pacto. Lo que parece garantizar el PIDCyP es que toda persona condenada pueda acudir a un Tribunal superior al objeto de que éste proceda a “revisar el fallo y la pena impuesta”. Establecer un recurso extraordinario para la consecución de esta exigencia resulta cuanto menos llamativo: ¿no es una de las características distintivas de los recursos extraordinarios que su interposición sólo cabe por los motivos tasados en la Ley? Si esto es así y la interposición del recurso sólo procede en determinados supuestos habrá que concluir que algunos casos se quedarán necesariamente sin instancia revisora porque el recurso no pueda fundarse en ninguno de los motivos previstos en la Ley. Esta misma idea la comparte un sector de la doctrina y algunos Magistrados del Tribunal Constitucional que así lo han expresado en diversos votos particulares¹¹⁸². Pero además, ¿la casación no es un recurso cuyos fines

¹¹⁸⁰ Vid. los apartados 2º y 3º del artículo 57 LOPJ.

¹¹⁸¹ En la STC 51/1985 se establece: “Determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria”. Una crítica a esta línea jurisprudencial seguida posteriormente en las SSTC 64, 65 y 66 del año 2001, puede verse en el trabajo de A. Saiz Arnaiz, “El derecho fundamental al recurso en el orden penal ...”, *cit*.

¹¹⁸² La STC 37/1988 cuenta con un voto particular del Magistrado Vega Benayas al que se adhieren García-Mon y González-Regueral y Rubio Llorente. La premisa de la que parten estos Magistrados es

impiden que pueda convertirse en una instancia universal? Tal y como se sostiene en relación con los demás órdenes jurisdiccionales, resulta difícil que los objetivos típicamente casacionales puedan conseguirse si se permite una entrada indiscriminada de asuntos al Tribunal Supremo. Téngase en cuenta que en estos momentos no me estoy refiriendo al tipo de control que compete al Tribunal Supremo al resolver sobre el fondo de los asuntos, sino a un estadio anterior que está íntimamente relacionado con los fines a los que sirve la casación: a la admisibilidad, a la selección de los casos que pueden acceder a este tipo de modalidad impugnativa.

Lo cierto es que, como ambas cosas son imposibles de mantener, esto es, que la casación sea el único recurso en determinados casos –pero no pocos– para cumplir las exigencias del Pacto y del CEDH y a la vez ser un recurso extraordinario de naturaleza casacional, se puede afirmar, sin duda alguna, que esto ha provocado, no sé si la desnaturalización del significado y el alcance del recurso de casación en el ámbito de lo penal, pero sí una diferencia cualitativa de esta figura con respecto a sus homólogas en el resto de los órdenes jurisdiccionales¹¹⁸³. Para darse cuenta de esto basta con analizar someramente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre todo la de los últimos diez años. Pero vayamos por partes, porque las diferencias no se refieren sólo a la fase de admisibilidad del recurso, sino también al tipo de control que la Sala Segunda puede realizar en sede casacional.

Por lo que se refiere al primer punto, esto es, a la fase de admisibilidad del recurso de casación penal, hay que señalar que los *test* utilizados por el Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las resoluciones que acuerdan la inadmisión de las casaciones penales no se corresponden con los que aplica el Tribunal a la hora de determinar la inadmisión de la casación en otros órdenes jurisdiccionales. O, dicho con otras palabras, la libertad para la interpretación de los requisitos de admisibilidad de los

que la casación no permite “en todos los casos la revisión de las sentencias condenatorias” y por ello estiman que lo más conveniente sería el establecimiento de la doble instancia penal.

¹¹⁸³ En este sentido A. Jorge Barreiro (“El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”), *La Ley*, 1994, T. I, pág. 1139) señala que “la indiscutible y notable inmisión del Tribunal de Casación en el juicio fáctico ha permitido ampliar en la práctica la doble instancia en la jurisdicción penal, lo que supone un encomiable incremento de las garantías para el justiciable y, en consecuencia, una mayor cumplimentación de la norma contenida en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...). Ahora bien, el precio de ello ha sido una transfiguración pragmática de la casación y la desnaturalización y desplazamiento de los institutos procesales, situación que se habría evitado generalizando el recurso de apelación como segunda instancia natural en el ámbito del proceso penal”. En el mismo sentido J. A. Xiol Ríos, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004, pág. 107.

recursos casación no es la misma para los Magistrados de las Salas Primera, Tercera o Cuarta que para los de la Segunda. Para estos últimos sigue rigiendo el principio *pro actione*, es decir, la interpretación más favorable de la norma procesal a los intereses del recurrente¹¹⁸⁴. Esta diferenciación la justifica el propio Tribunal Constitucional en la significación que el derecho al recurso tiene asignado en el orden jurisdiccional penal. Los objetivos que éste persigue en el orden penal no son puramente nomofilácticos, sino también de protección de los intereses subjetivos del justiciable¹¹⁸⁵. Pero las cosas no se han quedado en esto sino que, además, el Tribunal Constitucional se ha visto en la obligación de colocarse en el lugar del legislador obligando al Tribunal Supremo a seguir determinados trámites procesales no contemplados en la LECr para permitir la admisibilidad del recurso¹¹⁸⁶. Lo cierto es que esta jurisprudencia, que tiende a la generalización de la casación, no ha sido secundada por el legislador. Más bien todo lo contrario. Como ya se ha dicho, en 1988 el legislador, como consecuencia de la saturación de asuntos que pesaban sobre la sala Segunda del Tribunal Supremo, estableció nuevos motivos de inadmisión referidos al fondo del asunto.

Por lo que se refiere al control que la Sala Segunda del Tribunal Supremo realiza a través del recurso de casación, éste no puede equipararse al que realizan otras Salas ni al que esa misma Sala realizaba antes de que entrara en vigor la Constitución. Una primera diferencia, como ya se ha apuntado, es que en la casación penal se sigue realizando un control de los hechos, ya que así lo prevé la LECr. Pero además, como consecuencia del reconocimiento en la Constitución de determinados derechos fundamentales como la presunción de inocencia o la motivación de las sentencias, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha visto obligada a modificar su doctrina relativa al control del razonamiento probatorio realizado por el Tribunal *a quo*. Como ha señalado E. Bacigalupo Zapater a propósito de la resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 a la que me referiré más adelante, “sea por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, leído conjuntamente con el art. 24.2 CE, sea por la extensión del art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad), del concepto de «ley

¹¹⁸⁴ Pueden verse, entre otras muchas, las siguientes SSTC 19/1983, 123/1986, 154/1987, 190/1994, 78/2002, 120/2002 y 164/2002.

¹¹⁸⁵ En este sentido en la STC 70/2002, remitiéndose a la 60/1985, el Tribunal Constitucional ha establecido: “Es la primera vez que la casación penal no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable”.

¹¹⁸⁶ *Vid.*, por ejemplo, la STC 37/1988.

sustantiva» infringida o directamente por la aplicación del art. 24.2 CE, el objeto de nuestra casación alcanza inclusive al juicio del tribunal de instancia sobre la prueba y, en particular, a su respeto de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos, así como a la legalidad de las pruebas en las que se funda el fallo”¹¹⁸⁷. De forma progresiva¹¹⁸⁸ se ha ido ampliando la interpretación de los motivos casacionales contenidos en los apartados 1º y 2º del artículo 849 LECr, hasta el punto que hay quien afirma que apelación y casación penal están hoy equiparadas¹¹⁸⁹. Es decir, a día de hoy, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es mucho más flexible a la hora de interpretar la Ley procesal y el sentido y la función de la casación que en el año 1985, a pesar de que el marco legislativo no haya cambiado desde entonces. Es indudable que esta nueva configuración de la casación relativa al control de los hechos es consecuencia de los muchos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha emitido a través del amparo. El Alto Tribunal ha desmentido que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales, sino que, al poder fundarse el mismo en infracción de precepto constitucional, “el recurrente puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el juzgador de instancia dedujo de su contenido”¹¹⁹⁰. De todo lo que se ha expuesto hasta ahora cabe concluir que la casación “ampliada”, diseñada por la jurisprudencia, no se corresponde con el diseño que de ésta se realiza en la LECr.

Con todo, me parece que esta forma ampliada de entender la casación no es generalizada en la Sala Segunda, ya que todavía pueden encontrarse sentencias en las

¹¹⁸⁷ E. Bacigalupo Zapater, “Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada «doble instancia»)”, *Actualidad Penal*, 2002, nº 12, pág. 288. Este artículo también puede encontrarse en el libro del mismo autor *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002.

¹¹⁸⁸ La cuestión acerca de hasta dónde puede llegar el control casacional de los hechos ha ido evolucionando en los últimos veinticinco años, de tal manera que no todos los cambios jurisprudenciales sobre la materia se produjeron en los primeros años de la puesta en marcha del sistema democrático. Por el contrario, puede afirmarse que ha existido una clara evolución en los últimos años. Así, en la década de los noventa el Tribunal Supremo da un paso hacia delante al reconocer que es motivo suficiente para fundar el recurso de casación el principio *in dubio pro reo*, lo que obliga a la Sala a controlar el razonamiento probatorio realizado por el órgano judicial *a quo* con el objeto de comprobar la inexistencia de duda razonable. De todo lo anterior cabe deducir que no fue la entrada en vigor de la Constitución la que hizo tomar conciencia de la función que en la práctica debía asumir el recurso de casación, sino que ha habido otros factores que han ayudado a que este giro se produjera. Entre estos factores, la doctrina del TC y las sucesivas condenas del Comité de la ONU a España han ocupado un lugar central.

¹¹⁸⁹ *Vid.*, entre otros, E. Bacigalupo Zapater, “Doble instancia y principio de inmediación...”, *cit.*, págs. 281 y ss.

¹¹⁹⁰ STC 70/2002.

que se sigue afirmando que la valoración de la prueba realizada por el Juez *a quo* no puede ser revisada en casación. Es el caso, sin ir más lejos, de las sentencias que han motivado los Dictámenes de condena del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de las que se da cuenta a continuación. Vaya por delante la afirmación de que no son las únicas y de ahí que no se trate de verdaderas excepciones. Lo cual conduce a afirmar que aunque los problemas que genera el déficit de tutela en el proceso penal se hayan intentado resolver por vía jurisprudencial, éstos no se han erradicado todavía. Como he dicho anteriormente, creo que esta reorientación o mutación de la casación penal no hubiera sido la misma si el legislador hubiera instaurado el recurso de apelación con carácter general.

El tema del alcance y la significación del derecho al recurso en el proceso penal no ha quedado reducido a un debate interno. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dictaminado en varias ocasiones que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha cumplido con las exigencias previstas en el apartado 5 del artículo 14 del PIDCyP¹¹⁹¹. La primera incógnita que surgió con ocasión de la primera resolución era que si lo que el Comité estaba declarando contrario al art. 14.5 del PIDCyP era la ordenación de los recursos prevista por el legislador o, por el contrario, la actuación llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver el caso concreto. Por los términos en los que está redactado el dictamen parece más bien lo segundo¹¹⁹². Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional y un sector importante de la doctrina¹¹⁹³. Y lo

¹¹⁹¹ Hasta en cuatro ocasiones ha dictaminado el Comité que determinadas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo vulneran el derecho reconocido en el artículo 14.5 del PIDCyP, a saber: Dictamen de 20 de julio de 2000 (caso *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*), Dictamen de 19 de septiembre de 2003 (*Joseph Semey c. España*) y Dictamen de 19 de septiembre de 2003 (*Manuel Sineiro c. España*). Más recientemente, en noviembre de 2006, el Comité ha considerado que el Estado español ha vuelto a violar en artículo 14.5 del PIDCyP en la medida en que su legislación ha impedido que un particular pueda instar la revisión de la condena que el Tribunal Supremo le ha impuesto y que es sustancialmente superior a la acordada en la instancia (*Banesto, Mario Conde c. España*).

¹¹⁹² En el Dictamen de 20 de julio de 2000 (*Cesáreo Gómez Vázquez c. España*) se establece: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5º del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...) limitándose dicha revisión a los aspectos legales o formales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto”.

¹¹⁹³ En la STC 70/2002, el Tribunal Constitucional, tras reiterar que la casación penal española cumple con las exigencias del art. 14.5 del PIDCyP establece: “las observaciones del Comité no han de ser

cierto es que si la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que condenó a Cesáreo Gómez Vázquez se lee con cierto detenimiento puede observarse que ésta no responde a los cánones de la casación ampliada a los que me referido anteriormente. La mencionada resolución del Tribunal Supremo se limitó a señalar que la condena impuesta se basó en la existencia de prueba que “corresponde ser valorada de modo exclusivo o excluyente por el Tribunal *a quo*”, sin que proceda la alegación de la infracción del principio *in dubio pro reo* “pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que como hemos repetido, nos es impermissible”. Los Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sentenciaron este caso a partir de una interpretación restrictiva, pero legal, de la casación tal y como está configurada en la Ley, ignorando la reinterpretación que de ésta se había llevado a cabo por la jurisprudencia.

Pero este no es un caso aislado. El Comité ha declarado en casos posteriores que el Estado español ha vulnerado el artículo 14.5 del Pacto, lo que sin duda vuelve a poner en cuestión el debate acerca de si estamos ante “casos concretos” o ante un déficit del sistema¹¹⁹⁴.

Sin duda, estos dictámenes del Comité han sido uno de los motivos que han hecho

interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que, en un caso concreto, un ciudadano concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto”.

¹¹⁹⁴ Los motivos en los que se ha basado el Comité para dictaminar de nuevo que se ha producido una vulneración del art. 15.4 del PIDCyP han sido idénticos a los aducidos en su Dictamen de 20 de julio de 2000. Así, en el Dictamen de Manuel Sineiro contra España el Comité afirma: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo constituyendo una revisión parcial de la sentencia y del fallo condenatorio, el Comité se remite a la jurisprudencia adoptada en la comunicación N° 701/1996, Gómez Vázquez c. España. En dicho caso, la imposibilidad del Tribunal Supremo, como única instancia de apelación, de revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia equivalió, en las circunstancias de ese caso, a una violación del artículo 14, párrafo 5. Igualmente, en la presente comunicación, el Tribunal Supremo indicó explícitamente que la realización de una valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones. Por lo tanto, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron denegados al autor”. Y en el caso Joseph Semey estableció: “El Comité toma nota de los argumentos del autor respecto de una posible vulneración del 14.5 del Pacto, al no volver a evaluar el Tribunal Supremo las circunstancias que llevaron a la Audiencia Provincial a condenarle. El Comité nota también que según el Estado Parte el Tribunal Supremo sí revisó la valoración de las pruebas del tribunal sentenciador. No obstante la posición del Estado parte de que las pruebas fueron revisadas en casación, y sobre la base de la información y documentos en manos del Comité, éste reitera el Dictamen del caso Cesáreo Gómez Vázquez y considera que la revisión no es completa de acuerdo con el artículo 14.5 del Pacto”. Más recientemente, en noviembre de 2006, como ya se ha mencionado, el Comité ha vuelto a condenar al Estado español en el caso Mario Conde (caso Banesto) contra España.

reaccionar al legislador, que, como ya se ha dicho, ha sentado las bases para que en un futuro la doble instancia penal sea una realidad¹¹⁹⁵.

Es evidente que sólo una reforma legislativa puede solventar los graves problemas derivados de la configuración del sistema de recursos y de su posible contradicción con las exigencias derivadas del PIDCyP y del CEDH. Ya se ha visto que la vía interpretativa que permite un entendimiento ampliado de la casación no es suficiente. En primer lugar porque siempre habrá Magistrados que se opongan a seguir dicha corriente doctrinal, lo cual se traducirá en la imposición de nuevas condenas al Estado español. Pero es que, además, seguir con un entendimiento ampliado de la casación implicará que ésta pierda en buena medida su sustancia. Es evidente que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no puede a un tiempo realizar con éxito y eficacia funciones de tipo casacional y asumir los déficits de tutela derivados de la ausencia de doble instancia. Sólo podrá ocuparse como procede de las primeras si se generaliza la doble instancia. Se vuelve a poner de manifiesto también en este orden jurisdiccional cómo la configuración de la casación no es un problema en sí mismo sino que está íntimamente relacionado con la ordenación que se haga de los medios de impugnación.

6.5. El recurso de revisión: la previsión de motivos trascendentes e inmanentes al proceso.

El conocimiento del recurso de revisión está atribuido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el orden penal, el recurso de revisión se diferencia en los siguientes puntos de sus homólogos en los demás órdenes jurisdiccionales.

En primer lugar, debe destacarse que si en el resto de los órdenes jurisdiccionales todas las sentencias son susceptibles de ser recurridas en esta vía, con independencia de lo que disponga el fallo, en el penal, el recurso de revisión procede únicamente contra las sentencias firmes condenatorias¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ Así se establece en la propia Exposición de Motivos de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ: “En el Libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, (...). Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la Resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación española vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

¹¹⁹⁶ Varios son los argumentos que la doctrina ha barajado para justificar esta regulación: el principio *pro reo*, la seguridad jurídica, etc. Sin embargo, no sucede lo mismo en algunos países de nuestro entorno como, por ejemplo, en Alemania, en los que, con limitaciones, en determinados casos se admite la revisión a favor de la víctima y contra el reo.

En segundo término, los motivos en los que puede fundarse el recurso de revisión penal difieren en buena medida de los establecidos para el resto de los órdenes jurisdiccionales. Como ya se ha visto, en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo sólo dan lugar a la apertura del juicio de revisión causas trascendentes al proceso. En el proceso penal, por el contrario, por razones de justicia material, pueden dar lugar a la revisión de sentencias firmes algunos errores inherentes al proceso, esto es, cometidos por el órgano judicial emisor de la resolución. Claramente, el legislador ha decidido que en este orden jurisdiccional, la balanza debe inclinarse más hacia el lado de la justicia que al de la seguridad jurídica.

El artículo 954 LECr establece que procederá la revisión de sentencias condenatorias firmes en los siguientes casos:

1°. Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una persona.

2°. Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena.

3°. Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia, cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio declarados después falsos por sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada por violencia o por exacción, o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que los tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto. A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión.

4°. Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del acusado.

Es evidente como el error judicial, junto a otras causas trascendentes al proceso, es motivo suficiente para basar el juicio de revisión. Pero además debe destacarse el hecho de que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional han hecho una lectura rigorista de los motivos de revisión. Así, por ejemplo, se ha venido admitiendo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que el recurso de revisión puede fundarse en el apartado 1° del artículo 954 en los casos en los que una misma persona haya sido

condenada dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*), lo que supone una clarísima ampliación de los motivos de revisión¹¹⁹⁷. Además, la Sala Segunda ha flexibilizado en algunos casos el concepto de “hecho nuevo” como causa de revisión. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo y estimando los recursos de revisión para hacer valer la minoría de edad del condenado. Según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque la condición de minoría de edad no constituya un hecho nuevo y por tanto se hubiera podido alegar en el juicio, “por indudables razones de justicia material y de respeto al contenido de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989” el recurso de revisión constituye un cauce a través del cual se puede interesar la rescisión de la sentencia que condena a un menor de edad como si fuera mayor¹¹⁹⁸. Otro ejemplo que muestra la gran flexibilidad con la que ha sido interpretado el concepto de “hecho nuevo” lo constituye la STC 150/1997. Desde la perspectiva de los derechos garantizados en el artículo 24.1 CE, el Tribunal Constitucional consideró constitucionalmente inaceptable que el apartado 4º del artículo 954 LECr no se considerara un cauce adecuado para interesar la revisión de una sentencia que basó el fallo condenatorio en una interpretación de la ley penal que posteriormente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la resolución de un recurso de amparo¹¹⁹⁹.

6.6. El recurso de anulación.

Otra modalidad impugnativa en el orden jurisdiccional penal es el llamado recurso de anulación previsto, aunque parcamente regulado, en el artículo 793 LECr.

¹¹⁹⁷ *Vid.*, entre otras muchas, la Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núms. 1251/2004, de 29 de octubre (RJ 2004, 7643), 1021/2004, de 22 de septiembre (RJ 2004, 6683).

¹¹⁹⁸ *Vid.*, entre otras muchas resoluciones el ATS de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 226811).

¹¹⁹⁹ El término “hecho nuevo” previsto en el artículo 954 LECr ha servido como base para revisar sentencias cuyo fallo se fundaba en una ley penal posteriormente derogada o declarada inconstitucional. Sin embargo, en el caso al que se hace referencia en el texto principal, el TC no declaró inconstitucional la ley sino una determinada interpretación de la misma. Y además lo hizo con ocasión de un recurso de amparo, no como consecuencia del planteamiento de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra la ley penal. El Tribunal consideró entonces que este tipo de pronunciamiento debía considerarse como “un hecho nuevo que acaece en el tiempo y en el espacio”. Esta doctrina del Alto Tribunal abría la posibilidad de que el artículo 954.4 LECr sirviera de base para interesar la revisión de sentencias como consecuencia de un cambio jurisprudencial en la interpretación de la ley penal. Si bien la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aceptó tal doctrina, con posterioridad ha considerado que el artículo 949.4 LECr. no puede servir de soporte para interesar la nulidad de una sentencia por un cambio de criterio jurisprudencial. En consecuencia, ha entendido que no puede considerarse un hecho nuevo una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o una resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Vid.*, en este sentido, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999.

Quizás por ello, la doctrina mantiene discrepancias en cuanto a la naturaleza jurídica del mismo, ya que para algunos autores no se trata de un verdadero recurso, sino de una acción de impugnación autónoma en la medida en que sólo puede interponerse frente a sentencias de condena que han alcanzado firmeza y que despliegan los efectos de la cosa juzgada¹²⁰⁰. El recurso de anulación sirve para interesar la rescisión de las sentencias condenatorias dictadas en ausencia del acusado cuando el órgano judicial ha incumplido algunos de los requisitos previstos en el artículo 786.1.II LECr para celebrar el juicio en ausencia. Se trata de un recurso devolutivo, de tal manera que el Tribunal *ad quem* se limitará a determinar si se cumplieron o no los requisitos para la celebración del juicio en ausencia¹²⁰¹. De estimarse, se dejaría sin efecto la sentencia impugnada acordándose la celebración de un nuevo juicio en presencia del acusado.

6.7. Recursos contra decisiones interlocutorias.

En el orden penal, al igual que en resto de los órdenes jurisdiccionales existen una serie de recursos que cabe interponer contra las decisiones jurisdiccionales interlocutorias. La gran diferencia que presenta este orden jurisdiccional con el resto, es la complicación o la mayor complejidad con la que se encuentran regulados en la Ley. Estos son: el de reforma, súplica, queja y apelación.

Además y como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se han creado los recursos de reposición y revisión que cabe interponer contra las resoluciones del Secretario Judicial.

6.7.1. El recurso de reforma.

¹²⁰⁰ Vid. en este sentido, V. Gimeno Sendra, *Manual de Derecho Procesal penal*, Madrid, 2010, 2ª ed., pág. 526.

¹²⁰¹ Una de las cuestiones fundamentales que la LECr no regula en relación con el recurso de anulación es la determinación de a qué órgano corresponde funcionalmente conocer del mismo. En principio y debido a que uno de los requisitos para que pueda celebrarse el juicio en ausencia es que la pena solicitada no sea superior a dos años si es privativa de libertad, o de seis años si fuese de otra naturaleza, parece que los únicos órganos en los que pudiera celebrarse un juicio en ausencia serían los Juzgados de lo Penal. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha determinado que también podrían hacerlo las Audiencias Provinciales. Por ello la competencia funcional para el conocimiento del recurso de anulación la tendría la Audiencia Provincial para el caso de la que la sentencia impugnada procediera de un Juzgado de lo Penal o la Sala de lo Penal Tribunal Supremo si la sentencia hubiere sido dictada por una Audiencia Provincial. *Vid.*, en este sentido, la declaración del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2000.

Según los artículos 141, 216 y 217 de la LECr este recurso puede interponerse contra todos los autos y providencias dictadas por el Juez de Instrucción. Se trata de un recurso ordinario no devolutivo, por lo que el juez competente para su conocimiento es el mismo que dictó la resolución recurrida. Contra el auto resolutorio de la reforma podrá interponerse recurso de apelación en los casos en los que así se contemple en la LECr. Es el equivalente al recurso de reposición civil.

6.7.2. El recurso de súplica.

El recurso de súplica es el que procede interponer contra los autos dictados por los Tribunales de lo Criminal, con la salvedad de aquéllos para los que la ley establezca la procedencia de otro tipo de recurso. Su régimen jurídico es idéntico al recurso de reforma.

6.7.3. El recurso de queja.

Por un lado, y al igual que en otros órdenes jurisdiccionales, el recurso de queja es aquel que procede interponer contra las decisiones de inadmisibilidad (generalmente en forma de auto) de los recursos de apelación y casación. El conocimiento del recurso viene atribuido por la LECr al órgano judicial competente para conocer del recurso que ha sido inadmitido.

Por otro, y a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, en el orden penal el recurso de queja es también el que procede interponer contra determinadas resoluciones interlocutorias respecto de las que no cabe el recurso de apelación. Es decir, viene a hacer las veces de un recurso de apelación en los casos en los que no está prevista la procedencia de este recurso. Se trata de un recurso que puede interponerse directamente ante el Juez que debe resolverlo y que será en todo caso el inmediato jerárquico al que dictó la resolución que se pretende recurrir. Curiosamente, se trata de un recurso que según el artículo 213 LECr puede interponerse en cualquier momento mientras estuviese pendiente la causa. Es a través de este medio de

impugnación –y no de la apelación– contra el que cabe recurrir los autos que declaran la prisión o la libertad provisional en el procedimiento abreviado.

6.7.4. El recurso de apelación contra decisiones interlocutorias.

Al igual que en otros órdenes jurisdiccionales, el recurso de apelación puede interponerse contra decisiones interlocutorias y contra decisiones definitivas. Este puede ser utilizado en los tres tipos de procesos a los que me he referido: el ordinario, el abreviado y el seguido ante el Tribunal del Jurado. A pesar de que en otros órdenes jurisdiccionales he pasado casi de puntillas sobre la apelación contra decisiones interlocutorias, es necesario detenerse un poco más sobre esta figura en el orden penal. Y ello porque, como se verá, el recurso de apelación se convierte en la vía prevista en el artículo 53.2 CE para la protección de determinados derechos fundamentales de la persona que pueden verse afectados en el curso de un proceso penal, como por ejemplo el derecho de libertad, constitucionalizado en el artículo 17 de nuestra Norma Fundamental. Tal es la virtualidad de estas decisiones interlocutorias que incluso en Tribunal Constitucional ha admitido en algunos casos la procedencia del recurso de amparo constitucional contra ellas.

La procedencia del recurso de apelación contra este tipo de decisiones en los procesos penales está condicionada a que expresamente lo determine la LECr. Es decir, el legislador no ha optado por establecer con carácter general la procedencia del recurso de apelación contra todas las decisiones interlocutorias, sino que sólo se admite contra algunas de ellas (las expresamente previstas en la Ley). En el procedimiento ordinario, se admite el recurso contra los autos de inhabilitación dictados por el Juez de Instrucción a favor de otro juez u otra jurisdicción, contra el auto por el que se decreta la prisión o libertad provisionales, contra el acuerdo o denegación sobre la solicitud de extradición activa, etc. En el procedimiento abreviado son recurribles en apelación los autos que acuerdan el sobreseimiento libre o provisional, contra los que deniegan la apertura del juicio oral, entre otros.

Al tratarse de un recurso de carácter devolutivo, el órgano judicial competente para su conocimiento vendrá determinado por el órgano judicial que haya dictado la resolución recurrida.

6.7.5. Los recursos contra las decisiones del Secretario Judicial.

La LECr, al igual que el resto de las leyes reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales, ha introducido los recursos de reposición y de revisión contra las resoluciones dictadas por el Secretario Judicial. Su regulación, prácticamente idéntica a la que se ha expuesto respecto del resto de los órdenes jurisdiccionales, está contenida en los arts. 238 bis y 238 ter LECr.

7. Las vicisitudes del incidente de nulidad de actuaciones.

7.1. Su exposición autónoma: una explicación.

Son varios los motivos por los que he decidido estudiar de forma autónoma el incidente de nulidad de actuaciones.

En primer lugar, porque a pesar de que en la etapa preconstitucional este incidente se regulaba tan sólo en las leyes de enjuiciamiento civil y de la jurisdicción contencioso-administrativa, en este último caso, además, de forma incompleta, se trataba de un instrumento que podía ser utilizado en todos los procesos, ya fueran civiles, penales, laborales o contencioso-administrativos. El incidente no fue, pues, una figura procesal exclusiva del proceso civil. Por otra parte, se puede afirmar que era un instrumento procesal del resto de los órdenes jurisdiccionales en la medida en que éstos se remitían a la LEC que actuaba como norma supletoria.

En segundo lugar, porque en la etapa postconstitucional el régimen de nulidad de las resoluciones judiciales por incurrir éstas en determinados defectos de forma o presupuestos procesales ha tenido una regulación común para todos los órdenes jurisdiccionales. Tras la supresión, en el año 1984, del incidente regulado en la LEC, ha sido la LOPJ la norma que ha establecido los cauces a través de los cuales los litigantes pueden interesar la declaración de nulidad de actuaciones. Se ha pretendido establecer un régimen general para todos los órdenes jurisdiccionales tanto de los motivos que acarrear la nulidad de las resoluciones judiciales como de las vías para interesar su declaración, aunque es cierto que algunas leyes procesales han introducido determinadas peculiaridades respecto del régimen general establecido en la LOPJ. De ambos, esto es, el general y los específicos, se dará cuenta en el presente epígrafe.

En tercer lugar, porque las consecuencias de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones afectaron y se hicieron notar en todos los órdenes jurisdiccionales y en el recurso de amparo constitucional. De la misma manera, también su reimplantación en la actualidad como última *ratio* para la tutela de los derechos fundamentales que hayan sido vulnerados por una resolución judicial firme, también ha tenido importantes repercusiones no sólo en la jurisdicción ordinaria, sino también y muy singularmente, en la nueva configuración del recurso de amparo constitucional. Se puede afirmar que su configuración actual es debida a la objetivación del recurso de amparo constitucional. No obstante, las consecuencias apuntadas que generaron tanto su supresión como su restablecimiento serán estudiadas en el siguiente capítulo.

Antes de exponer cómo el legislador democrático ha regulado el incidente de nulidad de actuaciones a lo largo de estos años, conviene advertir al lector que el mencionado incidente ha sido uno de los instrumentos procesales peor tratados por el legislador. Como se verá a continuación, su regulación ha dejado mucho que desear y la pésima técnica legislativa utilizada ha generado un sinfín de problemas que ha ocasionado importantes cotas de inseguridad jurídica respecto a cuando procedía su utilización. Sin duda, tal y como se ha apuntado por la doctrina, se trata de una de las instituciones procesales que más controversias han suscitado en los últimos años¹²⁰².

Todas estas vicisitudes, se exponen a continuación teniendo en cuenta su regulación en cada una de las modificaciones legislativas de las que ha sido objeto.

7.2. Primera etapa (1984-1997): la supresión del incidente de nulidad de actuaciones por la Ley 34/1984, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una de las modificaciones más importantes que introdujo la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue la supresión del denominado incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 745 LEC y del que ya se dio cuenta al inicio de este capítulo. La reforma no se limitó a derogar el apartado 1º del mencionado artículo en el que se contenía la regulación del incidente, sino que además en el párrafo segundo del artículo 742 se señaló expresamente la

¹²⁰² *Vid.*, entre otros, M. Nogueira Guastavino, “Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva”, *Teoría y Derecho* núm. 3, 2008, pág. 206.

inadmisibilidad del incidente¹²⁰³, de tal manera que la supresión de los preceptos reguladores del mismo vino acompañada de la declaración de inadmisibilidad de cualquier incidente de nulidad interpuesto con el fin de que quedara clara la voluntad del legislador al acometer dicha reforma: ningún órgano judicial, en ninguna circunstancia, debía admitir a trámite una solicitud de declaración de nulidad de actuaciones.

7.2.1. La denuncia de los vicios de nulidad en la LEC tras la reforma de 1984: la sustitución de la vía incidental por la de los recursos legalmente establecidos.

La supresión de la vía incidental para combatir los vicios de nulidad por motivos de forma no significó que el legislador no previera un sistema alternativo para posibilitar la denuncia de éstos. La fórmula elegida para ello fue la utilización de los recursos legalmente establecidos. Así, el artículo 742 LEC en su redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció: “Los vicios que puedan producir tal efecto [nulidad] serán hechos valer a través de los correspondientes recursos”.

En realidad, esta previsión normativa no aportaba ninguna novedad. Los recursos de apelación y de casación se habían venido utilizando para denunciar los vicios de forma causantes de la nulidad de las resoluciones judiciales. Ya se ha visto anteriormente que la apelación, además de medio de gravamen, ha sido el cauce a través del cual se han ejercido verdaderas acciones de impugnación y, entre éstas, la nulidad de actuaciones. Los litigantes que antes de 1984, esto es, con anterioridad a la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, querían instar la declaración de nulidad por haberse producido en el proceso o en la sentencia defectos de forma, acudían directamente a la apelación, sin necesidad de promover previamente el incidente. Y lo mismo puede decirse en relación con el recurso de casación. La casación, que ya sí es un medio de impugnación y no de gravamen, podía interponerse antes de 1984 para obtener una declaración de nulidad de lo actuado en la instancia. En definitiva, la innecesaria reforma de 1984 venía a declarar una obviedad: que los recursos eran la vía adecuada para instar la declaración de nulidad de actuaciones.

¹²⁰³ El citado precepto estableció: “Será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales”.

Si esto fue así, ¿por qué se llevó a cabo la reforma en este sentido? Sin duda, y en este asunto coincide toda la doctrina, uno de los motivos que impulsó al legislador a suprimir el incidente fue el uso indebido y abusivo que los litigantes habían venido haciendo de este instrumento y a su pésima configuración jurisprudencial. A pesar de que el incidente de nulidad de actuaciones no estaba funcionando bien, la doctrina, que era partidaria de modificar su configuración legal, no consideró positiva su supresión¹²⁰⁴, ya que en no pocas ocasiones no existían instrumentos –y en consecuencia ningún recurso ni remedio ni acción de rescisión ni de nulidad– ni a disposición de las partes ni del propio órgano jurisdiccional para atacar y dejar sin efecto una resolución judicial que hubiera incurrido ya no en la vulneración de cualquiera de las vertientes del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, sino a las causas legalmente tasadas que generaban la nulidad de la resolución judicial. La alternativa ofrecida por el legislador a la supresión del incidente de nulidad de actuaciones no sólo era obvia y por tanto innecesaria, sino además incompleta, máxime teniendo en cuenta que pocos años antes se había aprobado la Constitución que en su artículo 24.1 reconocía el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. La realidad procesal, en cuanto carente de vías para denunciar la vulneración de estos derechos, no era coherente ni con el reconocimiento constitucional de estos derechos (art. 24.1 CE) ni con las garantías jurisdiccionales establecidas por el legislador tendentes a su protección (art. 53.2 CE). No obstante, las consecuencias de esta situación serán objeto de estudio en el siguiente capítulo.

7.2.2. La reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones en la LOPJ.

Un año y medio después de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, la Ley Orgánica 6/1985, de 5 de julio, del Poder Judicial, incluyó de nuevo la posibilidad de que los órganos judiciales la decretaran en casos absolutamente excepcionales.

¹²⁰⁴ M. Serra Ferrer (*Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil*, cit., págs. 626-633) calificó de desacertada la reforma y señaló una serie de supuestos de actuaciones judiciales defectuosas que no podían ser subsanadas a través del sistema de recursos, por lo que consideró que el remedio propuesto por la reforma era innecesario, inexacto e insuficiente.

Desde un punto de vista material o sustantivo, la LOPJ vinculó el concepto de nulidad con el de indefensión. No todo defecto de forma era suficiente para acarrear la nulidad de lo actuado en el proceso. La LOPJ apostó por la técnica de la subsanación de los actos procesales¹²⁰⁵ y reservó la declaración de nulidad para los casos más graves. Según disponía el artículo 238 LOPJ, los actos judiciales serían nulos de pleno derecho en los siguientes casos: 1º. Cuando se produjeran con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; 2º. Cuando se realizaran bajo violencia o intimidación racional y fundada en un mal inminente y grave; 3º. Cuando se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se hubiera producido indefensión.

Como puede observarse, el régimen de nulidad de los actos procesales establecido por el legislador no consistía en la elaboración de una lista tasada y cerrada de vicios, sino que, por el contrario, eran muchos y muy variados los supuestos que podían tener cabida en el motivo 3º del artículo 238 LOPJ. No obstante, hay que subrayar que el legislador sólo incluyó en este precepto los vicios *procesales* causantes de indefensión, dejando fuera aquellos otros errores que según doctrina reiterada del TC podían dar lugar a la nulidad por inconstitucionalidad. Piénsese por ejemplo, en actos que no producen exactamente indefensión, sino una denegación técnica de justicia, o en aquellos otros en los que el error del juez no es procesal, sino material, como ocurre, por ejemplo, en relación con la incongruencia por error. El hecho de que no hayan coincidido las causas de nulidad de las resoluciones judiciales en su regulación legal con las distintas vertientes o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva, ha traído como consecuencias nefastas para el amparo, que no es este el momento de abordar¹²⁰⁶.

Dejando a un lado la regulación sustantiva, y desde un punto de vista estrictamente procesal, la doctrina y los operadores jurídicos tenían puestas las esperanzas en esta norma, la LOPJ, en la medida en que consideraban que éste sería el instrumento legal a través del cual se cubrirían las lagunas que había producido la supresión del incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, la aprobación de la

¹²⁰⁵ En este sentido, el artículo 11.3 LOPJ establece al efecto: “Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes”.

¹²⁰⁶ En el próximo capítulo de este trabajo me ocuparé de este tema *in extenso*.

Ley vino a corroborar que, a pesar de las críticas que surgieron con motivo de la supresión del incidente, el legislador no tenía intención de rehabilitarlo.

El artículo 240 LOPJ estableció que los medios para atacar la nulidad de las actuaciones judiciales serían la declaración de oficio por el Juez, los recursos legalmente establecidos –que era, como hemos visto, la solución prevista en la LEC– y “los demás medios que [establecieran] las leyes procesales”¹²⁰⁷. Como puede observarse, las novedades introducidas fueron escasas e incompletas respecto a lo que se disponía en la LEC tras la reforma de 1984.

En primer lugar, porque a pesar de que el artículo 240 LOPJ preveía la posibilidad de que los jueces declararan de oficio la nulidad de las actuaciones previa audiencia de las partes, éstos, por regla general, no admitían que la nulidad fuera instada o sugerida por aquéllas. Este rechazo de los órganos judiciales a las iniciativas de las partes dirigidas a obtener una declaración de nulidad de oficio se debía a que el artículo 742 LEC prohibía de forma taxativa la admisibilidad del incidente de nulidad. Efectivamente, algunos órganos judiciales entendían que esta norma impedía no sólo dar trámite al incidente sino también la simple sugerencia de la parte con el fin de que el juez, consciente de tal extremo, declara de oficio la nulidad de actuaciones. En segundo lugar, porque la declaración de nulidad de oficio tenía un límite temporal importante: que no se hubiera dictado sentencia definitiva en el proceso. Este límite implicaba que el órgano judicial causante de la indefensión, aun siendo consciente de que había vulnerado derechos esenciales del proceso, no podía declarar la nulidad de actuaciones si ya había dictado sentencia. Si ésta todavía no era firme, porque cabía interponer contra ella algún recurso, ordinario o extraordinario, el litigante podía alegar el vicio de nulidad al plantear el recurso. El problema se producía entonces en los casos en los que la sentencia, además de definitiva, era firme y, por tanto, irrecurrible. En estos supuestos, ni el juez que había dictado la sentencia ni ningún otro de los radicados en la jurisdicción ordinaria podía ya reparar la indefensión que había sufrido la parte en el proceso.

¹²⁰⁷ Dicho precepto establecía:

“1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”.

En el siguiente capítulo se estudiarán las consecuencias que tal situación generó tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional.

7.3. Segunda etapa (1997-2007): La vuelta al incidente de nulidad de actuaciones.

7.3.1. La reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones: La LO 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ.

La Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, reintrodujo, con carácter excepcional, el incidente de nulidad de actuaciones. Esta medida legislativa no supuso, sin embargo, una alteración sustancial del régimen establecido en su día por la LOPJ para combatir la nulidad de las actuaciones judiciales por defectos de forma. Las reglas siguieron siendo las mismas que las fijadas en el año 1985: una vez que se hubiere dictado sentencia definitiva en el proceso, los recursos tanto ordinarios como extraordinarios, serían el remedio adecuado para interesar la nulidad de lo actuado. En consecuencia, el restablecimiento del incidente no tuvo efecto alguno sobre la idoneidad de los recursos legalmente establecidos para combatir la nulidad de las decisiones judiciales causantes de indefensión por vicios de forma. Como se verá más adelante, el incidente sólo era admisible en el caso de que contra la sentencia no cupiera recurso alguno.

La reforma de la LOPJ llevada a cabo en 1997 reintrodujo el incidente de nulidad de actuaciones por, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, el “perturbador estado de cosas actual”¹²⁰⁸. Así, con esta reforma, “queda planteada en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales”¹²⁰⁹.

Como ya se ha dicho, los instrumentos previstos en la redacción original de la LOPJ para denunciar la nulidad de actuaciones se mantuvieron vigentes. El apartado 1º del artículo 240, que no fue modificado, siguió estableciendo que los mecanismos para

¹²⁰⁸ Concretamente se señala en la Exposición de Motivos: “los problemas planteados, las sucesivas posturas del Tribunal Constitucional en distintas sentencias y la ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables y también sumamente inconveniente, en otro orden de cosas, para el propio Tribunal Constitucional, aconsejan vivamente ofrecer aquí solución inmediata al perturbador estado de cosas actual”.

¹²⁰⁹ Así lo decía la Exposición de Motivos.

denunciar la nulidad de actuaciones serían los recursos legalmente establecidos y los demás medios que se dispusieran en la Ley. El apartado 2º, que sí fue modificado, estableció la posibilidad de que el Juez, bien a instancia de parte o bien de oficio, declarase la nulidad de actuaciones “antes de que hubiera recaído sentencia definitiva o resolución que [ponga] fin al proceso”¹²¹⁰. Hasta aquí las cosas no experimentaron ningún cambio significativo en relación con la regulación anterior.

La gran novedad consistió en que la Ley añadió dos nuevos apartados, tercero y cuarto, al artículo 240 LOPJ en los que se regulaba el incidente de nulidad de actuaciones una vez que hubiera recaído una sentencia no recurrible: “la Ley opta por establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible”¹²¹¹.

La regla general que se preveía en el apartado 3º del artículo 240 LOPJ era la inadmisibilidad del incidente pero, a reglón seguido, se establecía que, de forma excepcional, las partes del proceso podían solicitar que se declarase la nulidad de actuaciones si concurría algunos de los siguientes motivos: (i) la existencia de defectos de forma causantes de indefensión o (ii) la incongruencia del fallo. En relación con el primer motivo, resulta evidente que no cualquier defecto de forma –infracción de una norma procesal– daba lugar a la nulidad de actuaciones sino sólo aquellos causantes de indefensión. En cuanto al segundo, debe señalarse que su inclusión, además de que introdujo confusión en el precepto, alteró la esencia del incidente de nulidad de actuaciones tal y como había sido concebido en nuestro sistema procesal en la medida

¹²¹⁰ La única novedad que aportó la Ley Orgánica 5/1997, de 4 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial al apartado 2º del artículo 240, fue la inclusión del inciso “o a instancia de parte”. Como ya se expuso, a pesar de que la LOPJ permitió desde el momento de su aprobación la posibilidad de que el órgano judicial declarara de oficio la nulidad de las actuaciones *lite pendente*, muchos órganos judiciales se negaron a aceptar cualquier solicitud de nulidad de actuaciones debido a que el artículo 742 LEC declaraba de forma taxativa su inadmisibilidad. Pero con el tiempo se convirtió en algo normal que los órganos judiciales declararan la nulidad de actuaciones *lite pendente* a solicitud de cualquiera de las partes del proceso, o lo que es lo mismo, poco a poco se fue admitiendo que las partes colaboraran con el Juez en la declaración de la nulidad de actuaciones antes de que se hubiera dictado sentencia. Esta posibilidad de la que de hecho disponían las partes, no implicaba que el órgano judicial se viera obligado a admitir y a tramitar toda petición de nulidad que se le formulara, pudiendo rechazar *a limine* aquellas totalmente infundadas. La reforma introducida por la LO 5/1997 en el artículo 240.2 LOPJ al añadir que podía también interesarse la nulidad de actuaciones *lite pendente* “a instancia de parte” no hacía otra cosa que juridificar algo que de hecho se venía haciendo habitualmente.

¹²¹¹ Exposición de Motivos de la Ley.

en que la incongruencia no siempre produce indefensión¹²¹². El texto del Proyecto de Ley se refería únicamente al primer motivo y nada se decía en el mismo de la incongruencia.

Por lo que respecta a los requisitos de admisibilidad, la Ley preveía que “no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso” y que “no [fueran] susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida”. Sin embargo, la redacción del precepto no era clara acerca de si ambos requisitos de procedibilidad eran exigibles tanto en los casos en los que la nulidad se instara por concurrir el vicio de incongruencia o por haberse producido defectos de forma causantes de indefensión. De una lectura literal del precepto parecía derivarse que, respecto a los vicios de forma causantes de indefensión, era exigible tan sólo que no hubiera sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución definitiva, y respecto del vicio de incongruencia el único requisito de procedibilidad parecía ser que la resolución que incurriera en tal vicio no fuera susceptible de recurso¹²¹³. En definitiva, el precepto, dando lugar a varias interpretaciones, ponía en serio riesgo la seguridad jurídica de aquellos litigantes que habían sufrido algunos de esos vicios, ya que una interposición prematura del incidente podía dar lugar a la inadmisión de éste y la preclusión del plazo para interponer otros recursos idóneos para reparar la lesión del derecho vulnerado.

El plazo para solicitar la nulidad era de veinte días desde la notificación de la sentencia o resolución o desde que se tuviera conocimiento de ésta, con el límite en este último caso de que hubieran transcurrido más de cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución, en cuyo caso el incidente sería inadmisibile¹²¹⁴. Como se puede

¹²¹² Entre otros autores se ha referido a este tema I. Díez-Picazo Giménez, “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia* núm. 2, febrero 1998, pág. 134 y ss.

¹²¹³ En realidad, ésta era una posible interpretación, ya que la redacción original de la norma permitía otras. El artículo decía: “[...] Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma, que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso que éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida”.

¹²¹⁴ Debe señalarse que uno de los problemas que planteó la regulación del incidente fue precisamente la de los plazos para su admisión. Lo dicho en texto principal constituye sólo una interpretación posible del texto legal, puesto que también cabían otras. Se trata de otro defecto importante de la Ley que algunos utilizaron para reafirmarse en la desafortunada reforma de la LOPJ. Sin embargo, no es éste el lugar para hacer un análisis exhaustivo acerca del plazo que determinaba la LOPJ para la interposición del incidente. Puede verse la crítica realizada por I. Díez-Picazo Giménez en “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, cit., págs. 136-138.

observar, el plazo previsto para la interposición una vez que se conoció la sentencia o la resolución viciada de nulidad es idéntico al del recurso de amparo constitucional.

La competencia para el conocimiento del incidente se le atribuía al mismo órgano judicial que había dictado la resolución o sentencia cuya declaración de nulidad se interesaba.

Con el fin de que el incidente no fuera utilizado con ánimo dilatorio como había sucedido con la regulación de 1881, vigente hasta 1984, se previó, como regla general, que la solicitud de nulidad de la sentencia o resolución no dejara en suspenso la ejecución o eficacia de las mismas “salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad”.

Su tramitación se reguló de forma muy sencilla. La Ley estableció un trámite de audiencia mediante el traslado del escrito de nulidad y de los documentos adjuntos a éste a las demás partes personadas en el juicio con el fin de que éstas pudieran formular las alegaciones que estimaran pertinentes mediante la aportación, en su caso, de los documentos pertinentes. A la vista de lo expuesto por las partes, el órgano judicial dictaba resolución que se calificaba en la Ley de “irrecurrible”. Naturalmente, tal calificativo no podía ser interpretado en el sentido de que contra la resolución dictada en el incidente de nulidad de actuaciones no se pudiera interponer recurso de amparo constitucional. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 92/2003 en la que rechazó el planteamiento de cuestión interna de inconstitucionalidad sobre el artículo 240.3 LOPJ en la medida en que este precepto no impedía recurrir en amparo la resolución resolutoria del incidente¹²¹⁵.

En definitiva, se dio nueva vida al incidente con el fin de permitir al órgano jurisdiccional declarar la nulidad de actuaciones a pesar de haberse dictado sentencia firme, siempre y cuando concurrieran los requisitos materiales y formales apuntados, evitando asimismo que el Tribunal Constitucional ejerciera como único órgano capaz de reparar situaciones de indefensión producidas en el seno de un proceso.

¹²¹⁵ El TC señaló en el FJ 2º de la Sentencia que la interpretación que el recurrente en amparo hacía del inciso “irrecurrible” del artículo 240.3 LOPJ, en el sentido de que dicha norma impedía la interposición del recurso de amparo contra la resolución resolutoria del incidente, no era admisible por los siguientes motivos: “dicha norma, en primer lugar, no regula el acceso al amparo, materia reservada a la Ley Orgánica de este Tribunal [...] y, en segundo lugar, en el hecho de que nunca se ha propugnado por el Tribunal Constitucional una manera de ver las cosas que incluya al recurso de amparo entre los que puedan interponerse tras la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones, debiendo con toda claridad entenderse que el inciso que se combate se refiere, como no podía ser menos, a los recursos judiciales ordinarios, únicos sobre los que puede pronunciarse la LOPJ, dada la reserva a una ley específica, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que para los constitucionales se contiene en el artículo 165 CE”.

7.3.2. La modificación del incidente de nulidad de actuaciones por la LO 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio, del Poder Judicial.

Un año y pocos meses más tarde, concretamente a través de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, el incidente fue objeto de ciertos retoques, o como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley, la reforma vino a “perfeccionar” su regulación. Es muy significativo que una institución recién introducida en el ordenamiento tuviera que ser objeto de modificaciones –algunas sustanciales- en tan poco tiempo. Cuanto menos, denota una mala técnica legislativa en la reincorporación de una institución procesal que venía, ni más ni menos, que a poner orden en el “perturbador estado de cosas” tal y como se señaló en la exposición de motivos de la LO 5/1997.

Se amplió la legitimación activa, dando así la posibilidad de plantear el incidente a aquellos que, aunque no hubieran sido parte legítima en el proceso, “hubieran debido serlo”. La práctica puso en evidencia que no existía ningún mecanismo procesal para rescindir las sentencias dictadas en procesos en los que, a pesar de existir una pluralidad de partes demandadas, no todas ellas habían sido llamadas al proceso. En estos casos, el amparo constitucional seguía siendo la única vía de tutela de los litigantes que, no habiendo sido llamados al proceso, debían haber comparecido por gozar de la necesaria legitimación al efecto. De esta manera, se colmó una laguna importante para procurar la defensa.

Por otra parte, se dio nueva redacción a algunas normas reguladoras del incidente con el fin de solucionar los problemas que originó su redacción original¹²¹⁶.

Sin embargo, como se verá a continuación, la regulación de la LOPJ no tardaría en ser de nuevo retocada, lo que vino a confirmar las lagunas que seguía presentando el incidente de nulidad de actuaciones para tutelar los derechos insertos en el art. 24.1 CE.

7.3.3. La aprobación de la LEC de 2000: un nuevo tratamiento legal de la nulidad de las actuaciones judiciales.

¹²¹⁶ Por ejemplo, los requisitos de procedibilidad se redactaron de forma más comprensible, de tal manera que por fin quedó claro que antes de acudir al incidente de nulidad era preciso agotar todos los recursos, tanto si se trataba de un defecto de forma causante de indefensión como de una incongruencia en el fallo.

Uno de los objetivos de la nueva LEC fue corregir el régimen de nulidad de los actos procesales establecido en la LOPJ. La práctica había puesto de manifiesto deficiencias importantes derivadas de la regulación contenida en esta última norma. La intención del legislador era que la nueva normativa prevista en la LEC no se circunscribiera al ámbito del proceso civil, sino que reemplazara a la contenida en los artículos 238 a 246 LOPJ en su redacción dada por la LO 13/1999, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. El resultado fue un nuevo tratamiento de la nulidad de actuaciones, no sólo desde un punto de vista procesal o adjetivo, sino también material.

Desde el punto de vista material, la nueva LEC pretendió no sólo corregir algunos de los defectos que se habían puesto ya de manifiesto en relación con la regulación de las causas determinantes de la nulidad de los actos judiciales establecida por la LOPJ¹²¹⁷, sino que también amplió el catálogo de los motivos causantes de nulidad. Además de las causas previstas originalmente en la LOPJ, el artículo 225 LEC estableció otras dos que producen la nulidad de pleno derecho de los actos procesales: cuando éstos se realicen sin intervención de abogado en los casos en los que la ley la establezca obligatoriamente (apartado 4º) y en los demás casos que establezca la ley (apartado 5º). En el capítulo siguiente y por razones de sistemática, me referiré de

¹²¹⁷ El artículo 238 LOPJ, en su redacción inicial, establecía que los actos serían nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

1. Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva y funcional.
2. Cuando se realicen bajo violencia e intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.
3. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

La doctrina había criticado, por ejemplo, que se hiciera constar como causa de nulidad radical “la intimidación racional” en lugar de la intimidación, o exigir que el mal con el que se amenazara fuera “inminente”. Una síntesis de las críticas y defectos que presentaba la regulación de la nulidad de actuaciones en la LOPJ puede verse en A. de la Oliva Santos, “Comentario a los arts. 225 a 231 de la LEC de 2000”, A. de la Oliva y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pág. 423. La LEC de 2000 dio nueva redacción a estas tres causas determinantes de nulidad, mejorando ésta considerablemente. Los tres primeros apartados del artículo 225 de la LEC de 2000 determinan que los actos procesales serán nulos de pleno derecho:

1. Cuando se produzcan por o ante un Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Dicho precepto ha sido posteriormente modificado por la LO 13/2009, de 3 de noviembre con l fin de incorporar las causas de nulidad derivadas de la nueva posición que el Secretario Judicial adquiere en la ordenación del procedimiento judicial.

nuevo a esta regulación que en mi opinión, no contempló otras causas de nulidad que resultan exigibles de lo dispuesto en el art. 24.1 CE.

Desde un punto de vista procesal, aunque en términos generales podría afirmarse que el tratamiento procesal que la nueva LEC dio a la nulidad de actuaciones es similar al que se había establecido en la LOPJ tras las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, sí se introdujeron algunas variaciones que merecen ser destacadas. La LEC de 2000 optó, como la LOPJ, por mantener el incidente de nulidad de actuaciones para los casos en los que la nulidad se produce en un momento del proceso en el que resulta ya imposible decretarla de oficio (una vez dictada resolución que pone fin al proceso) y para los casos en los que no es posible denunciarla a través de los recursos por el sencillo motivo de que la resolución resulta inimpugnable.

La Exposición de Motivos de la LEC apuntó con énfasis la necesidad de mantener este “remedio procesal específico”: “se reafirma la necesidad, puesta de relieve en su día por el Tribunal Constitucional, de un remedio procesal específico para aquellos casos en los que la nulidad radical, por el momento en que se produjo el vicio que la causó, no pudiera ser declarada de oficio ni denunciada por vía de recurso, tratándose sin embargo, de defectos graves, generadores de innegable indefensión”.

Se apostó, por tanto, por el mantenimiento del incidente, al que se le añade el calificativo de “excepcional”, pero no se desaprovechó la ocasión para realizar serios retoques en dicha figura que, como se verá, no se refieren sólo a cuestiones de tipo procedimental sino que afectan a su objeto mismo. La principal novedad que aportó la LEC de 2000 es que limitó el objeto de esta acción de nulidad a los casos en los que se hubieran producido defectos de forma causantes de indefensión. De esta manera, se excluyó la incongruencia entre los motivos que podían dar lugar a este remedio procesal. Las causas que justificaron esta decisión las explicitó la propia Exposición de Motivos de la LEC: “(...) se excluye la incongruencia de esta vía procesal. Porque la incongruencia de las resoluciones que pongan fin al proceso, además de que no siempre entraña nulidad radical, presenta una entidad a todas luces diferente, no reclama en muchos casos la reposición de las actuaciones para la reparación de la indefensión causada por el vicio de nulidad y, cuando se trate de una patente incongruencia omisiva, esta Ley ha previsto, como ya se ha expuesto, un tratamiento distinto”. Y es que, claramente, la incongruencia omisiva, en cuanto no generadora de indefensión en el sentido establecido en el art. 225 LEC, no guardaba acomodo en ninguna de las

causas establecidas en dicho precepto que podían dar lugar a la nulidad de las resoluciones judiciales. La doctrina procesalista valoró positivamente esta opción legislativa, esto es, el desdoblamiento de las vías procesales para la denuncia de la indefensión y de la incongruencia omisiva¹²¹⁸.

El incidente excepcional de nulidad de actuaciones siguió siendo, como en la LOPJ, el remedio procedente únicamente contra las sentencias o resoluciones judiciales firmes, esto es, inimpugnables. El artículo 228 LEC condicionó la admisibilidad del incidente a que los motivos que podían dar lugar a su planteamiento, esto es, defectos de forma causantes de indefensión, no hubieran podido ser alegados antes de que se dictara la resolución que pusiera fin al proceso y a que esta última no fuera susceptible de recurso alguno. La coherencia entre las causas de nulidad y los casos en los que procedía la interposición del incidente, que quedó en entredicho en la regulación del incidente en la LOPJ, volvió a instalarse en la nueva LEC.

Por lo demás, tampoco se introdujeron modificaciones importantes respecto a su tramitación, por lo que me remito en este punto a lo que ya se ha expuesto anteriormente.

7.3.4. El incidente para la integración del fallo o “de subsanación y complemento de sentencias o autos defectuosos”.

Como consecuencia de la exclusión de la incongruencia omisiva del ámbito del incidente de nulidad de actuaciones, la nueva LEC previó un nuevo cauce procesal para remediar este vicio de sentencias y autos. Como ya se expuso, uno de los motivos que impulsó al legislador a establecer este nuevo incidente y a excluir la incongruencia del objeto del incidente de nulidad de actuaciones fue que la incongruencia no siempre generaba ni nulidad radical de lo actuado, ni provocaba indefensión. De ahí que se considerara más conveniente crear un cauce *ad hoc* para combatir la incongruencia.

Por otra parte, con la creación de este nuevo cauce procesal para la subsanación y complemento de sentencias el legislador pretendió diferenciar dos institutos distintos

¹²¹⁸ Como ya se apuntó, varios autores habían criticado la opción del legislador de 1997 consistente en incluir la incongruencia como causa del incidente de nulidad de actuaciones, ya que no siempre el padecimiento de ésta genera indefensión. Entre los que están a favor de la modificación apuntada puede verse R. Garcimartín Montero, *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 2002, págs. 110-111.

por completo: la aclaración de resoluciones judiciales y la subsanación o complemento de éstas¹²¹⁹. El artículo 214 LEC, tras declarar la invariabilidad de las resoluciones judiciales una vez firmadas, permite que éstas puedan ser aclaradas si contienen “algún concepto oscuro” o rectificadas si contienen “cualquier error material”. De esta manera, la LEC ha optado por mantener un instrumento procesal al servicio de la aclaración limitándolo a “aclarar algún concepto oscuro” de la resolución judicial. Este mecanismo procesal se diferencia, a su vez, de la rectificación de “los errores materiales manifiestos y aritméticos” de las resoluciones judiciales. Mientras que estos últimos pueden ser rectificadas en cualquier momento (art. 214.3 LEC), la aclaración de los conceptos oscuros sólo puede hacerse de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal en el plazo de los dos días siguientes a la publicación de la resolución.

Además, y separadamente de la aclaración y corrección de errores materiales o aritméticos, en el artículo 215 LEC se prevé otro instrumento procesal que tiene por objeto la “subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos”. Este precepto contiene dos mecanismos distintos y diferenciados para cumplir estos objetivos.

Por un lado, se prevé la posibilidad de que el órgano judicial, o el Secretario Judicial tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, subsanen las omisiones o defectos de que adolezcan las sentencias y autos y que sea necesario remediar con el objeto de llevarlas plenamente a efecto. Del tenor literal del precepto se deduce claramente que este tipo de incidente no tiene por objeto corregir la incongruencia del fallo, sino elementos accesorios de la resolución. El procedimiento a seguir en estos casos para instar la subsanación o el complemento es el de la aclaración, contemplado en 214.2 LEC.

Por otro lado, los apartados 2º, 3º, 4º del artículo 215 prevén la posibilidad de que el órgano judicial complete mediante auto las “sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente

¹²¹⁹ Éste fue uno de los objetivos de su introducción, pero no el único. La previsión de este instrumento también ha clarificado el objeto del antes denominado “recurso de aclaración”. Según la antigua LEC, a través de dicho recurso las partes podían solicitar que el órgano judicial aclarase los puntos oscuros o los errores materiales de los que pudiera adolecer la resolución judicial dictada, e incluso “suplir cualquier omisión” que ésta contuviera. Las extralimitaciones llevadas a cabo por los Jueces y Tribunales a la hora de resolver los recursos de aclaración terminaban en muchas ocasiones en el TC por vulnerar el artículo 24.1 CE en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales. Esto, en parte, obedecía a los términos en los que estaba configurado el recurso de aclaración, ya que no sólo permitía esta última, sino también la adición. Uno de los objetivos de la nueva LEC fue tratar de delimitar ambas cuestiones con el fin de evitar la conflictividad que con la anterior regulación se producía en sede constitucional.

deducidas y sustanciadas en el proceso” o el Secretario respecto de los decretos que hubiera dictado. En el caso del apartado 2º del artículo 215 LEC se regula el procedimiento para completar la resolución judicial en los casos en los que ésta se realiza a instancia de parte. En estos supuestos, la solicitud de complemento debe realizarse por escrito en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución. Tras los trámites legalmente previstos, el órgano judicial dicta auto en el que resolverá completar o no la resolución. Este precepto, a diferencia de lo que sucede, como se verá continuación, con el complemento realizado de oficio, no establece limitación alguna en cuanto al contenido del auto complementario.

En el apartado 3º se prevé el modo en que ha de proceder el órgano judicial en el caso de que sea éste de oficio el que quiera completar la omisión de pronunciamiento de la sentencia o del auto que él mismo había dictado previamente. En este supuesto, la Ley concede al órgano judicial cinco días desde que se dictó la resolución judicial para completarla. Aquí la LEC sí que establece limitaciones al órgano judicial: el juez puede completar la resolución “sin modificar o rectificar lo que hubiere acordado” en la resolución inicial incompleta.

Resulta un tanto llamativo que en el supuesto previsto en el apartado 3º del artículo 215 LEC –actuación de oficio por el órgano judicial– se permita la adición a la resolución judicial siempre y cuando no contradiga lo ya declarado en la decisión objeto de subsanación y no se haga referencia expresa a estas limitaciones en el párrafo anterior, es decir, en los casos en los que el complemento de la resolución se produce como consecuencia de la solicitud de parte. Para algunos autores, las mismas limitaciones contenidas en el apartado 3º deben aplicarse al apartado 2º, porque la Exposición de Motivos de la norma aclara la naturaleza jurídica de este incidente: “es claro, y queda claro en la Ley, que este instituto en nada ataca a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la sentencia incompleta. Porque, de un lado, los pronunciamientos ya emitidos son, obviamente firmes y, de otro, se prohíbe modificarlos, permitiendo sólo añadir los que se omitieron”¹²²⁰.

El artículo 215.4 LEC declara la irrecurribilidad de los autos en los que se complete o se deniegue completar las resoluciones judiciales, “sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del Tribunal”. Según un sector doctrinal, esta previsión

¹²²⁰ Se pronuncia en este sentido A. de la Oliva Santos, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 378.

normativa obliga a los litigantes que hayan sufrido omisión de pronunciamiento a acudir a este incidente de complemento antes de interponer los recursos previstos en la Ley mediante los que se podría atacar esa omisión como, por ejemplo, la apelación o la casación¹²²¹. Otros autores, por el contrario, han explorado otras posibles soluciones. En este sentido, M^a. E. Casas Baamonde ha apuntado que “incluso, en una posición extrema, podría sostenerse la desaparición completa de la incongruencia de estos remedios procesales incidentales en la regulación de la LEC para encauzarse su censura únicamente a través del sistema de recursos, conforme a la determinación de su artículo 227.1: «La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate»”¹²²². Atendiendo al tenor de este precepto, la incongruencia que provoca indefensión debería ser denunciada a través de los recursos legalmente establecidos y no a través de la vía incidental de complemento de sentencias y autos. Otra cosa es, naturalmente, respecto a la incongruencia que no genera indefensión. Respecto de ésta, cabría interponer el incidente antes de acudir a los recursos legalmente establecidos si es que los hubiere. No obstante, según Casas, ésta no es la interpretación más razonable ni tampoco la que supedita la admisibilidad del recurso que proceda al planteamiento del incidente de complemento. Para la autora, la confusión de la Ley no debería perjudicar a los litigantes, sino permitirles decidir acudir a la vía que consideren más beneficiosa¹²²³.

7.3.5. Una nota acerca de la vigencia del régimen de nulidad establecido por la LEC de 2000.

Ya se ha expuesto en otros lugares de este trabajo que las reformas de la LEC y de la LOPJ se proyectaron conjuntamente pero que la modificación de esta última no

¹²²¹ *Ibid.*, págs. 378-379. Según De la Oliva la obligación de activar previamente este instrumento procesal es exigible para cualquier tipo de recurso o remedio a través del cual pueda interesarse la impugnación de una sentencia por haber incurrido en omisión de pronunciamiento, incluido el incidente de nulidad de actuaciones.

¹²²² M^a. E. Casas Baamonde, “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2004, pág. 58.

¹²²³ *Ibid.*, pág. 61.

logró llevarse a cabo por falta de *quorum* en el Congreso de los Diputados. El entonces Gobierno de la Nación, responsable e impulsor de la nueva LEC, no contaba con mayoría absoluta y no recibió los apoyos parlamentarios necesarios para la modificación de la LOPJ. Este hecho motivó que la entrada en vigor del nuevo régimen de nulidad de los actos procesales establecido en la LEC de 2000 quedara suspendida hasta la reforma de la LOPJ. La Disposición Final 17ª de la LEC prevenía que la entrada en vigor de los artículos 225 a 230 y 214 de esta norma, sobre nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones judiciales, estaba condicionada a que se reformara la LOPJ en estas materias. Téngase en cuenta que esta suspensión de la vigencia no venía referida, al menos de forma explícita, al artículo 215 LEC, que regula el incidente de subsanación y complemento de resoluciones judiciales¹²²⁴.

Hasta el cumplimiento de esta condición, es decir, la reforma de la LOPJ en estas materias, se aplicarían los artículos 238 a 246 LOPJ y no el nuevo régimen contemplado en la LEC. Tal y como han apuntado algunos autores, esta “congelación” de la aplicación del nuevo régimen de nulidad de actuaciones quería evitar la confusión sobre el régimen aplicable, si el de la LEC o el de la LOPJ, de tal forma que no se afectara a la seguridad jurídica¹²²⁵. Puede ser que lo más acertado hubiera sido acoger en la nueva LEC la regulación de la nulidad de actuaciones contenida en la LOPJ, puesto que nada ni nadie podían garantizar ni que se llevara a cabo la reforma de los preceptos de la LOPJ reguladores de la nulidad de actuaciones ni que, de llevarse a cabo, el legislador orgánico optara por trasladar a esta norma el mismo régimen de nulidad que el diseñado en la LEC¹²²⁶. Pues bien, esto último es lo que acabó por producirse. Los preceptos reguladores del régimen de nulidad de actuaciones fueron

¹²²⁴ Y de hecho fue interpuesto por algunos litigantes y admitido por los Tribunales de Justicia incluso de órdenes jurisdiccionales distintos al civil antes de que se produjera la reforma de la LOPJ a la que se refiere la Disposición Final 17ª de la LEC. Por otra parte, su utilización en el proceso penal para combatir las resoluciones judiciales incongruentes fue considerada idónea por el Tribunal Constitucional a la hora de verificar el cumplimiento del requisito consistente en el agotamiento de la vía judicial previa. Puede verse en este sentido la STC 174/2004.

¹²²⁵ Vid. J. Banacloche Palao, “Disposiciones finales”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con A. de la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Jiménez y J. Vega Torres, cit., pág. 1446.

¹²²⁶ Otros autores, como J. Banacloche Palao (“Disposiciones finales”, cit., pág. 1446), consideraron en su día que fue positivo el hecho de que la LEC siguiera manteniendo, aun difiriendo su aplicación, un nuevo régimen de nulidad de actuaciones distinto al que entonces estaba previsto en la LOPJ, por los siguientes motivos: “(E)l Legislador consideró, por una parte, que la LEC no estaría completa si desaparecieran algunos artículos de contenido indubitadamente procesal, y, por otra parte, que la nueva regulación que en ellos se establecía era objetivamente mejor que la de la LOPJ, a la que aspiraba sustituir. Por eso se decidió mantener los preceptos de la LEC en sus mismos términos y esperar a que un Legislador posterior, sin necesidad de modificar dicha LEC, pudiera darles virtualidad, derogando sus equivalente de la LOPJ”.

modificados por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ. Sin embargo, el legislador orgánico ignoró el régimen de nulidad de actuaciones recogido en la LEC de 2000, de tal manera que durante un tiempo convivieron en el ordenamiento procesal dos regulaciones del incidente de nulidad de actuaciones con los consiguientes problemas de seguridad jurídica que esta situación generó.

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, se limitó a modificar el régimen de nulidad de las actuaciones judiciales sin afectar en absoluto a la vigencia de los preceptos de la LEC que regulaban esta materia¹²²⁷. De ahí que sea importante aclarar los términos exactos en los que se redactó la Disposición final 17ª de la LEC, con el fin de determinar si los preceptos de esta norma reguladores del régimen de nulidad de actuaciones entraron o no en vigor. Pues bien, según dicha Disposición final, la reforma de los preceptos de la LOPJ reguladores de la nulidad de actuaciones era la única condición para la entrada en vigor de los preceptos de la LEC en esta materia¹²²⁸. Y esta condición se produjo mediante la modificación de los preceptos reguladores de la nulidad de actuaciones por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ. Esta misma conclusión, esto es, que los preceptos reguladores del régimen de nulidad de actuaciones contenidos en la LEC entraron en vigor el día 15 de enero de 2004 es la que ha barajado, aun con alguna reserva, la mayoría de la doctrina¹²²⁹.

¹²²⁷ A pesar de que en la Disposición final 11ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, se prevé la modificación de algunos preceptos de la LEC, entre ellos no se encuentran los que regulan el régimen de nulidad de actuaciones. Asimismo, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, contiene una disposición derogatoria única en la que no se incluyen los preceptos reguladores de la nulidad de actuaciones previstos en la LEC. Por otro lado, tampoco existe Disposición transitoria alguna que suspenda la entrada en vigor de los preceptos de la LEC reguladores de esta materia.

¹²²⁸ La Disposición Final 17ª, que lleva por título “régimen transitorio en materia de abstención y recusación, nulidad de actuaciones y corrección de resoluciones”, dice literalmente: “*Mientras no se proceda a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en las materias que a continuación se citan, no serán de aplicación los artículos 101 a 119 de la presente Ley, respecto de abstención y recusación de Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales, ni el apartado 2 de la disposición final 11ª, ni los apartados 1,2,3 y 4 de la disposición final 12ª. Tampoco se aplicarán, hasta tanto no se reforme la citada Ley Orgánica, los artículos 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones respectivamente*”. La cursiva es mía.

¹²²⁹ En este sentido J. Damián Moreno (“Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ”, cit., pág. 53) ha afirmado: “En efecto, la Disposición Final 17ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establecía que mientras no se procediese a reformar la LOPJ [...] no serían de aplicación [...], los artículos 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones [...] En este sentido, si bien es cierto que no nos es posible afirmar con absoluta certeza que las modificaciones a que se refieren estas materias (llevadas a cabo mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ) respondan todas ellas al deliberado propósito de otorgar plena vigencia a las normas contenidas en la mencionada Disposición Final, no lo es menos que, dados los términos en los que ésta está redactada, no cabe

Las consecuencias de este desaguado legislativo se dejaron notar de inmediato. La existencia de dos regímenes distintos de nulidad de actuaciones provocó problemas de inseguridad jurídica en relación con la protección frente a sentencias incongruentes e hicieron del incidente de nulidad de actuaciones un instrumento casi inútil para su corrección.

7.3.6. Un nuevo régimen de nulidad de actuaciones: la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ.

Como ya se expuso anteriormente, el nuevo régimen de nulidad de actuaciones que estableció la LEC de 2000 no se correspondía con el previsto en la LOPJ en su redacción dada por LO 13/1999, de 14 de mayo. De ahí que, para evitar problemas de seguridad jurídica, la LEC estableciera en su Disposición Final 17^a que la aplicación de los preceptos de la LEC reguladores del nuevo régimen de nulidad de actuaciones quedara en suspenso hasta la modificación del régimen de nulidad de actuaciones previsto en la LOPJ, pero no se condicionaba a que el diseño que finalmente acogiera la LOPJ de la nulidad de actuaciones coincidiera con el diseñado por la nueva LEC. Este régimen fue de nuevo revisado por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ. Ello trajo consigo, por un lado, la entrada en vigor de los preceptos de la LEC reguladores de esta materia y, por otro, la implantación de un nuevo régimen de nulidad de actuaciones que no coincidía exactamente con el regulado, y ya en vigor entonces, previsto en la LEC. Este nuevo régimen se contenía en los artículos 238 a 243 LOPJ.

Con carácter general puede afirmarse que la LOPJ, en su redacción dada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, acogió el régimen general de nulidad de actuaciones diseñado por la LEC de 2000. Sin embargo, introdujo algunas modificaciones importantes, tanto desde un punto de vista material, esto es, en las causas que determinan la nulidad de las resoluciones judiciales, como desde un

ninguna duda de que, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 conlleva inevitablemente a considerar igualmente en vigor a todos los preceptos en los que ella se alude”. De esta misma premisa, esto es, de la vigencia de los preceptos reguladores de la nulidad de actuaciones prevista en ambas normas –LOPJ y LEC– parte M^a. E. Casas Baamonde, “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, cit., págs. 54-55.

punto vista estrictamente procesal, es decir, en las vías o cauces procesales que permitían combatir los vicios de nulidad de las sentencias y de los autos.

Desde un punto de vista material, los motivos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales están previstos en el artículo 238 LOPJ, hoy en vigor. El legislador orgánico no sólo ha acogido las nuevas causas generadoras de nulidad que la LEC de 2000 había incluido, sino que ha añadido una más, a saber: “la celebración de vistas sin la preceptiva intervención del Secretario Judicial”. Este nuevo motivo obedece al nuevo papel que a los Secretarios Judiciales les asigna la Ley. En todos los demás aspectos, la LOPJ establece la misma regulación que la LEC¹²³⁰. Asimismo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha ampliado aún más las causas de nulidad previstas en la LEC, mediante la introducción de dos nuevos apartados que permiten la declaración de nulidad de los actos del Secretario Judicial en la tramitación de los procesos civiles¹²³¹

Desde un punto de vista procesal, la LOPJ ha optado por establecer los mismos cauces que la LEC para reparar los vicios de nulidad en los que incurrieran las sentencias y autos. Así, la LOPJ regula la declaración de nulidad de actuaciones durante la pendency del proceso en los mismos términos que la LEC¹²³². Tanto la LEC como la LOPJ prevén para estos casos que el juez, bien de oficio o a instancia de parte, declare la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular previa audiencia de las partes y siempre y cuando el defecto no fuera subsanable. Una vez recaída sentencia o resolución definitiva en el proceso, tanto la LOPJ como la LEC establecen los mismos cauces para denunciar la nulidad de pleno derecho. Estos son los siguientes: en primer lugar, los recursos legalmente establecidos, ya sean éstos ordinarios o extraordinarios, y sólo en el caso de que la sentencia o la resolución sea firme y en consecuencia irrecurrible, el cauce idóneo es el incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Es en el incidente de nulidad de actuaciones, esto es, aquel que es posible interponer una vez recaída sentencia o resolución judicial firme, en el que el legislador

¹²³⁰ Es importante señalar que la LOPJ también ha acogido en los mismos términos que la LEC la limitación de las facultades del órgano judicial a la hora de declarar de oficio la nulidad de actuaciones con ocasión de la presentación de un recurso.

¹²³¹ Según la nueva redacción de la LEC, los actos procesales son nulos de pleno derecho cuando se celebren sin la preceptiva intervención del Secretario judicial (art. 225.5º LEC) y cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (art. 225.6º LEC)

¹²³² El primer párrafo del artículo 240.2 LOPJ está redactado en los mismos términos que el primer párrafo del artículo 227.2 LEC.

orgánico decidió apartarse de la regulación que preveía el articulado de la nueva LEC. La gran novedad de la LOPJ en relación con la LEC es que aquella reintrodujo la “incongruencia del fallo” como motivo que podía dar lugar al planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones. Esto provocó una disparidad de regulaciones del incidente de nulidad de actuaciones que generó *per se* inseguridad jurídica, a pesar de que existían instrumentos jurídicos que permitían salvar la colisión normativa. Desde mi punto de vista, esta colisión debería haberse resuelto en atención al criterio de competencia¹²³³, aunque seguramente habrá habido jueces que hayan optado por otros criterios que llevaron a la aplicación de la LEC.

Por lo demás, la LOPJ acogió en los mismos términos que la LEC la regulación y tramitación del incidente.

Uno de los aspectos más criticables de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, es que con ella se complicó el tratamiento de la incongruencia. Paradójicamente, la LOPJ no sólo mantuvo el incidente de nulidad de actuaciones para combatir la incongruencia del fallo, sino que también acogió el incidente de subsanación y complemento de sentencias y autos, introducido en su día por la LEC y creado precisamente para combatir la incongruencia¹²³⁴. De este modo, los litigantes se encontraron ante tres vías distintas para combatir la incongruencia: los recursos ordinarios y extraordinarios (arts. 240.1 LOPJ y 227.1 LEC), el incidente de complemento de sentencias y autos (arts. 215.2 y 3 LEC y 267.5 y 6 LOPJ) y el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ). La pluralidad de vías no debía considerarse en este caso como algo positivo puesto que el legislador no previó reglas claras que permitieran discernir al litigante qué vía debía ser utilizada en primer lugar y cuál o cuáles de forma subsidiaria. Efectivamente, si por la forma en la que estaba redactada la LEC ya se plantearon problemas acerca de cómo articular la relación entre el incidente de complemento y los recursos para combatir los vicios de incongruencia, las dificultades interpretativas se incrementaron considerablemente desde el momento

¹²³³ Desde mi punto de vista, a la luz del artículo 122.1 CE parece evidente que ésta reserva al ámbito de la Ley orgánica la regulación del incidente de nulidad de actuaciones en la medida en que afecta al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. *Vid.*, en este mismo sentido, M^a. E. Casas Baamonde, “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, cit., pág. 62.

¹²³⁴ El Proyecto de Ley Orgánica de reforma enviado al Congreso de los Diputados no contenía la incongruencia como motivo para interponer el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda de adición con el fin de que se ampliara el objeto del incidente a los supuestos en los que se produjera la incongruencia del fallo, justificándolo “en las limitaciones con que se regulan las aclaraciones y rectificaciones en el artículo 267 (de la LEC)”.

en la LOPJ no sólo amplió el objeto del incidente de nulidad de actuaciones a la “incongruencia del fallo” sino que también acogió en su articulado el incidente de subsanación y complemento de sentencias y autos. Los problemas de interpretación de cuál resultaba el cauce válido para denunciar la incongruencia ya no se referían sólo a los supuestos de sentencias o autos definitivos aunque no firmes. Éste habría sido el único problema (aunque no menor) que se hubiera derivado si la LOPJ hubiera acogido la regulación del incidente de nulidad de actuaciones en los mismos términos que la LEC. Si hubiera sido así, el único problema interpretativo que se habría planteado era el de determinar el cauce adecuado para reparar la incongruencia omisiva de las resoluciones judiciales definitivas pero no firmes, a saber: el incidente de complemento de sentencias y autos o los recursos legalmente establecidos.

Ahora bien, debido a que la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, no se correspondía con el establecido unos años antes en la LEC, y, sobre todo, a que la LOPJ acogió finalmente en su articulado el incidente de subsanación y complemento de sentencias y autos, se ha añadido un problema adicional, a saber: determinar cual resultaba ser el cauce adecuado para combatir la incongruencia omisiva de las resoluciones judiciales firmes, esto es, inimpugnables¹²³⁵. ¿Era el incidente de nulidad de actuaciones o el de complemento de sentencias y autos?

El problema que planteaba la elección de una u otra vía no es sólo teórico, sino que tenía una trascendencia práctica innegable, ya que podía frustrar, aun en los casos más evidentes, la corrección del vicio de incongruencia si el órgano judicial encargado de la reparación del derecho vulnerado consideraba que la vía elegida por el recurrente no era la adecuada. Además, ni que decir tiene la importancia que una inadmisión *a limine* de cualquiera de los dos incidentes (o el de nulidad o el de completo) tendría en un ulterior proceso de amparo constitucional.

¹²³⁵ Como ha señalado M^a E. Casa Baamonde (“La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, cit., pág. 62), el problema interpretativo no surge porque la LOPJ no haya acogido la regulación del incidente de nulidad de actuaciones previsto en la LEC de 2000, o al contrario, porque éste último no se haya modificado con el fin de acoger la nueva regulación del incidente prevista en el artículo 241 LOPJ, porque “tras la reforma de la LOPJ el artículo 228 de la LEC no ha cobrado aplicación efectiva, sino que ha perdido validez al contravenir la regulación de la ley orgánica del poder judicial en materia constitucionalmente reservada a ese específico instrumento legal.” El problema interpretativo que se plantea surge en realidad porque la LOPJ ha decidido acoger dos instrumentos procesales, el incidente de complemento y el de nulidad de actuaciones, que comparten un espacio común.

Esta dificultad de articulación entre los incidentes de complemento de sentencias y autos y de nulidad de actuaciones hizo reflexionar a la doctrina acerca de si ambos instrumentos procesales tenían el mismo objeto o si, por el contrario, venían referidos a ámbitos de protección diferentes. Téngase en cuenta que, de asumir como cierta la primera conclusión, resultaría indiferente que el litigante eligiera una u otra vía. Ahora bien, si la conclusión fuera otra, es decir, si se mantuviera que ambos incidentes tenían objetos diferentes, la elección de la vía equivocada frustraría la reparación del derecho constitucional vulnerado. La mayoría de la doctrina mantuvo que existían diferencias sustanciales entre el ámbito de protección de uno y otro incidente. Según la doctrina el incidente de complemento de sentencias y autos parece referirse únicamente a omisiones de pronunciamiento patentes o manifiestas en relación con las pretensiones deducidas, es decir, es un instrumento que trata de garantizar la prohibición del *non liquet*¹²³⁶. El resto de las versiones de la incongruencia distintas a la de omisión manifiesta de pronunciamiento, como son las no patentes, por error o *extra* o *ultra petitem* serían tan sólo denunciables a través del incidente de nulidad de resoluciones judiciales firmes previsto en el artículo 241 LOPJ.

Aunque esto fuera así y el incidente de nulidad de actuaciones tuviera un campo de protección más amplio que el incidente de complemento, lo que es absolutamente indiscutible es que ambos instrumentos compartían un espacio común, a saber: las omisiones de pronunciamiento relativas a las pretensiones (que no alegaciones sustanciales) de autos y sentencias firmes. Y es aquí donde los inconvenientes podían surgir a raíz del tratamiento que la jurisdicción ordinaria diera a estos incidentes.

7.3.7. La última reforma del incidente de nulidad de actuaciones: la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC.

Las constantes modificaciones legislativas que han afectado al incidente de nulidad de actuaciones no se han quedado en lo expuesto con anterioridad. Como es de sobra sabido, la LO 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, ha dado una nueva redacción al art. 240.1 LOPJ

¹²³⁶ Comparten esta tesis M^a. E. Casas Baamonde, “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, cit., pág. 59-65; y J. Damián Moreno, “Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ”, cit., pág. 60.

en el que se regula el famoso incidente de nulidad de actuaciones. Antes de exponer en qué ha consistido la reforma, considero relevante pararme a exponer un hecho, cuanto menos, curioso.

Cuando se encontraba en tramitación parlamentaria la mencionada LO de reforma de la LOTC, existía otro Proyecto de Ley a través del que se pretendía reformar de nuevo el incidente de nulidad de actuaciones. Hasta aquí las cosas parecen, sino normales, sí ajustadas a lo que ha sido la tónica general de los últimos años: la reforma constante del incidente de nulidad de actuaciones desde la LOPJ y desde la LEC. Sin embargo, en aquel momento las reformas que se pretendían que versaran sobre el mismo objeto, esto es, la nulidad de actuaciones, volvían a no coincidir. Los dos Proyectos de Ley que pretendían la modificación del incidente eran el de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el de Ley Orgánica por la que se adapta la Legislación Procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. Ambos, elaborados y tramitados conjuntamente, establecían una regulación distinta del incidente de nulidad de actuaciones.

Según la Disposición final primera del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC, el párrafo primero del apartado 1º del artículo 241 de la LOPJ quedaría redactado en los siguientes términos:

“1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que aquélla no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución sea firme”.

La Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de la LOTC —que permaneció inalterada una vez concluso el procedimiento legislativo hasta su aprobación— justificaba la reforma del artículo 241 de la LOPJ en los siguientes términos:

“Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades *para revisar las*

violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹²³⁷.

Por otro lado, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, también preveía la modificación del artículo 228 LEC en el que se regulaba el incidente de nulidad de actuaciones, con el fin de que en éste se acogiera la misma regulación del incidente que la que entonces establecía la LOPJ en su redacción dada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre.

Esta diferenciación entre el contenido de ambos Proyectos de Ley me parece que respondía al distinto punto de vista desde el que se ha mirado la nulidad de actuaciones: el Proyecto de reforma de la LOTC lo ha visto desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional como una posible salida a la objetivación del recurso de amparo constitucional, mientras que el Proyecto de Ley que pretendía modificar el régimen de recursos de la jurisdicción ordinaria lo valoró desde la perspectiva de esta última jurisdicción¹²³⁸. La ampliación del objeto del incidente de nulidad de actuaciones que previó el Proyecto de reforma de la LOTC podría ser positiva para el Tribunal Constitucional en la medida en que podría reducir el número de amparos al ampliar el objeto del incidente, pero podría a su vez tener efectos negativos en la jurisdicción ordinaria en la medida en que proliferarían el número de incidentes lo que dilataría la duración de los pleitos.

Finalmente, como es sabido, el segundo de los proyectos de ley a los que me he referido caducó y se modificó el incidente de nulidad de actuaciones con alguna variación importante respecto a cómo estaba regulado en el Proyecto de Ley Orgánica

¹²³⁷ La cursiva es mía.

¹²³⁸ Ambos Proyectos de Ley fueron impulsados por el mismo Gobierno. Y en parte esta circunstancia es la que permite intuir lo que se apunta en el texto principal, ya que si hubieran sido presentados por distintos Gobiernos podría concluirse que existe una discordancia de pareceres entre ambos acerca de cómo debería regularse la nulidad de las actuaciones. Por otra parte, hay que señalar que ningún Grupo Parlamentario presentó en el Congreso de los Diputados enmienda alguna al artículo del Proyecto de Ley Orgánica en el que se pretendía adecuar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones previsto en la LEC a la regulación que la Ley Orgánica 19/2003, le dio al artículo 241 LOPJ. Como es sabido, este último Proyecto caducó al finalizar la legislatura.

de modificación de la LOTC¹²³⁹. A diferencia de lo que venía siendo habitual, esto es, a discernir si es conveniente limitar el mencionado incidente sólo para los casos en los que se produzcan vicios del procedimiento causantes de indefensión material o, por el contrario, si también resulta idóneo para dar respuesta a los casos de incongruencia omisiva, la LO 6/2007, de reforma de la LOTC, amplió el incidente a todos los casos en los que la resolución judicial, ya firme e inatacable, vulnere cualquiera de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE.

Es importante advertir desde este momento que la nueva regulación del incidente se relaciona directamente con la voluntad del legislador de “reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su función constitucional” mediante la objetivación del recurso de amparo, “al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales”¹²⁴⁰. Se trata, en definitiva, “de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”¹²⁴¹.

A diferencia de su diseño en la etapa preconstitucional, el legislador lo ha configurando siguiendo el mismo patrón que impulsó a su reintroducción tras la aprobación de la Constitución, a saber: como el último remedio judicial y, en consecuencia, sólo será procedente en la medida en que contra la resolución vulneradora de derechos fundamentales no quepa ningún recurso ordinario o extraordinario a través del que pueda repararse la lesión infringida. Asimismo, y a partir de un criterio lógico aplastante, tampoco será procedente en aquellos casos en los que la lesión de los derechos fundamentales no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución definitiva, ya que en otro caso, tanto el planteamiento del incidente como la respuesta judicial no harían sino reproducir lo que ya ha sido objeto de debate y de

¹²³⁹ En el Anteproyecto de Ley la norma estaba redactada en los siguientes términos: “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que aquella no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario”. Como ha señalado M. Nogueira Guastavino (“Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...”, cit. pág. 226), el pronombre “aquella”, incluido en el texto, carecía de sentido en un incidente ampliado, por lo que se suprimió del Proyecto de Ley. Por lo demás, el texto no sufrió ninguna variación.

¹²⁴⁰ Así se establece en el apartado I de la Exposición de motivos de la LO 6/2007, de 24 de mayo.

¹²⁴¹ Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

decisión en el proceso. De esta manera el incidente se configura como un instrumento que pretende depurar las resoluciones judiciales inatacables y que sean vulneradoras de derechos fundamentales.

Realmente, la única novedad ha sido la ampliación de las causas que pueden dar lugar a su planteamiento (art. 241.1 LOPJ), ya que, en los demás aspectos, no ha sido modificado¹²⁴².

Por último, hay que destacar que la LEC, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, contiene el mismo régimen de nulidad de actuaciones que el establecido en la LOPJ, por lo que han cesado parte los problemas que existían derivados de la existencia de diferentes regímenes legales del citado instituto. No obstante, la regulación del incidente de nulidad de actuaciones no ha despejado las dudas que suscita su previsión con la del incidente para el complemento de sentencias y autos, lo cual arroja dificultades interpretativas para determinar cuál es el cauce más adecuado para combatir las situaciones de incongruencia¹²⁴³.

8. Algunas conclusiones de carácter general: ¿Un sistema impugnativo adecuado?

Sin ánimo de reiterar aquí lo que ya se ha dicho, me parece conveniente explicitar algunas conclusiones que se derivan de lo expuesto en este capítulo en relación con los puntos que se indican a continuación.

8.1. Las grandes diferencias en la regulación del sistema impugnativo entre los distintos órdenes jurisdiccionales.

En primer lugar y como dato más obvio, hay que subrayar que no todos los órdenes jurisdiccionales son igual de garantistas en cuanto a la ordenación de medios

¹²⁴² El órgano judicial competente para su conocimiento es el mismo que dictó la resolución objeto del incidente y el plazo para su interposición es de 20 días desde la notificación de la resolución o desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. Respecto al procedimiento y a los efectos de la resolución del incidente, *vid.* el apartado 2 del art. 241 LOPJ.

¹²⁴³ *Vid.* en este sentido, M. Nogueira Gustavino, “Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...”, cit. pág. 229.

de impugnación se refiere, no sólo para que éstos sirvan de cauces para reparar las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE, sino también para intentar depurar las resoluciones judiciales de cualesquiera tipo de errores en los que hubieran podido incurrir.

Me parece que se puede afirmar que no ha habido en materia impugnativa una política legislativa de mínimos que sea aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. Aun siendo desaconsejable una infirmitad de todas las leyes reguladores de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, se echa en falta un mínimo denominador común, especialmente respecto de las que podrían considerarse “zonas comunes”. Tal es el caso, por ejemplo, del tratamiento que haya que dispensarse a las resoluciones judiciales incursas en vulneración de alguno de los derechos del art. 24.1 CE. Las contradicciones que han existido en la regulación del incidente de nulidad de actuaciones en los distintos textos legales, así como los problemas derivados de su articulación con otros instrumentos procesales, como el complemento de sentencias y autos, es buena prueba de ello. Otro dato más que apunta en esa dirección es el tratamiento que el legislador le ha dado a la casación en los distintos órdenes jurisdiccionales. Es evidente que la casación penal cumple un papel distinto que su homónima en el resto de los órdenes jurisdiccionales.

Por otro lado, la implantación del sistema recursivo pone en evidencia que no existe un principio de proporcionalidad entre la importancia que reviste una determinada materia o un sector del ordenamiento jurídico y el establecimiento de los medios de impugnación, desoyendo así las insinuaciones del TC contenidas en la STC 51/1982.

Descendiendo ya a cada uno de los órdenes jurisdiccionales, puede afirmarse que el más protegido desde el punto de vista de la ordenación de los recursos es el civil, en el que si bien se tutelan determinados derechos de la personalidad (estado civil, capacidad, etc.) es el orden en el que por excelencia se ventilan asuntos relacionados con la propiedad. Sorprende la importancia de esta protección de la “propiedad” frente a lo que sucede en orden penal. Resulta llamativo que sea éste el único orden jurisdiccional en el que, por los derechos fundamentales que se pueden ver involucrados, no haya llegado aún la gran reforma que se viene demandando desde hace tiempo y que vendría a despejar de toda duda la adecuación de nuestro sistema a las exigencias del CEDH y del PIDCyP. Sin duda, ha habido algún intento de avanzar en ello, tal y como lo demuestra la reforma de la LOPJ del 2003, que tuvo por objeto

de implantar, por fin, un doble grado de jurisdicción para los delitos más graves y que en la actualidad son objeto de conocimiento en única instancia por las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales. La adopción de esta medida, en tanto en cuanto atribuye la competencia para el conocimiento del recurso de apelación a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, seguramente llevará aparejada el abandono del sistema impugnatorio diseñado por la LEC de 2000, en especial en lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, cuya competencia para su conocimiento también atribuye la LEC a los Tribunales Superiores de Justicia. Naturalmente, la no implantación del mencionado recurso repercutirá también de forma decisiva en el diseño de casación, toda vez que la nueva LEC lo estableció para el control del derecho sustantivo. Otra vez vuelve a ponerse manifiesto que no ha habido una reflexión pausada en la implantación del sistema impugnativo que tenga en cuenta a todos los órdenes jurisdiccionales. Todo apunta a que el sistema impugnativo debe ser considerado como un bien escaso, circunstancia que no se ha tenido en cuenta para acometer una reforma global del sistema, ya que lo establecido para el orden civil puede repercutir en otros órdenes jurisdiccionales. Algunas consecuencias de esta pésima política procesal han traído como consecuencia que, en la actualidad, el sistema impugnativo de la LEC sea consecuencia de un arreglo provisional, carente de la necesaria reflexión, que tuvo que introducirse mediante enmienda en el Senado para evitar que el orden jurisdiccional quedara desprovisto de algunos medios de impugnación.

Por lo que se refiere al orden contencioso-administrativo, la tardanza en la implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo trajo como consecuencia que durante años se instalara una única instancia con un ulterior control casacional limitado. Sin duda, la importancia de los derechos que se ventilan en dicho orden hubiera aconsejado otra cosa. Las importantes críticas doctrinales de las que se ha dado cuenta no hacen más que corroborar esta idea. Aunque la Ley Jurisdiccional de 1998 vino a mejorar considerablemente las cosas, recientes reformas, como la operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha venido a restringir de nuevo el acceso a los recursos, especialmente el de casación.

8.2. La casación: el recurso estrella.

Si, como ha señalado L. Díez-Picazo el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido el derecho estrella del firmamento jurídico-constitucional español, me parece que el recurso de casación lo ha sido del derecho procesal, al menos en lo que se refiere a materia impugnativa. Así lo corrobora lo expuesto en páginas anteriores en relación con la ordenación de recursos en los distintos órdenes jurisdiccionales¹²⁴⁴. La preocupación del legislador por alejarlo de constituir una tercera instancia así como por descargar de asuntos al Alto Tribunal, ha sido una de las prioridades esenciales del legislador. Las reformas de los años 1984 y 1992, la primera en relación con la casación civil y la segunda a propósito de la contencioso-administrativa, confirman esta tendencia que ha sido además corroborada por el peso atribuido a tal medio de impugnación extraordinario en la renovación de las distintas leyes de procedimiento.

Al margen de que tales reformas hayan arrojado o no resultados en relación con la necesaria función de nomofilaxis del recurso de casación, que debería implicar resultados uniformizadores que garantizaran cierta igualdad en la aplicación de la ley, es evidente que la casación, a diferencia de lo que sucedía en la etapa preconstitucional ha dejado de actuar como “querrela de nulidad” por vicios de forma o de carácter procesal. O, expresado de otro modo: es innegable que el legislador ya no reserva a la casación ni al Tribunal Supremo un papel protagonista en la defensa de los derechos del artículo 24.1CE. El diseño del recurso de casación en la LEC de 2000 así lo evidencia y la regulación de este recurso extraordinario en el resto de los órdenes jurisdiccionales lo confirma. Este cambio radical en la función que ha de desempeñar la casación no ha tenido como contrapartida la instauración de otros mecanismos que, además del amparo constitucional, vinieran a colmar tal laguna. Más bien, ha habido etapas en las que ha sucedido lo contrario: el legislador no sólo alteró la casación para privarle de su papel universal de *querrela nulitatis*, sino que además suprimió simultáneamente otros instrumentos que servían a tal fin, como el incidente de nulidad de actuaciones. Es evidente que me estoy refiriendo a la reforma operada por la Ley 34/1984 sobre la LEC de 1881. Así, mientras la casación se iba objetivando, la subjetivación del amparo se iba también incrementando.

Esta exaltación de la casación se ha traducido en que han proliferado en las distintas leyes procesales diversas variantes de la casación: así, además de la ordinaria y la prevista en interés de la ley, se ha introducido en los órdenes social y contencioso-

¹²⁴⁴ “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial* núm. 5, pág. 41.

administrativo la casación para la unificación de doctrina. No se entiende bien, sin embargo, que el legislador haya suprimido los mecanismos procesales que permitían unificar la doctrina entre las mismas Secciones de una misma Sala del Tribunal Supremo, y que estaban previstos en algunos órdenes jurisdiccionales como el contencioso-administrativo¹²⁴⁵.

Por el contrario, se ha echado en falta la preocupación del legislador por encauzar a los medios de impugnación a una de sus finalidades que considero esenciales: la tutela de los derechos del art. 24.1 CE. No obstante, de este asunto me ocupo más adelante.

8.3. La opinión de la doctrina: ¿unanimidad en el diagnóstico?

Ya se ha expuesto de forma reiterada que los medios de impugnación cumplen un papel esencial en la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Aunque con carácter general se asume por la doctrina que los medios de impugnación son los mecanismos a través de los cuales se tutelan estos derechos, hay diversidad de opiniones a propósito de si nuestro sistema procesal y concretamente el sistema impugnativo son idóneos para cumplir esa importante labor.

Uno de los juristas que ha estudiado el tema ha sido I. Borrajo Iniesta¹²⁴⁶. Este autor sostuvo en el año 1994 que el problema general que aquejaba a nuestro ordenamiento procesal no era precisamente la falta de recursos, sino más bien todo lo contrario, su excesiva previsión que, lejos de contribuir a la depuración de las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, eran la causa de que éstas se multiplicaran¹²⁴⁷. A tal efecto sostuvo que “en nuestro sistema son muy escasos los

¹²⁴⁵ Sobre todo teniendo en cuenta que, como señala M. Taruffo (“La función de las Cortes Supremas”, *Páginas sobre Justicia Civil*, cit., pág. 99) los Tribunales Supremos actuales, como el italiano, son como grandes centros comerciales en los que cada uno puede encontrar lo que busca. Quizás mecanismos de este tipo puedan ayudar a evitar este tipo de contradicciones.

¹²⁴⁶ El trabajo de I. Borrajo fue publicado con algunas variaciones en las siguientes revistas: en la *REDC* núm.43, enero-abril 1995, bajo la rúbrica “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes” y en *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal civil y contencioso-administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 27, 1994, bajo el título “El amparo judicial: la innecesariedad e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos, y de confiárselo a órganos especializados”.

¹²⁴⁷ Afirmó en este sentido: “En cuanto a la adecuación del sistema de recursos contra sentencias de instancia para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se da una paradoja: el conjunto de recursos previsto por las leyes es tan amplio que genera más violaciones de las que sirve para reparar”, “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, cit., pág. 35.

supuestos en los que los tribunales juzgan en única instancia.” Me parece que esta afirmación es, cuando menos, matizable teniendo en cuenta que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por ejemplo, regía entonces el principio de única instancia con un ulterior control casacional reducido de forma importante por lo dispuesto en la ley que además, era aplicada de forma rigurosa por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Prosigue el autor, inmediatamente después de lo anterior, de esta manera: “Y, aun en tales supuestos, quedan abiertas diversas posibilidades: el recurso de revisión, la audiencia al rebelde o incomparecido, y la acción de indemnización por error judicial; a parte de la posibilidad, siempre abierta en teoría, de exigir responsabilidad al juzgador.” De lo expuesto en páginas anteriores, habría que concluir que tanto la audiencia al rebelde como el recurso de revisión tan sólo estaban previstos, siguiendo la tesis de Guasp, para remediar la injusticia de la sentencia por causas ajenas a la actuación del poder público¹²⁴⁸. La única vía disponible entonces sería la del error judicial, que como ya se ha expuesto resultaba absolutamente inadecuada para obtener una indemnización en la mayoría de los casos en los que el error se refería a la vulneración de la mayoría de las vertientes del art. 24.1 CE en la medida en que no podía concluirse que tal error hubiera determinado un fallo de signo contrario al obtenido. La última opción apuntada por Borrajo, como bien señala él mismo, está abierta “en teoría”. Tal opinión doctrinal, aun compartiéndola en algunos extremos¹²⁴⁹, me parece que no respondía a la realidad en el momento en que fue formulada.

No obstante, esta tesis no ha sido especialmente secundada. Sin ir más lejos, también en el año 1994, el entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en su famoso discurso pronunciado en el solemne acto inaugural del año judicial, afirmó sin más matizaciones a la hora de referirse a la vulneraciones de los derechos fundamentales por los órganos judiciales lo que se transcribe a continuación: “Pero lo cierto es que no existe, para estos supuestos, un procedimiento preferente y sumario como exige la Constitución. No es que se esté postulando aquí una duplicación de las vías judiciales, que ningún resultado positivo

¹²⁴⁸ Téngase en cuenta, además, que cuando I. Borrajo escribe lo transcrito en el texto principal, el TC aún no ha exigido a los órganos judiciales que la vía adecuada para la reparación de las situaciones de indefensión sea el llamado entonces recurso de audiencia al rebelde. Por contrario, el TC no aplicaba con carácter general el principio *pro actione* en materia de recursos, por lo que la redacción de los preceptos de la LEC de la audiencia al rebelde hacían de éste un instrumento no adecuado y viable para la reparación de las situaciones de indefensión.

¹²⁴⁹ Estoy absolutamente de acuerdo en que no deberían ser objeto de recursos devolutivos, las resoluciones judiciales interlocutorias y aquellas que no pongan fin al proceso, con las salvedades y matices que Borrajo apunta en la pág. 39 de “Reflexiones acerca de la reforma...”, cit.

aportaría, sino que, simplemente, se destaca que, para este supuesto, se carece, las más veces, de una respuesta ágil y adecuada a la presunta violación”¹²⁵⁰.

Otros autores, entre ellos, J. Gabaldón también pusieron de manifiesto en 1994 que la falta de vías para la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE eran numerosas y que incluso se habían incrementado en los últimos años como consecuencia de las reformas procesales¹²⁵¹. Asimismo, D. Córdoba Castroverde, también puso en evidencia la existencia de déficits de tutela en el sistema de recursos que imperaba en el orden contencioso-administrativo en el año 1995. Éstos, según el mencionado autor, no eran capaces de otorgar en todos los casos la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE¹²⁵². También R. Punset Planco afirmó en ese mismo año que resultaba de todo punto necesaria “la reforma de la *legislación procesal* para que, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, cupiera siempre la reacción ante aquellas vulneraciones y se garantizara en cualquier supuesto el carácter subsidiario del recurso de amparo”¹²⁵³.

Es cierto que el panorama actual no es ya el de 1994, año en el que se expresaron las opiniones doctrinales anteriores. Salvo en el orden penal, se han aprobado nuevas leyes de enjuiciamiento. Éstas podían haber arrojado mejores resultados, en especial en lo ordenado respecto al proceso civil al haber sido imposible poner en marcha el sistema de recursos previsto en el articulado de la ley y, en especial, el recurso extraordinario por infracción procesal como un instrumento universal de tutela de las garantías del art. 24.1 CE. A cambio, se ha mejorado de forma notable la situación en el orden contencioso-administrativo. Ahora bien, me parece que una de las causas que ha contribuido a la mejora del sistema impugnativo en orden a la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE ha sido la necesidad de descargar al TC del ingente trabajo producido como consecuencia del elevado número de recursos de amparo. A esta última circunstancia y a la necesidad de mirar a la jurisdicción constitucional en el establecimiento de medios de impugnación dedico el siguiente apartado.

¹²⁵⁰ *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Madrid, 1994, pág. 30.

¹²⁵¹ “¿Hacia un amparo judicial?”, cit., pág. 30

¹²⁵² “El amparo judicial en lo contencioso-administrativo”, cit., pág. 294

¹²⁵³ “Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general”, *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, dir. R. Punset Planco y J. Santos Vijande, Santiago de Compostela, 1996, Madrid, pág. 22. La cursiva la he añadido yo.

8.4. La mirada del legislador a la jurisdicción de amparo en el establecimiento de los medios de impugnación.

A lo largo de las páginas anteriores, he intentado poner de manifiesto si el legislador, a la hora de establecer el sistema impugnatorio en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, tuvo en cuenta la existencia del recurso de amparo y de los problemas que, año tras año, iban aquejando al Tribunal Constitucional como consecuencia del número creciente de aquellos, sobre todo en lo relativo a la tutela de los derechos del art. 24.1 CE. Aunque es evidente que ha existido abuso en la entrada al recurso de amparo, no es menos cierto que un repaso a la doctrina del Tribunal Constitucional, en especial de los años ochos y noventa del siglo pasado, ponía en evidencia que éste estaba obligado a cubrir, a través del amparo, los déficit de tutela existentes en la jurisdicción ordinaria, incluso en los casos en los que los propios órganos judiciales ordinarios eran conscientes de la lesión cometida. Que en el año 1990 había un problema de falta de vías para la tutela del derecho de audiencia lo demuestra no sólo el importante número de amparos que tenían por objeto su tutela, sino también la STC 185/1990, que achacó esta laguna a que el legislador no había adecuado el sistema procesal a las exigencias del artículo 24.1 CE. Sin embargo, como se ha expuesto en páginas anteriores, me parece que la acentuación del problema de la falta de vías para la reparar las situaciones de indefensión se había agravado por la actuación del legislador en el año 1984, en el que limitó por un lado el acceso a la casación por quebrantamiento de forma, que dejó de ser un cauce universal para la tutela de los derechos del artículo 24.1 y, por otro, suprimió simultáneamente el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC. Esta reforma contribuyó de manera decisiva, al menos en el orden civil, a que los casos en los que se producía una situación de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión fueran cada vez más numerosos. Fue la reforma procesal la que generó que muchos casos que antes de 1984 podían ser tutelados por existir vías procesales adecuadas para ello, se quedaran sin tutela en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Llama poderosamente la atención el hecho de que la misma norma que apostó por la supresión del incidente de nulidad de actuaciones y que propuso como vía alternativa para la declaración de nulidad la utilización de los recursos legalmente establecidos, limitara al mismo tiempo el acceso a determinados recursos que hasta ese momento habían hecho las veces de una *querella nulitatis* de carácter universal, esto es, que

habían constituido el cauce idóneo para declarar la nulidad de actuaciones en último extremo. La supresión del incidente de nulidad de actuaciones se llevó precisamente a cabo porque ésta podía interesarse a través de los recursos legalmente establecidos. Fue la misma Ley 34/1984 la que, por un lado, suprimió el incidente de nulidad de actuaciones y recondujo su denuncia a los recursos legalmente establecidos y, por otro, suprimió el carácter universal del acceso a la casación por vicios *in procedendo*. La actuación del legislador resultó, en definitiva, manifiestamente incoherente. Y mucho más si tiene en cuenta que la eficacia de determinados derechos procesales, como el de defensa, ya no dependían en 1984 de su configuración por el legislador, sino de su inclusión en la Constitución.

Ahora bien, esta no fue la única vez en la que el legislador ordenó los medios de impugnación sin tener en cuenta una de sus finalidades esenciales: asegurar que en los procesos se cumplen las garantías previstas en el art. 24.1 CE. A pesar de las apelaciones dirigidas al legislador en la STC 185/1990, el hecho de que éste no tuvo en cuenta la situación del recurso de amparo, lo confirma la aprobación de la ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma de procesal. Lejos de intentar que el “agujero negro” creado tras la reforma de 1984 en el orden civil se redujera con el fin de dar más posibilidades a los órganos judiciales ordinarios de reparar las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión que llegaban al Tribunal Constitucional, no sólo lo vino a agrandar respecto de este orden jurisdiccional, sino que se instaló en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹²⁵⁴. Dos fueron las reformas en este orden que hicieron que el número de supuestos sin tutela judicial fuera cada vez más abultado. Por un lado, porque se sustituyó el sistema de doble instancia por una casación restringida no sólo por razón de la materia sino también por la imposición de una *summa gravaminis*. Pero además y con la finalidad de homologar el entonces llamado recurso de revisión a la regulación contenida en los órdenes jurisdiccionales civil y laboral, se excluyeron como motivos idóneos para la interposición de aquel recurso aquellos que tenían por objeto la tutela de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Téngase en cuenta que antes de la reforma de 1992 el recurso extraordinario de revisión podía interponerse siempre y cuando se produjera el vicio o

¹²⁵⁴ El término “agujero negro” fue utilizado por J. García Morillo (*La protección judicial de los derechos fundamentales*, cit., pág. 192) para describir la regulación de los instrumentos de tutela del artículo 24.1 CE. Sin embargo, el agujero negro lo creaban sobre todo los casos que se quedaban sin la oportuna tutela en la jurisdicción ordinaria y acaban solicitando el amparo del Tribunal Constitucional.

el motivo que podía dar lugar a su interposición, al margen de la cuantía y de la materia del pleito, y entre éstos, la existencia de incongruencia así como la contradicción en la parte dispositiva de la sentencia.

Los cambios llevados a cabo por el legislador desde la entrada en vigor de la Constitución no hicieron más que recortar o suprimir las vías que eran idóneas para la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. No sólo se limitó el acceso a la casación que dejó de hacer las veces de una *querella nullitatis*, sino que además se suprimió el incidente de nulidad de actuaciones y se excluyeron del entonces llamado recurso extraordinario de revisión aquellos motivos en los que la injusticia de la sentencia se debía a que el órgano judicial había incurrido en la lesión de algunas proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, mientras la casación trataba de objetivarse, el amparo no dejaba de subjetivarse debido a que las sucesivas reformas procesales iban acrecentando el número de asuntos que sólo podían obtener la primera tutela de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE a través de esta última vía.

En el único punto en el que el legislador miró a la jurisdicción constitucional a la hora de acometer la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, fue para importar a la casación tanto civil como contencioso-administrativa las causas de inadmisión del recurso de amparo conectadas con el fondo del asunto. Éstas se establecieron en la jurisdicción ordinaria con el fin de agilizar el trabajo de algunas Salas del Tribunal Supremo.

La pertinencia de preguntarse por las posibilidades de tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE cuando su lesión es producto de la actuación judicial, adquiere todo el sentido en ese momento en el que el número de asuntos sin otra tutela que el amparo no era precisamente la excepción.

Naturalmente y como ha debido quedar claro por lo expuesto en páginas anteriores, es absolutamente legítimo que el legislador introduzca reformas en la casación con el objeto de alejarla de una tercera instancia. Ahora bien, si el diseño de la casación que se pretende modificar asumía un papel central en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE, el legislador debe, cuando menos, establecer otros mecanismos que absorban el trabajo que dejará de realizar el Tribunal Supremo.

Sólo se ha observado un cambio en la actitud del legislador tras la nueva reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones en el año 1997. No obstante, tal decisión, aun aliviando un poco las cosas y el “agujero negro” creado por las reformas anteriores, no se hizo con la diligencia necesaria. Si ha habido un instrumento procesal

más maltratado desde la entrada en vigor de la Constitución, ese ha sido el incidente de nulidades actuaciones. Las imperfecciones en su redacción y la inseguridad jurídica que producía tanto en los litigantes como en los órganos judiciales lo presentaban, más que como un instrumento idóneo para la tutela de derechos, en un recurso inútil que debía utilizarse antes de acudir al amparo constitucional para tener por agotada la vía judicial previa. Como es sabido, el incidente ha sido constante tocado y retocado por el legislador, provocando incluso importantes disfunciones por haber sido objeto de regulaciones distintas tanto en la LEC como en la LOPJ. Este hecho, quizás, hace tremendamente discutible que haya sido el instrumento elegido por el legislador como contrapartida a la objetivación del recurso de amparo.

La reintroducción del incidente no ha sido el único instrumento procesal que, con más o menos acierto, ha sido establecido por el legislador con la finalidad de servir de primer cauce de reparación de los derechos del art. 24.1 CE. En el ordenamiento procesal contencioso-administrativo ha habido avances en este sentido. Por ejemplo, el hecho de que el legislador haya hecho apelables todas las decisiones de inadmisión de los juzgados de lo contencioso-administrativo tiene por objeto la tutela de la vertiente nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva. Respecto a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social, su exposición de motivos permite comprobar como el legislador ha tratado de diseñar el recurso de suplicación teniendo en cuenta las disfunciones, sobre todo en orden a la vulneración de algunos derechos del art. 24.1 CE, que se habían señalado en la doctrina constitucional.

Ahora bien, no todo han sido luces en esta última etapa. También podrían situarse en esta misma línea el recurso extraordinario por infracción procesal establecido en el articulado de la LEC de 2000 y los incidentes de complementos de sentencias y autos, aunque apelar a la existencia del primero es decir bien poco pues no se aplica como un instrumento universal de tutela. El primero, porque no ha sido aplicado en los términos establecidos en el articulado de la LEC. Además y respecto del incidente de complemento de sentencias y autos, las confusiones que ha generado respecto del espacio que comparte con el incidente de nulidad de actuaciones tampoco dicen mucho a favor de la configuración que les ha dado el legislador. Debido a estas deficiencias, no pueden ser alegadas por los estudiosos del Derecho para llegar a la conclusión de que, aun creadas las vías procesales por el legislador, no han dado los frutos esperados en sede constitucional. Se manifiesta en este sentido, entre otros, G. Fernández Farreres, quien señala que, los mecanismos creados en la nueva LEC para la

tutela de los derechos de carácter procesal “son (...) útiles medios procesales para facilitar la reparación en la propia vía judicial sin necesidad de acudir al amparo judicial”¹²⁵⁵. Y añade a continuación: “Sin embargo, a pesar de esa mejoras, no por ello se ha contenido el incesante aumento de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional”¹²⁵⁶. Quizás, y entrando en el terreno de las especulaciones, el resultado arrojado en el número de amparos hubiese sido otro de haberse implantado, en los términos establecidos en la LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal. De lo que no me cabe ninguna duda es que de haberse aplicado los artículos reguladores de tal medio de impugnación, *todas* las sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales que hubieran incurrido en infracción de algunos derechos del art. 24.1 CE, hubieran tenido su oportunidad de ser tutelados por *vez primera* en los Tribunales Superiores de Justicia. Lo que importa subrayar, en todo caso, es que no es conveniente extraer conclusiones del resultado que han arrojado reformas que realmente sólo se han quedado en el papel.

8.5. La incoherencia del sistema: ¿Más impugnabilidad de la lesión de los derechos del 24.1 CE cuando su vulneración es imputable a un particular que al poder público?

Una de las grandes incoherencias que ha arrojado la regulación del sistema impugnativo ha sido precisamente esta: que, con la salvedad de lo dispuesto respecto a la revisión penal, en el resto de los órdenes jurisdiccionales han sido más impugnables las resoluciones judiciales que incurrían en alguna de las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE si habían sido vulnerados por cuestiones ajenas a la actuación del poder público que si el responsable de tal infracción había sido el juez. Tal extremo, reconocido asimismo por un sector doctrinal¹²⁵⁷, lo ha resaltado el propio TC en algunas de sus sentencias en las que ha tenido que tutelar el derecho a ser oído en el proceso. Así, en la STC 15/1996 y tras admitir que la audiencia al rebelde estaba

¹²⁵⁵ *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, publicado por la Fundación Alternativas, documento de trabajo 58/2004, Madrid, 2005, pág. 26

¹²⁵⁶ *Ibid.*, pág. 26.

¹²⁵⁷ *Vid.* entre otros, J. Montero Aroca y J. Flors Maties, *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, 2005, pág.1126. En efecto, según señalan “La supresión del antiguo incidente de nulidad de actuaciones que llevó a cabo la Ley 34/1984, produjo una anómala consecuencia de que situaciones mucho más graves que las previstas en la antigua LEC como motivos para la concesión de la audiencia al rebelde, como eran las producidas por un inexistente, defectuoso o irregular emplazamiento, tenían menos posibilidades de ser corregidas que aquellas otras en las que había existido un emplazamiento válido”.

prevista en la LEC de 1881 sólo para los casos en los que se había producido un emplazamiento válido en Derecho, estableció: “De esta accidentada regulación no existe razón alguna por la que sólo se pueda hacer una interpretación literal, la cual llevaría a la conclusión de que la audiencia al rebelde supone necesariamente un emplazamiento previo y válido y la no comparecencia por parte de los emplazados. Esta afirmación, hecha sin ninguna matización, *podría conducir a resultados arbitrarios, y aun absurdos, pues las infracciones más graves tendrán menos posibilidad de ser corregidas que aquellas otras situaciones de indefensión que, al menos han sido precedidas de un emplazamiento válido*”¹²⁵⁸.

Las mismas conclusiones habría que extraer en aquellos casos en los que la falta de emplazamiento de una parte se debía a la ocultación de su domicilio por parte del otro contendiente. De forma ilógica, la LEC siempre previó para estos casos la posibilidad de rescindir la sentencia dictada inaudita parte, mientras tal posibilidad no la tenía el litigante que no había comparecido ante el Juzgado por causas exclusivamente imputables al poder público, ya sea el órgano judicial o la Oficina judicial.

Tal incoherencia no sólo ha tenido lugar en relación con la vulneración del derecho a ser oído en el proceso, sino también con otras facetas del derecho a la tutela judicial efectiva. Un buen ejemplo lo constituye la STC 159/2002 en la que el TC tiene que asumir la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva porque la acción de revisión impedía revisar una sentencia dictada con absoluto desconocimiento de un documento que constaba en las actuaciones y que ponía en evidencia el carácter errado del fallo. Así, si un determinado documento, imprescindible para dirimir la contienda judicial, está en las actuaciones y es desconocido por el juzgador por un mero despiste o negligencia, no tendrá posibilidades de ser hecho valer si la sentencia errónea no es susceptible de ser recurrida por impedirlo así el ordenamiento. Ahora bien, si el documento estaba oculto o se había ocultado por la contraparte, la sentencia errónea podrá ser rescindida a través de la revisión. O, expresado en otros términos: el error patente imputable al juez y contenido en una sentencia es al amparo, de igual manera que la injusticia de la sentencia producida como consecuencia de la ocultación de un documento lo es a la acción de rescisión. En ambos casos el documento existe, pero mientras que en el primero no es tenido en cuenta por un error o despiste del órgano judicial, en el segundo lo es porque la ocultación de una de las partes.

¹²⁵⁸ La cursiva es añadida.

Me parece que, al margen de compartirse la tesis propuesta en este trabajo acerca de que de la Constitución sí se deriva un derecho a la existencia de recursos o medios de rescisión o anulación de la cosa juzgada, se debería admitir que los casos en los que el ordenamiento permite la rescisión de las resoluciones judiciales que sean vulneradoras de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión como consecuencia de la mala suerte —como acontece en relación con la audiencia al rebelde— o de la actuación de un tercero, deberían también comprender los casos en los que la lesión del derecho es imputable al poder público.

CAPÍTULO VI. EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN.

1. Introducción.

A pesar de la amplitud que sugiere la rúbrica del este capítulo, no es mi intención profundizar en todos los problemas que el binomio recurso de amparo-derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ha generado y seguirá generando en nuestro ordenamiento jurídico. Sólo este asunto podría ser objeto de otra tesis doctoral. Únicamente serán abordadas algunas cuestiones en relación con lo acontecido en el pasado –que creo no deberían volver a suceder— y con lo que se espera para el futuro, que, me parece, se presenta tremendamente abierto a día de hoy.

Empezaré por el pasado. No se trata de un pretérito perfecto, lejano en el tiempo, sino tremendamente cercano, casi actual. Del pasado, me interesa rescatar el papel que ha tenido que asumir el Tribunal Constitucional a través del amparo en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE como consecuencia de la inexistencia de vías procesales en la jurisdicción ordinaria. El TC ha tenido que realizar un trabajo que claramente no le correspondía, pero que él mismo asumió, a regañadientes en algunas ocasiones, como consecuencia de diversos factores, algunos que ya se han apuntado y otros que serán objeto de análisis. Centrar la atención en esta faceta del amparo no implica que deban desconocerse otros aspectos a los que ha servido el amparo del art. 24.1 CE y que nos pueden orientar para sugerir hacia dónde debe ir el nuevo amparo en relación con los derechos del art. 24.1 CE.

Por lo que se refiere al futuro, es evidente que las cosas deberían cambiar, no sólo por la reforma que ha sufrido el amparo como consecuencia de la aprobación de la LO 6/2007, de 24 mayo, sino también por la importante ampliación del objeto del incidente de nulidad de actuaciones a partir de la nueva redacción que esta misma Ley Orgánica le ha dado al art. 241 LOPJ. Aunque ya han pasado casi cinco años desde que entró en vigor la nueva normativa reguladora del amparo, aún no está clara cuál va a ser la nueva deriva de dichos instrumentos. En los dos últimos apartados de este capítulo se abordarán estas cuestiones. ¿Es posible que el nuevo incidente de nulidad de

actuaciones pueda convertirse en un eficaz mecanismo de tutela de los derechos del art. 24.1 CE? ¿Qué es posible esperar del nuevo amparo en materia de 24.1 CE?

2. El recurso de amparo y el art. 24.1 CE antes de su objetivación: un amparo de casos.

2.1. Punto de partida. El amparo de los derechos del art. 24.1 CE: un problema heterogéneo.

La doctrina se ha venido refiriendo desde hace tiempo al “problema” del amparo constitucional. Tal afirmación, sin ser incorrecta, debe ser matizada ya que hay determinados amparos que no plantean ni le suponen problema alguno al Tribunal Constitucional. El problema del amparo viene generado, sobre todo, por la sobrecarga de trabajo que el Tribunal Constitucional ha venido soportando desde hace tiempo que puede, incluso, llevarlo al colapso. Y es evidente que el artículo 24.1 CE ha tenido y tiene mucho que ver en esto. Probablemente, si el TC no hubiera sido víctima de esta sobrecarga de trabajo, nadie se hubiera planteado seriamente la necesidad de modificar el régimen jurídico de este instrumento de tutela de determinados derechos fundamentales.

Sin duda, el amparo del art. 24.1 CE presenta muchos más aristas y cuestiones de las que aquí se abordarán y que, seguramente, requieren otros tratamientos. Pero es importante insistir en que el problema del amparo no es sólo el 24.1 CE, sino que el amparo del art. 24.1 CE presenta a su vez otros tantos problemas de naturaleza absolutamente heterogénea. Afirmar lo contrario sería demasiado simplista y además un mal punto de partida para intentar solucionar o minimizar los problemas que se derivan de la tutela de los derechos incluidos en el art. 24.1 de la CE.

Hace ya tiempo, F. Rubio Llorente apuntó que no “parece dudoso que el artículo 24 de la Constitución posee una especial y negativa virtud para poner de relieve los aspectos más problemáticos del recurso de amparo”¹²⁵⁹. A partir de consideraciones basadas únicamente en criterios de eficacia, no faltan razones para preguntarse los motivos por los que el TC ha dedicado tantos esfuerzos al amparo del art. 24.1 CE cuando a través del mismo no se sabe qué es lo que en realidad se protege –si derechos

¹²⁵⁹ “El recurso de amparo”, *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, cit., pág. 53.

sólo instrumentales o derechos no siempre fundamentales que son en realidad los que han dado origen a la contienda judicial¹²⁶⁰—, o incluso si se protege algo, ya que en ocasiones es evidente que las sentencias estimatorias del TC en las que se declara vulnerado algún derecho del art. 24.1, son meramente “platónicas”, que confieren el fuero pero no el huevo. Hay ejemplos en la jurisprudencia constitucional que ponen incluso en evidencia que la estimación a través del amparo del derecho de carácter procesal se ha traducido en un empeoramiento o disminución del derecho sustantivo que llevó a los ciudadanos a impetrar la tutela judicial efectiva¹²⁶¹. ¿Merece la pena que el TC haya dedicado tantos esfuerzos a amparar derechos instrumentales? ¿No será, más bien, que a veces el Tribunal Constitucional ha utilizado el recurso de amparo del art. 24.1 CE, más que para proteger derechos, para controlar a los órganos judiciales?

Me parece, no obstante, que cuestionar o relativizar que los particulares tengan derecho a instar la garantía de este tipo de derechos, por más instrumentales que sean, tiene, hoy por hoy, pocas posibilidades de éxito. Me parece meridianamente claro que la interpretación expansiva que ha hecho nuestro TC del art. 24.1 CE no es una excepción que no tenga parangón en otros ordenamientos. No hay más que echar un vistazo a la jurisprudencia que el TEDH ha elaborado del art. 6 CEDH. Si en realidad la Constitución mediante la iusfundamentalización del art. 24.1 CE está constitucionalizando un determinado tipo de proceso, que genera verdaderos derechos de los particulares frente al poder público, ha de asegurar que éstos se acomoden a los postulados constitucionales. No es indiferente ni para la Constitución ni para el

¹²⁶⁰ Tal y como ha señalado F. Rubio Llorente (“Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *REDC* núm. 67, 2003, págs. 52-53), los titulares de los derechos fundamentales —indisponibles para el legislador— los invocan “por lo general en relación con algunos derechos simplemente «legales», y al pedir al juez un remedio eficaz de su vulneración, lo que realmente esperan es que éste satisfaga el derecho «legal» que creen también tener frente al poder, o más frecuentemente frente a terceros”.

¹²⁶¹ Esto es lo que sucedió en el caso resuelto por la STC 241/2000. Dicha sentencia resuelve un segundo recurso de amparo interpuesto por una mujer en su nombre y en el de su hijo contra una sentencia de una Audiencia Provincial que fijó la cuantía de las indemnizaciones que éstos tenían derecho a percibir como consecuencia de un accidente sufrido por su compañero y padre de su hijo. Esta segunda sentencia se dicta de nuevo como consecuencia de la declaración de nulidad de la que anteriormente había sido dictada en mismo proceso, debido a que fue recurrida en amparo al considerar que no estaba motivada. Una vez estimado el recurso de amparo por el TC por falta de motivación, éste acordó retrotraer las actuaciones para que el órgano judicial dictara nueva resolución conforme a las exigencias constitucionales. En esta segunda sentencia se produjo un efecto peyorativo en la recurrente de amparo y en su hijo (reducción de la cuantía de las indemnizaciones) que no se hubiera producido si la recurrente hubiera decidido no recurrir en su día la sentencia en amparo o si el TC hubiera inadmitido o desestimado el recurso. La STC 241/2000 desestima el recurso de amparo interpuesto contra la nueva sentencia al considerar que cuando estimó el primer recurso de amparo no garantizó ningún derecho material al mantenimiento o a la elevación de la indemnización, sino un derecho a obtener una sentencia motivada y la segunda sentencia dictada por el órgano judicial, aun minorando la indemnización, debería considerarse conforme a exigencias derivadas del art. 24.1 CE.

Derecho que el juez acierte, aunque para ello tenga que prescindir de las garantías que la Constitución asegura a los litigantes. Estoy pensando, por ejemplo, en la obligación de motivación de las resoluciones judiciales. La necesidad de que el órgano judicial consigne en su resolución los motivos que sustentan el fallo obedece a unas cuantas razones que no pueden omitirse a partir de la creencia de la justicia de su resolución. El sometimiento del juez a la ley y el que ésta es en realidad la que otorga legitimación a cada una de las decisiones judiciales es razón suficiente para ello. En un Estado que tiene una Constitución como la nuestra a la cabeza del ordenamiento jurídico, no hay razón si quiera para considerar pertinente la pregunta acerca de la necesidad de que los órganos judiciales motiven sus resoluciones.

Además de estos interrogantes que surgen desde una perspectiva utilitarista, también surgen otros problemas cuando se analiza el problema del amparo desde un punto de vista funcional. Son tres, me parece, las cuestiones a destacar.

Una de ellas, quizás la que ha acaparado mayor atención de la doctrina, es la intromisión del Tribunal Constitucional en cuestiones ajenas a su competencia a través, sobre todo, de la amplitud de contenidos de que ha dotado al genérico derecho a la tutela judicial efectiva. La *vis expansiva* que ha experimentado el derecho a la tutela judicial efectiva se ha traducido en algunos casos en la limitación de la autonomía interpretativa de los jueces y tribunales en relación no sólo con las leyes procesales, sino sobre cualesquiera otras insertas en el ordenamiento jurídico. Esta realidad, sin dejar de ser cierta, no es exclusiva ni de la propia existencia del recurso de amparo ni tampoco de que el derecho a la tutela judicial efectiva haya pasado a ser, por voluntad del constituyente, un derecho fundamental amparable. Respecto del primer asunto, esto es, a que la jurisdicción constitucional penetre en cuestiones de legalidad tanto sustantiva como procesal, y que esto genere problemas y tensiones con los integrantes del Poder Judicial en la medida en que limita la libertad interpretativa de éstos, es una realidad que se ha dado en otros países de nuestro entorno que no tienen o no cuentan con un instrumento similar a nuestro recurso de amparo constitucional. Las tensiones entre ambas jurisdicciones y las posibles intromisiones de la jurisdicción constitucional en cuestiones de legalidad ordinaria están aseguradas a través del control incidental de la ley, en el que los integrantes del Poder Judicial juegan un papel decisivo. Italia puede ser un buen ejemplo para ilustrar esta realidad. Los principios de conservación de la norma y de interpretación conforme a la Constitución obligan al Tribunal

Constitucional a hacer uso de las sentencias interpretativas a través de las cuales, el TC acaba por imponer una única interpretación de la ley vinculante para el resto de los órganos judiciales.

Por otro lado, y respecto a la segunda cuestión, no es cierto en absoluto que el Tribunal sólo expanda su ámbito de competencia en la interpretación de la ley —en detrimento de la jueces y tribunales— a través del amparo en el que el derecho fundamental invocado es el 24.1 CE. También otros preceptos, en especial los arts. 14 y 25 CE, han permitido al TC ampliar de forma considerable su competencia y, quizás, sobrepasar la difusa línea que separa la legalidad de la constitucionalidad. En ambos casos, el problema no deriva ni de la existencia misma del amparo ni tampoco de la configuración jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva. El problema es previo y tiene que ver con la existencia de dos jurisdicciones separadas: una de la legalidad y otra de la constitucionalidad. La cuestión fundamental que subyace a este problema es que el TC no sólo es el supremo interprete de la Constitución, sino que es además, el último intérprete de la constitucionalidad¹²⁶². A lo anterior, hay que sumarle, además, la imposibilidad de trazar una línea divisoria entre las cuestiones de constitucionalidad y las de mera legalidad. Así lo puso tempranamente de manifiesto el TC en el FJ 3º de su STC 50/1984, al afirmar: “La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le está encomendada”. La asunción de la realidad tal y como ha sido expresada por el TC, ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que es muy difícil, por no decir imposible, construir una dogmática que tenga por objeto la distinción nítidamente entre

¹²⁶² Así lo han puesto de manifiesto tempranamente F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes, “La jurisdicción constitucional”, *La Constitución Española de 1978*, dir. A. Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1980, págs. 849-850. Un año más tarde y abundando en este sentido, M. Aragón Reyes, “Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional”, *AAVV*, Madrid, 1981, pág. 571-573.

“constitucionalidad y legalidad”¹²⁶³. Los problemas que genera esta situación creo que sólo podrán mitigarse a través de dos vías. Por un lado, apelando a la autocontención o *self restraint* del Tribunal Constitucional. Por otro, mediante la asunción por parte de los órganos judiciales ordinarios de la posición que el TC ostenta en nuestro sistema. Me parece que ninguna de las dos vías puede conseguirse a través de su imposición legal. Sólo a través de la colaboración entre ambas jurisdicciones es posible alcanzar el objetivo antes señalado. En este último sentido resulta muy sugerente la conclusión avanzada por M. Ahumada Ruíz al afirmar que “[Q]uizá la tendencia apreciada en los tribunales constitucionales a convertirse en jueces de jueces, y a colocarse en la posición de un tribunal supremo, tenga que ver, no con el interés de estos tribunales por «cuestiones de legalidad», como a veces se les reprocha, sino con el interés por controlar la actividad de los jueces ordinarios ejerciendo la *judicial review* mientras deciden litigios y, en particular, con la pretensión de asegurarse la «la última palabra» en materia de interpretación de la constitución”¹²⁶⁴.

El segundo de los problemas que evidencia el amparo del art. 24.1 CE, es la falta de vinculación que los órganos judiciales han mostrado a la doctrina del TC recaída respecto a las distintas vertientes de este derecho. El amparo se convierte así en un instrumento a través del cual el TC impone su doctrina frente a la sostenida por los órganos judiciales ordinarios. Tal y como se ha señalado, “un porcentaje muy elevado de Sentencias de amparo son de mera aplicación de doctrina constitucional perfectamente consolidada. Su *ratio decidendi* no innova ni siquiera modula la *ratio* sentada en Sentencias precedentes”¹²⁶⁵.

En realidad, podría pensarse que esta circunstancia no es más que una de las manifestaciones de lo que se ha expuesto anteriormente. Sin embargo, me parece que tal conclusión no es del todo acertada. Las causas que generan esta situación son, seguramente, de diverso orden. No siempre el desconocimiento o el apartamiento por parte del juez de la doctrina constitucional tienen un carácter deliberado. Tal como han señalado algunos autores, la doctrina constitucional en materia de 24.1 CE es tan amplia y tan rica en matices, cuando no contradictoria en algunos casos, que en

¹²⁶³ Vid, por todos, F. Rubio Llorente, (“Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo Europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, cit., pág. 66), quien ha afirmado que “[E]l intento de construir una dogmática que permita distinguir nítidamente entre «constitucionalidad» y «legalidad» tiene escasas posibilidades de éxito”.

¹²⁶⁴ *La jurisdicción constitucional en Europa*, Cizur Menor, 2005, pág. 312.

¹²⁶⁵ C. Viver i Pi-Sunyer, “El proceso constitucional de amparo:...”, cit. pág. 1804.

ocasiones se hace difícil discernir cómo debería ser aplicada a un supuesto concreto¹²⁶⁶. Como se ha visto en el capítulo tercero de este trabajo, el TC ha introducido en relación con el control de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva un criterio esencial a la hora de determinar si una actuación judicial es o no vulneradora del derecho: la toma en consideración de las circunstancias que concurren en el caso concreto. El resultado arrojado por la ponderación realizada por el TC a partir de las circunstancias concretas de cada caso es, en ocasiones, o poco previsible o incluso imprevisible en algunos supuestos.

En otras ocasiones, este apartamiento de la doctrina constitucional se debe a otros fenómenos. En efecto, a veces el juez, aun consciente de que quizás no está del todo apegado a la doctrina constitucional en la resolución de un asunto concreto, encuentra buenos argumentos que le hacen relativizar tal infracción. Estoy pensando en las obligaciones que se derivan del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En muchos casos, el juez constitucional no tiene en cuenta que la respuesta del juez al caso concreto, aun apartándose de la doctrina referida al canon de motivación, es la justa y correcta. La actividad revisora desplegada en este caso por el TC tiende a proyectarse más que sobre los derechos de las partes, sobre las obligaciones impuestas por la Constitución a los órganos judiciales. Ahora bien, en estos casos no hay que perder de vista dos cuestiones. Por un lado, pedir al TC que flexibilice su doctrina acerca de la obligación de motivar, le obliga a apelar al “efecto útil” del amparo, lo cual le obliga a entrar en la cuestión de legalidad que ha sido objeto del proceso. ¿Es esta una salida más respetuosa con el órgano judicial? Sinceramente me parece que no. Como ya se ha expuesto en el capítulo tercero, el TC manejó en los primeros años de la década de los noventa el criterio del “efecto útil” del amparo en relación con la obligación de motivación de las resoluciones judiciales, lo que le llevaba a estudiar, aun someramente el fondo del asunto. Probablemente esta vía fue abandonada por el TC precisamente por la razón que se acaba de apuntar. En segundo lugar, hay otro argumento más importante si cabe que anterior, y es que la función jurisdiccional se legitima precisamente por la vinculación del juez a la ley y al

¹²⁶⁶ Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, L. M^a Díez-Picazo (Introducción a la Mesa 2: «Tribunal Constitucional y derechos fundamentales», *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2007, pág. 508) que ha sugerido incluso que se elabore una Ley Orgánica que sistematice la jurisprudencia del TC recaída en relación con los derechos insertos en el art. 24.1 CE.

ordenamiento jurídico en su conjunto. La motivación es, evidentemente, un requisito que apunta a verificar este sometimiento.

En otras ocasiones, la falta de sometimiento a la doctrina del TC se justifica por el juez en la autoridad de la ley. Cuando la ley es clara la doctrina constitucional que trata de modularla para interpretarla conforme a la Constitución, se encuentra con la oposición del juez. El resultado de estas fricciones ha estado presente desde la puesta en marcha de TC y no ha sido exclusiva del TS. No hay más que recordar las constantes negativas del ya desaparecido Tribunal Central de Trabajo (TCT) en relación con la posibilidad de subsanación de la firma de letrado en el escrito de suplicación y que dieron lugar en su día a más de una decena de sentencias de amparo, o las de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con la subnación de la habilitación del letrado no colegiado en Madrid, para actuar ante el TS, por decir, para terminar con los ejemplos, los problemas que ha originado la citación judicial a través de los edictos. Según afirmaba el TCT, los términos tan certeros en los que estaba redactada la LPL, impedían considerar, en los términos en los que establecía el TC, que la falta de firma de letrado fuera un requisito subsanable. El amparo se convirtió en estos casos en el único modo de imponer la vinculación de los órganos judiciales ordinarios a su doctrina y también, dicho sea de paso, para proteger el derecho del perjudicado por la resolución judicial. Quizás, en alguna de estos supuestos, el problema de inconstitucionalidad estaba más próximo a la ley, que a la forma en la que los órganos judiciales aplicaban ésta.

Además, tal como ha señalado F. Rubio Llorente, la concesión del amparo “por [la] inconstitucionalidad de la norma aplicada es sólo una eventualidad”¹²⁶⁷. Lo anterior implica que “existen otros actos violatorios de derechos que coexisten con leyes perfectamente constitucionales (y la violación del derecho se produce porque el órgano del poder responsable de la violación ha infringido la ley), o que se producen al margen de la ley y en su ausencia”¹²⁶⁸. Los problemas que esto genera en relación con los derechos de configuración legal, como los previstos en el art. 24.1 CE, generan especiales tensiones entre legislador, Tribunal Constitucional y juez ordinario.

Como ya se apuntó en el capítulo tercero de este trabajo, a pesar de que el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión son derechos de configuración legal, también lo son de configuración jurisprudencial. El derecho a la

¹²⁶⁷ “El recuso de amparo”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit. pág. 54.

¹²⁶⁸ *Ibidem*, pág. 34.

tutela judicial efectiva ha sido, en buena medida, configurado por obra del TC a través del amparo. El Tribunal, concretando o visualizando el “contenido esencial” del derecho, no el contenido legalmente declarado del derecho, ha extraído no sólo principios, sino también verdaderas reglas. Siguiendo nuevo otra vez a F. Rubio Llorente, se puede afirmar que no deja de causar sorpresa el hecho de que el TC afirme su carácter de derechos de configuración legal y que a la vez les reconozca un contenido material que le lleva a imponer obligaciones al juez sin que éstas estén previstas en la ley¹²⁶⁹. Esta peculiaridad también ha llevado a que el TC censure actuaciones judiciales vulneradoras de ese reducto esencial del derecho que sin embargo podían tener cobertura en la ley. Esta situación pone en evidencia que, al menos en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, ha habido, tal y como he apuntado con carácter general P. Cruz Villalón, más amparo frente al juez que frente al legislador¹²⁷⁰.

Cuando un órgano judicial se separa de forma consciente o inconsciente de la doctrina constitucional, el amparo se convierte en una verdadera revisión. Esta técnica, tal como ha apuntado P. Pérez Tremps es la más eficaz, a la vez que la más tradicional, para asegurar la primacía del TC frente a los órganos judiciales¹²⁷¹.

El último de los problemas que genera el amparo del artículo 24.1 CE es el hecho de que éste, a diferencia de los anteriormente señalados, no tiene efectos revisores, sino que viene a cubrir los déficits de tutela que presenta la regulación de la jurisdicción ordinaria. El TC en estos casos, no corrige ni se impone al criterio del juez, sino que *suple* su actuación. Han sido pocos los autores que se han parado a estudiar este problema a fondo. Y respecto de los integrantes del Poder Judicial, llama de forma especial la atención que sólo hayan mostrado su descontento con el TC cuando éste ha incidido en cómo debe llevarse a cabo la interpretación de la ley conforme a la Constitución –limitando su capacidad interpretativa—, y no cuando el TC se ha limitado a hacer una función correctora sobre errores graves y flagrantes en los que han incurrido los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional. En estos

¹²⁶⁹ *Ibíd.*, pág. 56.

¹²⁷⁰ “El recurso de amparo constitucional I. El juez y el legislador”, VVAA, *Los procesos constitucionales, Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Madrid, págs. 117-122. Posteriormente en el mismo sentido en “Sobre el amparo”, cit., pág.495

¹²⁷¹ Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid, 1985, pág. 240. Según P. Pérez Tremps, la posición de último garante de los derechos y libertades que ostenta el TC “no se reduce a un mero *status*, más o menos formal, sino que por el contrario, tiene su garantía en la técnica jurisdiccional más clásica de todas: la revisión con los efectos de nulidad, en su caso, del acto enjuiciado y de los derivados de aquel.

casos, el silencio del Poder Judicial ha sido, cuanto menos, revelador. En efecto, los episodios de protesta más virulentos a los que dieron lugar, entre otras, las SSTC 212/1994, 7/1994 y 63/2005 tienen en común que el motivo de discordia es el modo en que ha de interpretarse la ley. Esta reacción no se ha dado en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional corrige un error fáctico patente a pesar de que tales casos podían haber sido tutelados a través de la declaración de error judicial. Quizás este hecho sugiere que el enfrentamiento entre jurisdicciones lo es, no por mantener a ambas jurisdicciones en el ejercicio de sus respectivas competencias, sino por decir la última palabra sobre el Derecho. El conflicto o las fricciones de la jurisdicción ordinaria con la constitucional lo son sólo por mantener el poder de interpretación del Derecho, que corresponde al Poder judicial y que se agudiza en el caso del TS con la base a lo que dispone el art. 123 CE y por tener asignada la función nomofiláctica, reservada al recurso de casación.

En términos generales, podría considerarse que éste —el del amparo como instrumento que cubre los déficits de tutela de la jurisdicción ordinaria— es un problema menor no sólo desde un punto de vista cuantitativo sino también cualitativo. Respecto al primero de los apuntados, el cuantitativo, no creo que haya sido un problema menor, a pesar de lo que pudiera parecer a primera vista tal y como se expondrá más adelante. Es más, podría considerarse que en algunos años de actividad del TC han sido más numerosos los casos en los que el Tribunal ha intervenido para reparar errores que para rectificar la interpretación de la ley que hacen jueces y tribunales. Y respecto a lo segundo, no deja de ser peligroso que un Tribunal Constitucional tenga que estar dedicado a determinadas tareas que simplemente no le corresponde desempeñar. Más adelante se expondrán las consecuencias que de esta práctica se han derivado en el caso español y que como se verán, no son inocuas o inofensivas ni para el propio órgano al que se le encomienda el control de constitucionalidad ni tampoco para la protección de los derechos fundamentales.

A continuación se analizan las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión en las que se ha apreciado por el TC un déficit en su protección por la jurisdicción ordinaria.

2.2. El recurso de amparo como recurso: un remedio a determinados déficits de tutela de la jurisdicción ordinaria.

El título del epígrafe puede dar lugar a alguna confusión acerca de lo que voy a exponer a continuación. No me adentraré en la polémica acerca de la naturaleza jurídica del recurso de amparo que ha acaparado la atención de un sector doctrinal con el objeto de determinar si éste, el amparo, es un verdadero recurso, similar a los previstos en la jurisdicción ordinaria, o si se trata de un proceso autónomo, no equiparable a cualesquiera de los medios de impugnación implementados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria¹²⁷².

Lo que se pretende en las siguientes páginas es mucho más modesto. Se trata de poner de manifiesto como el TC se ha situado en primera línea de defensa de determinadas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión. En algunos casos, este hecho se produce respecto a derechos del art. 24.1 CE que podrían calificarse de imprescindibles o necesariamente protegidos por la Constitución, como ocurre, por ejemplo, en relación con el derecho de audiencia. En otros casos, la intervención del Tribunal tiene lugar respecto a vertientes del derecho que encuentran su acomodo en el derecho a la tutela judicial efectiva debido a inexistencia de vías para dejar sin efecto determinadas resoluciones judiciales. Ya sólo la enunciación de este fenómeno, esto es, que determinadas facultades pasen a integrar o a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial por no disponer de vías para su reparación ante la jurisdicción ordinaria, muestra, creo, la importancia del problema.

2.2.1. El recurso de amparo como recurso común y general en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE: su aceptación por el TC.

Otra vez, como otras tantas a lo largo de la tesis, he de referirme a la STC 185/1990. Como ya se expuesto en diversas partes de este trabajo, en esta importante sentencia el TC resuelve una autocuestión de constitucionalidad cuyo objeto consistió en determinar si el art. 240.1 LOPJ en su redacción original, era o no vulnerador de

¹²⁷² Entre los autores que consideran al amparo como un verdadero “recurso”, pueden verse, F. Rubio Llorente, “El recurso de amparo”, cit., pág. 55. También, L. Díez-Picazo y Ponce de León (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la defensa de los derechos fundamentales”, cit., pág. 21), Asimismo, P. Cruz Villalón (“Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, pág. 492) ha señalado al respecto que “[P]or más que digamos que el recurso de amparo no incorpora formalmente una instancia superior dentro de un mismo proceso, materialmente es un órgano revisor de previas resoluciones judiciales emanadas de otros tribunales a los que se ha acudido en amparo”.

diversos preceptos constitucionales en la medida en que impedía al órgano judicial declarar la nulidad de actuaciones una vez hubiera dictado sentencia definitiva en el proceso. Aunque ya ha sido objeto de tratamiento tanto una buena parte de la sentencia como la respuesta ofrecida por el TC, conviene en esta ocasión rescatar las posiciones, absolutamente divergentes, sostenidas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal a propósito de lo que debía ser el amparo constitucional y la labor del Tribunal Constitucional.

El Abogado del Estado solicitó que se dictase sentencia desestimando la cuestión de inconstitucionalidad. Según el defensor del Estado, el artículo 240.2 LOPJ “sólo engendra una dificultad constitucional cuando no existe ninguna vía de derecho disponible ante los órganos del Poder Judicial que permita invalidar o privar de eficacia cualquier sentencia, abstracción de que sea o no firme. Si cabe recurso, ordinario o extraordinario, será esta vía y no la nulidad de actuaciones a la que habrá de acudir, por lo que el problema constitucional surge, [...] cuando en la esfera del Poder Judicial no haya remedio posible contra la Sentencia o resolución que culmina un procedimiento viciado y el vicio entraña violación de un derecho fundamental. *Por ello, el inciso cuestionado es constitucionalmente inocuo desde el punto de vista a la tutela judicial efectiva, ya que habrá lesión de este derecho sólo si afirma que es contrario a la Constitución que existan casos en que una acción u omisión judicial violadora del art. 24.1 CE no pueda ser previamente remediada en la esfera del poder judicial, sino sólo mediante el amparo constitucional, por lo que la lesión del artículo 24.1 de la CE depende de la configuración que reciba el carácter subsidiario del recurso de amparo (art. 53.2 CE)*”¹²⁷³. La posición del Abogado del Estado no podía ser más clara: si se aceptaba que el recurso de amparo podía cubrir las lagunas existentes en la jurisdicción ordinaria, la Ley debía declararse constitucional. Para el Abogado del Estado la Constitución “no impone al legislador la necesaria procedencia de un remedio judicial antes del amparo constitucional, de manera que éste no pueda convertirse en un recurso o medio de protección directo contra la vulneración de los derechos fundamentales [...] [La] CE (arts. 53.2 y 161.1 b) deja abiertas al legislador muy diversas posibilidades de organizar el amparo de los derechos a los que se refiere el art. 53.2 CE, *de modo que puede aquél graduar la subsidiariedad del amparo constitucional, incluida la remisión implícita a todo o parte del ordenamiento procesal*

¹²⁷³ La cursiva es mía.

o a la tácita permisión del amparo directo cuando no exista un recurso establecido por el legislador contra un acto u omisión lesivo de un derecho fundamental”¹²⁷⁴. El planteamiento del Abogado del Estado obligaba al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre la naturaleza y función del amparo. Que el Tribunal Constitucional aceptara las tesis sostenidas por el Abogado del Estado le obligaba también a aceptar que en algunos casos su función se correspondiera con la de un órgano judicial de instancia y que el recurso de amparo pasara a ser un recurso como los previstos en la jurisdicción ordinaria.

El Fiscal, sin embargo, no barajó esta tesis en sus alegaciones. Éste solicitó que se dictase sentencia desestimatoria pero, a diferencia de lo sostenido por el Abogado del Estado, interesó que la sentencia fuera interpretativa en el sentido de permitir al Juez o Tribunal acordar la nulidad de actuaciones en todos los casos en los que en el proceso se hubiera vulnerado un derecho fundamental. El Fiscal solicitó de forma subsidiaria que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 240.2 LOPJ en el inciso “antes de que hubiere recaído sentencia definitiva”. El Ministerio Público sostuvo que la constitucionalidad del precepto no podía fundarse en la posibilidad de que el amparo constitucional pudiera funcionar como medio de tutela en estos casos. Según éste, esta solución del problema traería como consecuencia una desnaturalización del amparo al transformarse éste “en un medio *ordinario y directo* de protección de los derechos fundamentales”¹²⁷⁵, lo que contravendría claramente el artículo 53.2 de la Constitución. Por este motivo, para el Fiscal la declaración de constitucionalidad de la norma pasaba única y exclusivamente por encontrar una interpretación del artículo 240.2 LOPJ que permitiera al juez declarar la nulidad de las actuaciones seguidas en todo proceso en el que se hubieren violado derechos fundamentales, con independencia de que hubiere recaído o no sentencia definitiva¹²⁷⁶.

¹²⁷⁴ La cursiva es mía.

¹²⁷⁵ Se añade la cursiva.

¹²⁷⁶ Según el Ministerio Fiscal existían en nuestro ordenamiento jurídico otros preceptos legales que posibilitaban superar una interpretación literal del artículo 240.2 LOPJ. Basándose en la teoría de la inexistencia de los actos procesales (*quod nullum est nullum effectum*), el Ministerio Fiscal mantuvo que el artículo 240.2 LOPJ en relación con los artículos 7.2 y 238.3 del mismo cuerpo legal y 6.3 del Código Civil, podía ser interpretado en el sentido de que, dándose en el proceso un vicio susceptible de generar indefensión o la vulneración de otro derecho fundamental, el Juez o Tribunal se encuentra facultado para decretar de oficio la nulidad del acto, aunque hubiese recaído ya sentencia definitiva. Y esto porque un acto dictado en esas condiciones carecería de toda validez, esto es, sería inexistente, y sería obligación del propio Juez poner en evidencia este extremo.

El Tribunal Constitucional acogió, aunque con matices, las tesis mantenidas por el Abogado del Estado. Y así lo hizo constar en el FJ 5º de la Sentencia cuando afirmó: (...) la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 CE al no posibilitar *mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario* ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales la corrección de estas vulneraciones, convierte (...) al de amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme”¹²⁷⁷.

Esta forma de solucionar la controversia dice mucho, desde mi punto de vista, del concepto o idea que Tribunal Constitucional tenía entonces de sí mismo. Si admitía que el recurso de amparo debía convertirse en una vía común y general para impetrar la primera tutela del derecho de audiencia, también estaba asumiendo que el TC debía situarse en la primera línea de defensa de los derechos fundamentales, lo cual le llevaría a desempeñar una función no muy distinta a la que realizaban el resto de los órganos judiciales. Naturalmente, aceptar esta posición suponía asumir un protagonismo ineludible en la tarea de tutelar ordinariamente los derechos fundamentales. En este modelo de amparo adquiere un peso especialmente relevante su vertiente subjetiva.

Esta aceptación del TC de constituirse en un tribunal que se sitúa en la primera línea de la defensa de los derechos fundamentales tiene lugar simultánea o coetáneamente a las propuestas doctrinales tendentes a instaurar un modelo de amparo más centrado en su vertiente objetiva que en la subjetiva. Podemos decir que por un lado ha ido la práctica y la función del Tribunal y por otro la doctrina, en la medida en que reclamaba otra forma del entender el recurso de amparo que pasaba necesariamente por descargar al Tribunal de esta función de tutelar ordinariamente los derechos fundamentales.

2.2.2. Los casos que ilustran la tesis.

Se ha hablado, con razón, de que ha existido un uso exagerado del amparo. Es evidente que parte de la responsabilidad de que esto sea así la han tenido los letrados que lo han utilizado en algunos casos como un medio para intentar dilatar en el tiempo

¹²⁷⁷ La cursiva es mía.

la ejecución una sentencia desfavorable. Incluso como una última oportunidad donde obtener, al menos, la declaración de nulidad una resolución judicial que resulta adversa a sus intereses, aunque la última palabra sobre el asunto se otorgue de nuevo por el TC a los tribunales ordinarios mediante la técnica de la retroacción. Esta utilización, torticera en algunos casos, del recurso de amparo constitucional ha venido también motivada por la amplitud que el TC le ha concedido al derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Desde luego, la afirmación del derecho a la justicia en los términos en los que está redactado el art. 24.1 CE permite la *vis expansiva* o el sobredimensionamiento del que ha sido objeto el art. 24.1 CE.

Ahora bien, el sobreuso y abuso del amparo, también hay que atribuirlo, en buena parte, a lo que ya se ha dicho en los capítulos anteriores. El diseño de los medios de impugnación ha dado lugar a que el amparo se convirtiera en un número importante de supuestos en el único remedio frente a vulneraciones de derechos fundamentales insertos en el artículo 24.1 CE. El TC se ha limitado en muchos casos a servir de cauce de nulidad para devolver de nuevo el asunto al órgano judicial.

A continuación se repasan algunos de estos supuestos.

2.2.2.1. El importante protagonismo desempeñado por el Tribunal Constitucional en la tutela del derecho de audiencia y sus consecuencias.

Hace ya varios años, F. Rubio Llorente, puso de manifiesto en su “sexta tesis” sobre la jurisdicción constitucional en Europa¹²⁷⁸, que el intento del legislador por descargar al TC de asuntos mediante la agilización del trámite de admisión “no libra al Tribunal de la necesidad de conocer y decidir en el fondo un sinnúmero de asuntos deducidos al amparo del art. 24 de la Constitución (...), cuya solución, no ya para descargar al Tribunal Constitucional de una carga que no es suya, sino en simple beneficio de la justicia y su rapidez tiene su sede propia en los órganos judiciales ordinarios. En lo que toca a este extremo, y ciñéndome ya en exclusiva al caso español, la responsabilidad del legislador no viene sólo de su pasividad, sino en alguna medida, de su propia

¹²⁷⁸ “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *REDC* núm. 35, 1992, págs. 34-35.

actividad”¹²⁷⁹. Con tal afirmación, F. Rubio Llorente, entonces Magistrado del Tribunal Constitucional venía a poner de manifiesto que, debido en unos casos a la acción del legislador y en otras a su inacción, el Alto Tribunal estaba situado en la primera línea de defensa de algunos derechos fundamentales y, especialmente del derecho de audiencia. Más claro no se puede decir: “(...) se ha creado una disparatada situación en la que todos los tribunales del país, incluido el Tribunal Supremo, cuando después de dictar sentencia advierten haber incurrido en un error grave de procedimiento, no tienen otro modo de remediarlo que el de recomendar a los justiciables víctimas del error que inicien un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional”¹²⁸⁰. Y sí, fueron varias las veces en las que el Tribunal Supremo tuvo que indicar al litigante la vía del amparo para poder remediar una situación evidente de indefensión¹²⁸¹.

En efecto, una vez que el legislador procedió a la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, a la limitación al acceso a la casación quebrantamiento de forma, sin ampliar a su vez las causas que podían dar a la rescisión de sentencias, el TC se convirtió en un tribunal prácticamente universal encargado de dispensar la *primera* tutela de algunos defectos causantes de indefensión y muy especialmente, del derecho a ser oído en el proceso. El tipo de control que el TC tuvo que realizar para verificar si en cada caso había o no vulneración del derecho de audiencia fue extremadamente amplio en el sentido de que no sólo debía conocer del derecho aplicado al caso, sino también de las circunstancias fácticas que habían coadyuvado a que se produjera de facto la situación de indefensión. Mientras en algunos casos el TC tuvo simplemente que verificar la existencia de un error a la hora de llevar a cabo la notificación de la demanda al demandado, en otros, tuvo que verificar si el órgano judicial había agotado todas las posibilidades de localización del demandado antes de acudir al emplazamiento edictal contemplado por la ley, en otros, debió incluso verificar si los demandados tuvieron conocimiento extraprocesal del pleito, etc. Por el carácter notorio del problema apuntado no hace falta acreditar con estadísticas que el Tribunal Constitucional se situó

¹²⁷⁹ *Ibid.*, pág. 34. En cuanto a las omisiones del legislador, F. Rubio Llorente, señala al respecto: “(...) me parece clamoroso que la regulación de la llamada audiencia al rebelde no haya sufrido alteración alguna desde el siglo XIX”; por lo que se refiere a las acciones, apunta: “(...) el legislador ha errado a veces en su actividad, cuando buscando remedio para males ciertos, ha olvidado las consecuencias que de tal remedio habrían de seguirse para la jurisdicción constitucional. Así, por ejemplo, al eliminar (art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la viciosa práctica construida por la jurisprudencia con escaso apoyo legal y conocida como «incidente de nulidad de actuaciones»”.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, pág. 35

¹²⁸¹ Vid, entre otras, SSTC192/1993, 221/1993 y 75/1994. En todos estos casos puede observarse como el juez es el primer interesado en reparar el derecho vulnerado, pero es consciente de que el ordenamiento procesal se lo impide.

en multitud de casos en la primera línea de defensa de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. No hay más que echar un vistazo a la jurisprudencia constitucional para percatarse de que el amparo, tal como apuntaron algunos autores, entre ellos I. Díez-Picazo, hizo las veces de una *querella nullitatis*¹²⁸².

En este sentido son redundantes las afirmaciones del TC en el siguiente sentido: “El *recurso de amparo* es, en la actualidad, como resulta de lo dispuesto en el artículo 240 LOPJ «el *único remedio* frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme cuando contra ella no esté previsto medio procesal ante los Tribunales»” (ATC 169/1991)¹²⁸³.

Ya en el año 1992, es decir, una vez que ya había pasado un tiempo considerable desde que se dictara la STC 185/1990 y sin que el legislador tomara medidas para evitar que el amparo tuviera que dedicar grandes esfuerzos a la tutela del derecho de audiencia, era también habitual encontrar en la jurisprudencia constitucional frases que denotan el cansancio y el hartazgo del TC por tener que seguir desempeñando esta tarea. El FJ 1º de la STC 78/1992 comienza con la siguiente invocación: “Una vez más y como efecto indirecto de la falta de articulación en las normas del proceso ordinario de remedios que permitan a los jueces y tribunales reparar lesiones de derechos fundamentales ocasionados en su tramitación, este Tribunal se ve en la necesidad de resolver una queja por indefensión”. Asimismo, en la STC 130/1992, se añade además: “Debe pues, este Tribunal, como si fuera una casación universal, amparar las lesiones constitucionales advertidas y declaradas, aunque no remedidas, por los propios Tribunales ordinarios”.

Aunque algunos autores y el propio TC no han encontrado problema constitucional alguno en que el Alto Tribunal asuma a través del amparo la tutela de algunos derechos fundamentales sin que ésta sea impetrada previamente por los órganos judiciales ordinarios, creo ésta posibilidad, aun pudiendo ser viable jurídicamente, no constituye una salida adecuada, sino que lleva aparejadas consecuencias absolutamente indeseables para el buen funcionamiento del sistema. La

¹²⁸² “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996, pág. 24.

¹²⁸³ La cursiva es añadida. La expresión entrecomillada en el auto transcrito puede encontrarse, entre otras, en las SSTC 91/1988, 148/1988, 2/1989, 72/1991.

experiencia española en relación con la tutela de las infracciones procesales causantes de indefensión en la década de los 80 y 90 ofrece argumentos más que suficientes para ello.

En las siguientes líneas se ponen de manifiesto algunas consecuencias que, tanto para la jurisdicción constitucional como para los órganos judiciales ordinarios y para los litigantes, trajo esta política legislativa y su declaración de constitucionalidad por el TC.

a) El hartazgo del Tribunal Constitucional y el señalamiento de otras vías para resolver los problemas de indefensión.

En realidad, los problemas derivados de la falta de vías procesales para reparar las situaciones de indefensión, no comenzaron con la STC 185/1990. Esta fue en parte la rectificación de una doctrina anterior que es conveniente conocer.

Ya en 1987 el Tribunal Constitucional resolvió amparos sobre nulidad de actuaciones que, de haberse mantenido el incidente, podían haber sido resueltos por la jurisdicción ordinaria. Los casos que accedieron al Tribunal están todos cortados por el mismo patrón: como consecuencia de determinadas irregularidades cometidas por el órgano judicial en la notificación de la demanda o de la celebración de una vista, éste dicta una sentencia firme sin audiencia de una de las partes del proceso¹²⁸⁴.

El recurso de amparo constitucional fue en este caso, como en otros, el indicador de que algo no estaba funcionando bien, en la medida en que estos casos, en los que se vulneraban derechos fundamentales del proceso, no parecían tener arreglo en la jurisdicción ordinaria. Y este mal funcionamiento respondía tanto a cuestiones materiales, es decir, al modo en que se llevaban a cabo las notificaciones por los

¹²⁸⁴ Es cierto que no en todos los casos la incomparecencia del demandado se produce de forma involuntaria. Hay supuestos en los que éste, aun habiendo tenido conocimiento extraprocesal del pleito, no se persona deliberadamente con el fin de instar ante el Tribunal Constitucional la nulidad de lo actuado con base en la vulneración del artículo 24.1 CE una vez recaída sentencia firme. La existencia de estos fraudes no puede, sin embargo, convertirse en excusa para desatender los casos en los que el demandado no ha tenido conocimiento de la existencia del proceso dirigido contra él y, en consecuencia, no ha podido defenderse.

órganos judiciales¹²⁸⁵, como a cuestiones procesales, es decir, a la inexistencia de vías o cauces en la jurisdicción ordinaria capaces de dar una respuesta conforme al ordenamiento jurídico en estos casos y que pasaban necesariamente por rescindir los efectos de la sentencia firme.

Evidentemente, estos asuntos acabaron en el Tribunal Constitucional. En sus primeras sentencias en amparo, el Tribunal Constitucional no puso objeción alguna a la inadmisión por parte del órgano judicial del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la parte que había sufrido indefensión¹²⁸⁶. El Tribunal consideró que éstos, con la inadmisión del incidente, estaban cumpliendo con lo que disponía la Ley. Asimismo, tampoco exigió a los recurrentes en amparo que intentaran la nulidad de actuaciones antes de acudir al amparo. La STC 157/1988 es un buen ejemplo de ello. En su FJ 1º se dispone al efecto: “No cabe, por tanto, exigir a la parte otra actividad procesal que la realizada, sobre todo teniendo en cuenta la supresión del llamado incidente de nulidad (art. 742 LEC), por Leyes 34/1984, de 6 de agosto, y Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que permite la anulación de las actuaciones pero antes de dictarse sentencia (art. 240.2), o bien después, más sólo a través de los recursos que procedan”. Esta posición del Tribunal Constitucional resultaba coherente con pronunciamientos anteriores, puesto que antes de la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el Tribunal no exigía interponer el incidente de nulidad de actuaciones antes de acudir al recurso de amparo constitucional. Es más, en algún caso, como por ejemplo el resuelto en la STC 10/1984, el Tribunal inadmitió el recurso de

¹²⁸⁵ Una de las cuestiones esenciales del Derecho Procesal que se suscitaron de inmediato a través del amparo constitucional fue la forma en que los órganos judiciales llevaban a efecto las notificaciones y los emplazamientos. Éstos, según el Tribunal Constitucional, no debían considerarse actos meramente formales y de ahí que no fuera indiferente la forma en la que se llevaran a efecto. Con el emplazamiento del demandado lo que se pretende es que éste tenga conocimiento del pleito que se dirige contra él con el fin de que pueda comparecer y defenderse. No es un mero trámite formal que el juez esté obligado a cumplir, sino que tiene que servir a la finalidad para la que está instituido. Desde esta perspectiva, el acto de comunicación adquiere una gran relevancia ya que es el que va a permitir a las partes del proceso que ejerzan en éste sus derechos fundamentales. De ahí que el órgano judicial, a la hora de llevar a efecto los emplazamientos, debe tener siempre presente que lo que se persigue con ellos es que la parte a la que se dirigen tenga conocimiento efectivo de la comunicación judicial. Esta idea central ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar la nulidad de determinados emplazamientos por edictos cuando no se intentó la notificación personal o cuando, aun habiéndose intentado ésta, el Juez no hubiera ordenado la realización de las diligencias oportunas para averiguar el domicilio del destinatario de la comunicación.

¹²⁸⁶ Puede verse en este sentido la STC 113/1986. La parte recurrente en amparo había intentado previamente y sin éxito el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones en lugar de los recursos que cabía interponer. El Tribunal Constitucional juzgó así la inadmisión del incidente por el órgano judicial: “(...) es evidente que el derecho a una tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24.1 de la Constitución, no puede en modo alguno alcanzarse a que los órganos jurisdiccionales, cualquiera que sea su orden, deban admitir un remedio procesal manifiestamente improcedente, y aun suprimido por la reciente reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil” (FJ 2º). Puede verse también la STC 159/1988.

amparo por dirigirse contra el auto que anulaba otro anterior dictado en el incidente de nulidad de actuaciones en lugar de haberse interpuesto contra la sentencia dictada *inaudita parte*. Es decir, el Tribunal Constitucional consideró inadecuado que el recurrente hubiera interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones estando este instrumento procesal vigente en lugar de haber recurrido directamente la sentencia. El Tribunal señaló al respecto: “[...] el inicio de una vía extraordinaria, como es la nulidad de actuaciones, no [es] exigible como presupuesto para acudir a esta Sede constitucional”¹²⁸⁷. En definitiva, penalizó al recurrente en la medida en que este había utilizado un cauce legal para interesar la nulidad de la resolución judicial, en lugar de haber accedido directamente al amparo.

El Tribunal Constitucional admitía, pues, que el recurso de amparo era, ante la ausencia de recursos en la jurisdicción ordinaria, el único cauce procesal procedente para declarar la nulidad de las sentencias que habían sido dictadas *inaudita parte*. Tal aseveración era, sin embargo, producto de la necesidad y no de una reflexión sobre los déficits de nuestro sistema procesal.

¹²⁸⁷ Los hechos de este asunto se habían producido antes de la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. El recurrente había sido condenado en un juicio de faltas que se había celebrado *inaudita parte* por determinados defectos cometidos por el Juzgado en la práctica de la notificación. Una vez que el recurrente en amparo tuvo noticia de la sentencia condenatoria solicitó al juez la declaración de nulidad de actuaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 742 LEC. El órgano judicial accedió a tal petición y dictó auto por el que se acordó declarar la nulidad del juicio celebrado *inaudita parte*. Sin embargo, este auto fue recurrido en reforma por la otra parte y estimado por el órgano judicial que acordó anular el auto por el que declaró la nulidad de actuaciones. El recurrente en amparo dirigió el recurso contra este último auto, esto es, contra el que dejaba sin efecto otro anterior por el que se acordó declarar la nulidad de actuaciones. El Tribunal entendió que el amparo debería haberse intentado antes de acudir al incidente de nulidad de actuaciones ya que en realidad el acto lesivo del derecho fundamental a la defensa lo era la sentencia dictada *inaudita parte* y no el auto que anuló otro anterior declarando la nulidad de actuaciones. Conviene traer a colación el Voto particular que formuló el Magistrado F. Rubio Llorente a la referida sentencia: “Disiento de la decisión adoptada por mis colegas en el presente caso. Tal decisión se apoya fundamentalmente en el argumento de que vulneración constitucional, cuya existencia no se cuestiona, no es imputable de modo inmediato y directo al acto contra el que el recurso de amparo se dirige, sino a la anterior Sentencia condenatoria, contra la que no se intentó recurso alguno. Tal razonamiento pasa por alto, sin embargo, el hecho, a mi juicio decisivo, de que el hoy recurrente consiguió la anulación de tal Sentencia condenatoria por la vía del incidente de nulidad de actuaciones. Es claro que con ello quedaba remediada la lesión originariamente producida y que ésta sólo existe en virtud del Juzgado (...) que hoy se impugna (...) Es bien cierto que el incidente de nulidad de actuaciones no puede ser considerado como uno de los recursos previos que es necesario agotar antes de acudir en amparo a este Tribunal (art. 44.1.a LOTC). Tampoco puede negarse, sin embargo, que cuando se ha acudido a tal remedio procesal, su existencia no puede ser ignorada en ningún caso, y sobre todo en aquellos en los que, como sucede en el presente, la decisión firme que en dicha vía incidental se produce vuelve a dar vida a un acto lesivo que una decisión anterior había anulado”. El Magistrado disidente coincidía con el resto de Magistrados en que no era necesario acudir al incidente antes de la interposición del amparo pero, a diferencia de sus colegas, consideraba que una vez interpuesto y estimado, esto no debía producir efectos negativos en la fase de admisión del amparo. En este sentido, es más que razonable, sobre todo a la vista de lo que acontece hoy, la postura mantenida en su día por F. Rubio Llorente.

A pesar de ello, y quizás por temor a convertirse en una vía universal para la tutela de estos casos, el Tribunal Constitucional no tardó en sugerir la posible viabilidad de otros cauces existentes en la jurisdicción ordinaria para la reparación del derecho fundamental a ser oído. Veamos, por ejemplo, la STC 158/1987. Para que se entienda el caso en su totalidad, conviene en primer término hacer una breve referencia a los hechos que dieron lugar al recurso de amparo. Una empresa resultó demandada y condenada en juicio por despido sin haber sido llamada al proceso en forma legal. Ante la petición de nulidad, en fase de ejecución de sentencia, de las actuaciones formulada por la empresa contra la sentencia dictada, la Magistratura de Trabajo dictó Auto declarando tal petición inadmisibles con base en el artículo 742 LEC “sin perjuicio del derecho que asiste a la parte para interponer recurso de revisión”. Amparándose en esta última información, la empresa formuló recurso de revisión ante la Sala Sexta (ahora, Cuarta) del Tribunal Supremo, que fue inadmitido por sentencia al considerarlo extemporáneo. En efecto, el Tribunal Supremo declaró la caducidad del recurso ya que tomó como fecha inicial para el cómputo del plazo inicial el momento en el que la empresa tuvo conocimiento del pleito y no la fecha en que ésta se personó en las actuaciones interponiendo el incidente de nulidad de actuaciones, lo cual quiere decir que muy probablemente el Tribunal Supremo hubiera estimado la acción de rescisión en el caso de que la empresa hubiera reaccionado de forma inmediata en el momento de conocer la existencia del proceso que se había celebrado en su ausencia. Fue esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que se impugnó en amparo. El asunto que la Sala del Tribunal Constitucional tenía que juzgar no era la posible indefensión que la empresa había sufrido en la instancia, sino si la interpretación realizada por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso de revisión era formalista o desproporcionada en atención a la finalidad perseguida con la interposición del recurso. Según la empresa recurrente, a pesar de que la Sala Sexta (ahora, Cuarta) del Tribunal Supremo tenía argumentos para juzgar como lo hizo, ésta había realizado una lectura en exceso rigurosa y desproporcionada de los preceptos de la Ley, ya que había ignorado que detrás de esa petición revisora lo que realmente se estaba ejercitando era una acción personal con base en un derecho fundamental, lo cual exigía una interpretación más flexible de la ley. Aunque el Tribunal Supremo no discutió la idoneidad del recurso de revisión para tutelar este tipo de casos, el Tribunal Constitucional abordó esta cuestión en el FJ 3º y estableció al efecto:

“Característica esta la del cauce revisorio como cauce de demanda de amparo judicial de derechos fundamentales, que se hace más preciso todavía en un ordenamiento procesal como el vigente en el que, en aras de los indiscutibles postulados de la economía procesal y del impedimento de los mecanismos dilatorios, existe una marcada línea de interdicción o de limitación del incidente de nulidad de las resoluciones judiciales o del tradicionalmente llamado recurso de nulidad, como pone de manifiesto el art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el art. 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y como en el presente caso pone de manifiesto el hecho de que el inicial incidente o recurso de nulidad, que la sociedad hoy demandante en este amparo trató de articular, fuera rechazado de plano, aun advirtiéndole que ello se hacía sin perjuicio del posible recurso de revisión, aunque todo ello no pueda por sí solo, justificar la alteración de la configuración y requisitos del acceso a la revisión”.

Desde mi punto de vista, el Tribunal Constitucional, con ese argumento, estaba enviando un mensaje a los órganos judiciales: realizar una lectura flexible de los preceptos reguladores del recurso de revisión con el fin de permitir que éste sea un “cauce de demanda de amparo judicial de derechos fundamentales” debido a la limitación de vías procesales para tutelar los derechos fundamentales básicos del proceso. Es claro que la utilización de la rescisión en estos casos desfigura por completo la naturaleza de este instituto en nuestro sistema procesal. Como ya hemos visto, los motivos que pueden dar lugar al recurso de revisión en los órdenes civil, laboral y contencioso-administrativo se limitan a aquellas circunstancias trascendentes al proceso, esto es, ajenas por completo a la actuación del juez. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional no dudó en señalar la revisión como una de las vías adecuadas para interesar la nulidad de las sentencias en los casos en los que la indefensión se derivara no sólo de la ocultación del domicilio por la contraparte sino también de la actuación ilegal del órgano judicial a la hora de emplazar al demandado.

En la STC 110/1988, el Tribunal Constitucional intentó buscar una nueva salida al problema: la interpretación conforme del artículo 240.1 LOPJ.

Los antecedentes de este recurso de amparo se refieren a un caso claro de indefensión, esta vez producida en la segunda instancia. Los recurrentes en amparo habían sido condenados por sentencia dictada en juicio de faltas, contra la que apelaron. A causa de un error judicial, debido, según el Fiscal, a la sobrecarga de trabajo del Juzgado de Instrucción que condenó a los recurrentes, éstos no fueron citados al acto de

la vista del recurso de apelación, por lo que se dictó sentencia en la segunda instancia sin que se les diera la correspondiente audiencia. Una vez que los recurrentes en amparo tuvieron conocimiento de estos hechos presentaron ante el Juzgado incidente de nulidad de actuaciones con el objeto de que el órgano judicial declarara la nulidad de la sentencia recaída en la segunda instancia y ordenara retrotraer las actuaciones al momento en el que se había producido la omisión causante de la indefensión. El Juez, aun consciente de que su error había provocado la vulneración del derecho de defensa, inadmitió mediante auto el incidente. El órgano judicial, consciente de su deber constitucional de proteger los derechos de los ciudadanos, hizo mención a los artículos 53.1 CE y 7.1 LOPJ, pero entendió que los artículos 742 LEC y 240 LOPJ le impedían declarar la nulidad de actuaciones tras haber dictado sentencia, por lo que aconsejó a la partes en el auto resolutorio del incidente acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Es decir, el Juez, aun consciente de la ilegitimidad de la sentencia, llegó a la conclusión de que la Ley era la que le impedía tutelar el derecho fundamental de los recurrentes a no sufrir indefensión. No obstante, en lugar de plantear cuestión de inconstitucionalidad, señaló a los recurrentes la vía del amparo constitucional para ver restablecido su derecho fundamental a no sufrir indefensión. Esta aseveración del juez ordinario fue respondida por el Tribunal Constitucional en el FJ 3º de la Sentencia en los siguientes términos:

“Esta última afirmación, [la remisión al amparo] que tan directamente atañe a la función de este Tribunal, implicaría de ser aceptada en sus puros y simples términos, que en situaciones como la presente, el recurso constitucional de amparo se convierte en un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales, al que es forzoso acudir directamente sin intentar previamente de los órganos judiciales el remedio de la violación que se cree haber sufrido” (FJ 3º).

Según el Tribunal Constitucional, esta fórmula aconsejada por el juez ordinario chocaba frontalmente con el carácter “subsidiario que se deriva de modo inequívoco del (...) 53.2 (de la CE)”.

La argumentación del Tribunal Constitucional parecía dar a entender que el legislador, en la medida en que había suprimido el incidente y no había creado otras fórmulas para tutelar estas vulneraciones era el responsable de la situación. Sin embargo, esto no era así. Para el Tribunal Constitucional, “nada [había] que reprochar a esta decisión del Legislador desde el punto de vista constitucional” (FJ 3º).

El Tribunal Constitucional entendió que quien se había equivocado en este caso era el órgano judicial que había realizado una interpretación “rigurosamente literal del artículo 240.2 de la LOPJ” produciendo con ello las siguientes consecuencias: ignorar el carácter subsidiario del recurso de amparo y la obligación judicial derivada del artículo 7.1 LOPJ de respetar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

¿Cuál fue la interpretación no rigurosa del artículo 240 LOPJ propuesta por el Tribunal Constitucional? El Tribunal Constitucional entendió que por el término “sentencia definitiva” debía entenderse sólo “la definitivamente ejecutada”. Con esta interpretación el Alto Tribunal posibilitaba a los Jueces y Tribunales la declaración de nulidad de actuaciones en los casos en los que la sentencia definitiva, aun siendo firme por haber precluido el derecho a recurrir, no hubiera sido todavía ejecutada.

Esta interpretación, además de no resolver todos los problemas que podían plantearse en la práctica¹²⁸⁸, fue duramente criticada por la doctrina procesalista que utilizó calificativos como “completamente heterodoxa y descabellada”¹²⁸⁹ o “desfavorablemente sorprendente”¹²⁹⁰ ya que modificaba por completo la definición legal y jurisprudencial del término “sentencia definitiva”. Según la doctrina, la falta de vías procesales para denunciar la indefensión en estos casos no permitía alterar el significado que tradicionalmente se le había atribuido al término “sentencia definitiva”, ya que se ponía en serio riesgo el principio de seguridad jurídica.

Pero, sin duda, lo más importante de tal pronunciamiento fue que dejó abierto el camino para que los órganos del Poder Judicial declararan la nulidad de actuaciones a pesar de haber recaído sentencia definitiva, contradiciendo manifiestamente lo dispuesto en el artículo 240 LOPJ, lo que sucedió en algunos casos que, curiosamente, acabaron llegando al Tribunal Constitucional¹²⁹¹.

¹²⁸⁸ Aunque el Tribunal Constitucional parece referirse en términos generales al artículo 240.2 LOPJ, en un determinado momento afirma que lo que se expone se dice tan sólo respecto del proceso penal, “único al que ahora queremos ceñir nuestro análisis”. Si esto era así, lo que no aparece muy claro en la sentencia, en realidad el Tribunal Constitucional venía a solucionar tan sólo unos cuantos casos mediante la técnica de la interpretación conforme: los procesos penales en los que la sentencia no hubiera sido ejecutada.

¹²⁸⁹ V. Moreno Catena, y otros, *Derecho Procesal. Parte General*, T. I, Valencia, 1991, pág. 219.

¹²⁹⁰ J. Garberí Llobregat, “STS de 24 de febrero de 1992: Nulidad de actuaciones en el proceso civil, interpretación superada y actual del artículo 240 de la LOPJ”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28 (enero-mayo 1992), págs. 259 y ss.

¹²⁹¹ Este fue el caso resuelto por la STC 139/1992. El recurrente en amparo no era la parte que había sufrido la indefensión, sino la perjudicada por la declaración de nulidad de actuaciones instada por la contraparte y a la que había accedido el órgano judicial. El recurrente en amparo argumentaba que la declaración de nulidad de actuaciones por el órgano judicial una vez dictada la sentencia vulneraba el artículo 24.1 de la CE.

A los pocos meses de dictarse la sentencia 110/1988, el Tribunal Constitucional, quizás como consecuencia de la reacción unánime de la doctrina, cambió radicalmente la jurisprudencia sentada en esta sentencia. La nueva doctrina que fijó el Tribunal Constitucional fue que el artículo 240.2 LOPJ no permitía a los órganos judiciales admitir y estimar el incidente de nulidad de actuaciones una vez recaída sentencia definitiva aunque se hubiera vulnerado claramente el artículo 24.1 CE¹²⁹². Una vez dicho esto, el Tribunal Constitucional dijo que el recurso de amparo constituía la vía “ordinaria” al servicio de los perjudicados para interesar la reparación de sus derechos siempre y cuando contra la sentencia vulneradora no cupiera recurso alguno.

En un intento por justificar la actuación del legislador, el Tribunal Constitucional, en su STC 22/1989, apeló a que probablemente la nueva regulación de la declaración de nulidad establecida en la LOPJ se había hecho pensando en que a través del amparo constitucional podrían tutelarse los casos para los que no existía solución en la jurisdicción ordinaria. En esta línea afirmó en el FJ 3º de la mencionada sentencia: “Aparece, pues, como doctrina constante la innecesidad de todo pronunciamiento acerca de la relevancia constitucional, en el propio ámbito de la jurisdicción ordinaria, del efecto o resultado de la aplicación del art. 240 de la LOPJ, en sus propios términos, es decir, de la prohibición para todo Juez o Tribunal de anular, simplemente por Auto o resolución inferior, una Sentencia definitiva, es decir, firme a estos efectos, o, lo que es lo mismo, no susceptible ya de recurso, salvo los extraordinarios de audiencia en rebeldía, casación y revisión, cuando, evidentemente, procedan. *Conclusión que, por otro lado, podría tener también su base o fundamento en la consideración – utilizando el criterio de la mens legislatoris – de que el Legislador de la LOPJ, de 1985, pudo tener en sus previsiones la existencia del recurso de amparo, del ordinario o judicial, aun no regulado, pero sobre todo del constitucional, hoy utilizable como último recurso para la restauración del derecho constitucional vulnerado, salvando así el principio de la cosa juzgada y evitando al tiempo (con la jurisdicción única y unificadora de este TC) la inseguridad jurídica que se provocaría con la eventual aparición de diversos criterios judiciales en la aplicación casuística de los decretos de nulidad*”¹²⁹³. Esto es tanto como decir que el legislador estaba pensando en que el amparo regulado en el artículo 53.2 de la CE era un amparo

¹²⁹² Vid., entre otras, las SSTC 159 y 191/1988.

¹²⁹³ La cursiva es mía.

“de casos”, un recurso más que procedía en defecto de los previstos en la jurisdicción ordinaria.

Quizás este desorden jurisprudencial de los primeros años vino dado por las ansias del Tribunal Constitucional de hacer justicia en el caso concreto¹²⁹⁴. Efectivamente, el Tribunal Constitucional en todos los casos en los que realmente se había producido indefensión y se había dictado sentencia *inaudita parte* hacía justicia para el caso concreto: declaraba la nulidad de la sentencia y ordenaba retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que se había producido la vulneración del derecho¹²⁹⁵. Este énfasis en los casos, impedía la consolidación de una jurisprudencia coherente, lo que producía gran desconcierto en los Jueces y en los litigantes. Los primeros porque ya no sabían si debían admitir o no el incidente de nulidad de actuaciones en los casos en los que, habiéndose dictado sentencia definitiva, la misma no había sido ejecutada todavía¹²⁹⁶; y los segundos porque la elección de una vía procesal inadecuada para la reparación del derecho podría suponer la irreparabilidad de la lesión¹²⁹⁷.

La conclusión a la que cabe llegar es que las sentencias resolutorias de los recursos de amparo interpuestos en los años inmediatamente posteriores a la reforma de la LEC y de la aprobación de la LOPJ no clarificaron en nada las cosas puesto que el Tribunal Constitucional no optó por una única fórmula, sino por varias dependiendo de lo que hubiera sucedido en cada caso concreto.

¹²⁹⁴ El desorden jurisprudencial continuaría, como se verá, años después. Sin embargo, los motivos de este desorden ya no tendrán tanto que ver con las ansias por hacer justicia en el caso concreto como por derivar la solución de estos casos a la jurisdicción ordinaria.

¹²⁹⁵ No sucedía lo mismo con el auto de inadmisión del incidente de nulidad dictado por el órgano jurisdiccional. Debido al cambio de jurisprudencia, el Tribunal Constitucional entendió que era correcta tal inadmisión, por lo que no declaraba su nulidad. El Tribunal declaraba la nulidad de la sentencia firme que había sido dictada *inaudita parte* pero no del auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. Vid., en este sentido, la STC 211/1989.

¹²⁹⁶ Un caso en el que puede apreciarse cómo dos órganos judiciales aplicaron sucesivamente, esto es, en cada grado de jurisdicción ambas doctrinas en el mismo supuesto, puede verse en J. Garberí Llobregat, “STS de 24 de febrero de 1992: Nulidad de actuaciones en el proceso civil, interpretaciones superada y actual del artículo 240 de la LOPJ”, cit., págs. 259 y ss. En primer lugar, una Audiencia Provincial aplica la jurisprudencia sentada en la STC 110/1998 y admite el incidente de nulidad de actuaciones pero, posteriormente, el Tribunal Supremo, aplicando la nueva jurisprudencia constitucional, casa y anula la resolución de la Audiencia Provincial.

¹²⁹⁷ Así, si el litigante acudía al incidente de nulidad de actuaciones y éste resultaba inadmitido, el Tribunal Constitucional podría declarar extemporáneo el recurso de amparo al entenderse que la parte había hecho uso de un remedio claramente inadecuado que no suspendía el plazo para recurrir en amparo. Pero, al contrario, y siguiendo la doctrina sentada en la STC 110/1988, el Tribunal Constitucional podía inadmitir el recurso de amparo al no haber acudido la parte perjudicada al incidente de nulidad de actuaciones y, por tanto, no haber agotado la vía judicial previa.

Tras estas idas y venidas, el Tribunal Constitucional, por fin y ante la falta de cuestiones de inconstitucionalidad por parte de los órganos judiciales ordinarios, optó por elevar al Pleno del TC cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 240.1 LOPJ en el sentido en el que ya se ha indicado en este trabajo. Con la STC 185/1990, el recurso de amparo podía haberse convertido definitivamente en “el remedio” para tutelar las vulneraciones de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva que se produjeran después de recaer sentencia definitiva.

Sin embargo, no fue así. El mismo Tribunal Constitucional se resistió a admitir la solución que él mismo había establecido en esa Sentencia. Como se verá a continuación, la doctrina que se contenía en ella, establecida por el Pleno del Tribunal Constitucional en un proceso de control de constitucionalidad, fue matizada y modulada por las Salas del Tribunal Constitucional con ocasión de algunos procesos de amparo constitucional.

Probablemente el hecho de que el TC fuera buscando alternativas distintas al amparo para tutelar las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE se debió que no podía prever con certeza el número de casos en los que no existía ningún recurso disponible para atacar las situaciones de indefensión. En efecto, como ya se ha visto en los anteriores capítulos, si el número de asuntos sin posibilidad de recurso aumentó en el orden civil tras la reforma operada por la Ley 34/1984, aún más lo fue en relación con los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo tras la reforma de la Ley de medidas urgentes de reforma procesal acometida en el año 1992. La modificación del ordenamiento procesal hizo que el amparo fuera, quizás en muchos más supuestos que los previstos por el TC, el único instrumento de tutela de determinadas garantías básicas constitucionalmente reconocidas, entre otras, el derecho de audiencia bilateral. Evidentemente no es lo mismo que el amparo cumpla una función residual de garantía para ser la *primera tutela* en un puñado de casos, que pase a ser un instrumento generalizado de tutela. Quizás el TC no pudo prever lo que se le venía encima cuando dictó la STC 185/1990.

Lo cierto es que tras la este pronunciamiento las cosas se enredaron todavía más. El Tribunal Constitucional no se conformó ni asumió la solución que él mismo había dado en la STC 185/1990 y siguió dándole vueltas a cuándo se debía considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa. A continuación doy cuenta de algunas decisiones del Tribunal Constitucional que dieron una vuelta de

tuerca más a la tan traída y llevada doctrina sobre el incidente de nulidad de actuaciones.

Tras la STC 185/1990, el Tribunal Constitucional, a la hora de resolver amparos similares a los comentados, atendió a lo que denominó “grado de diligencia procesal de los recurrentes” para inadmitir o estimar el amparo. El Tribunal Constitucional analizaba en cada caso si al interponer el incidente de nulidad de actuaciones el recurrente podía o no conocer la doctrina sentada en la STC 185/1990. En caso afirmativo, esto es, si el incidente de nulidad había sido interpuesto por la parte después de recaída la STC 185/1990, declaraba la inadmisión del amparo por extemporáneo¹²⁹⁸. Y en caso contrario, esto es, si el recurrente en amparo había instado la nulidad de actuaciones antes de que se publicara la STC 185/1990, admitía a trámite el amparo y lo estimaba¹²⁹⁹. En algunos de estos amparos se aprecia con claridad que el Tribunal llevaba con pesar esta nueva carga de Tribunal de “casación universal”¹³⁰⁰.

Pero el Tribunal Constitucional no se conformó con esto y dio una nueva vuelta de tuerca a este asunto. El Alto Tribunal pronto se dio cuenta de que a su sede accedían directamente sentencias dictadas en segunda instancia que podían haber sido recurridas en casación si se hubiera atacado el carácter firme de éstas por haber sido mal notificadas. El Tribunal Constitucional consideró obligado que la parte que hubiera sufrido la indefensión intentara por todos los medios atacar la declaración de firmeza de la sentencia cuando ésta no hubiera sido correctamente notificada con el fin de provocar su nueva y correcta notificación y así abrir de nuevo el plazo para interponer el recurso de casación. De este modo, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles los amparos en aquellos casos en los que el demandante de amparo había dejado de recurrir la diligencia de ordenación que declaraba la firmeza de la sentencia y había acudido en amparo. Según el Tribunal Constitucional, el recurrente que actuaba de este modo no respetaba el principio de subsidiariedad del recurso de amparo en la medida en que no posibilitaba que la lesión del derecho de defensa fuera tutelada en casación. El ordenamiento procesal no establecía ningún instrumento para revisar estas diligencias de ordenación, por lo que el Tribunal Constitucional, a través de una interpretación forzada de la Ley, llegó a la conclusión de que dicho instrumento era el incidente de

¹²⁹⁸ Así sucedió en las SSTC 84/1995 y 166/1997.

¹²⁹⁹ Esto es lo que sucedió en las SSTC 188/1990, 126/1991, 310/1993 y 75/1994.

¹³⁰⁰ En el FJ 1º de la STC 75/1994, el Tribunal estableció: “Debe pues este Tribunal, como si fuera una casación universal, amparar las lesiones constitucionales advertidas y declaradas, aunque no remediadas, por los propios Tribunales ordinarios”.

nulidad de actuaciones. La reacción de la doctrina no se hizo esperar. Para la mayoría de autores esta solución resultaba inaceptable. Si la LOPJ impedía al Juez la declaración de nulidad de actuaciones una vez dictada sentencia definitiva, ¿cómo era posible aceptar que este incidente sirviera para atacar la diligencia de ordenación que presupone una sentencia definitiva?¹³⁰¹.

Esta nueva línea jurisprudencial prevista, entre otras, en las SSTC 271/1994 y 185/1997, generó de nuevo dudas sobre cuándo procedía la interposición del incidente de nulidad de actuaciones¹³⁰². Pero no sólo eso sino que además colocó a los litigantes que padecían indefensión en una situación muy delicada a la hora de elegir la vía adecuada para, en último extremo, acudir en defensa de sus derechos al Tribunal Constitucional, ya que, con independencia de cómo actuaran, cabía la posibilidad de que el TC declarara inadmisibile el amparo, o por prematuro o por haber interpuesto recursos en la jurisdicción ordinaria manifiestamente improcedentes. Esta nueva exigencia del Tribunal, esto es, la de interponer el incidente de nulidad de actuaciones contra la diligencia de ordenación que declarara la firmeza de la sentencia dictada en segunda instancia, obligaba a valorar a los litigantes que habían padecido indefensión si

¹³⁰¹ Una crítica *in extenso* de esta exigencia del Tribunal Constitucional puede verse en L. Bachmaier, “Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 271/1994 de 17 de octubre”, *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1996, págs. 1676 a 1683. También fue muy crítico con esta exigencia F. Garrido Falla, “Los cambios de jurisprudencia del Tribunal constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, enero-marzo 1998, págs. 5-16.

¹³⁰² En la STC 185/1997 el Tribunal, de oficio, esto es, sin que ni el recurrido ni el Ministerio Fiscal lo solicitaran, declaró la inadmisión del amparo por no haber agotado el recurrente la vía judicial previa. Su razonamiento fue el siguiente: “Un análisis de las actuaciones revela, efectivamente, que la resolución objeto de recurso es una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en virtud de la cual se autoriza la apertura de una oficina de farmacia. Se trata, pues, de una reclamación que al poder calificarse como de cuantía inestimada a los efectos señalados en el art. 93.1 y 2 de la LJCA, determinaba que la Sentencia recaída fuese susceptible de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo tal como había entendido la propia Sala a quo al indicar al pie de la Sentencia la procedencia de dicho recurso.

De conformidad, pues, con el precepto de la LOTC antes transcrito y de una constante y uniforme doctrina de este Tribunal de la que es un simple ejemplo la STC 271/1994, fundamento jurídico 6, el recurrente, que manifiesta haber tenido conocimiento extraprocesal de la Sentencia, antes de acudir al amparo constitucional tendría que haber intentado contra aquélla el precedente recurso de casación, solicitando al efecto y previamente la notificación formal, incluso pidiendo la nulidad de la providencia en la que se declaraba la firmeza. De este modo, agotando el recurso jurisdiccional, habría dado oportunidad a los Tribunales para reparar la irregularidad procesal presuntamente causante de la indefensión alegada. Exigencia que no puede calificarse de excesivamente gravosa, habida cuenta de que, preceptivamente, contaba con asistencia letrada.

2. En definitiva, concurre en este caso la causa de inadmisión descrita que, en esta fase procesal, debe seguir calificándose como tal, pues «una cosa es la admisión a trámite de una pretensión, que no precluye o determina su final admisibilidad, y otra este pronunciamiento específico, equivalente en más de un caso a la desestimación pero distinto por su fundamento extrínseco o formal que permite matizarlo con más rigor intelectual, técnico y jurídico y con efectos importantes desde más de una perspectiva” (STC 247/1994, fundamento jurídico 3.)

la notificación de la sentencia era correcta o no. Según señaló L. Bachmaier Winter “esto llevaría a la paradójica situación de que cuantos más defectos se cometen en la tramitación, más aumenta la exigencia de diligencia por parte del sujeto que ha sufrido la indefensión”¹³⁰³. En definitiva, el litigante que más errores judiciales había padecido era el que se encontraba en una situación de mayor incertidumbre.

Pero además y por otro lado, el TC volvió a abrir la espita de la posible procedencia, mediante una interpretación flexible de los requisitos de admisibilidad, de las vías previstas en nuestro ordenamiento procesal para rescindir los efectos de la cosa juzgada. Si antes de la STC 185/1990, el recurso señalado y apuntado por la doctrina constitucional como el adecuado para reparar estas situaciones de indefensión era el de revisión, tras la STC 185/1990 el Tribunal Constitucional vio una salida en el de audiencia al demandado rebelde. Naturalmente, en los casos en los que esto sucedió, es decir, en los que el Tribunal Constitucional apuntó la posible idoneidad de esta vía para reparar las situaciones de indefensión provocadas por la concurrencia de error o la negligencia judicial en la forma de practicar el emplazamiento, era porque esta opción se había intentado como una posible de tutela a las situaciones de indefensión en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Así, en su Sentencia 310/1993, el TC no tuvo más remedio que abordar la posible adecuación del recurso de audiencia al rebelde para reparar una situación de indefensión producida por un defecto en el emplazamiento, debido a que la utilización de esta vía era la que el órgano que había conocido de la apelación interpuesta contra la inadmisibilidad del incidente de nulidad de actuaciones había considerado idónea. Éste es un caso más en el que la indefensión se produce por la negligencia del juzgador a la hora de notificar la demanda: la sentencia se dicta *inaudita parte* y es en la fase de ejecución cuando el demandado tiene, por primera vez, conocimiento del pleito dirigido contra él. Como los hechos habían ocurrido antes de que se dictara la STC 185/1990, el demandado, tal y como el Tribunal Constitucional había sugerido en su STC 110/1988, había solicitado la nulidad de actuaciones que había sido inadmitida mediante auto. Contra éste, el demandado había interpuesto recurso de apelación que, a su vez, había sido desestimado por la Audiencia Provincial, al entender ésta que la vía elegida por el demandado para reparar su situación de indefensión era equivocada. Según este órgano judicial el demandado había debido interponer contra la sentencia firme dictada

¹³⁰³ L. Bachmaier, “Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1994, de 17 de octubre”, cit., pág. 1680.

inaudita parte el recurso de audiencia al rebelde, pero en ningún caso el incidente de nulidad de actuaciones. Aunque el TC estimó el amparo, al entender que no había habido negligencia de la parte al acudir al incidente de nulidad de actuaciones, entró de lleno a valorar si la respuesta dada por la Audiencia era procedente. Y es aquí, en este punto, donde las manifestaciones del Tribunal Constitucional resultan un tanto extravagantes y forzadas.

En primer lugar porque, a pesar de que era absolutamente clara la improcedencia del recurso de audiencia al rebelde en este caso, el Tribunal declaró que ésa hubiera sido la vía adecuada para remediar la situación de indefensión que había sufrido el recurrente en amparo¹³⁰⁴. Es decir, para declarar la admisibilidad del recurso de audiencia en este caso, el órgano judicial competente para conocer de él hubiera tenido que inaplicar necesariamente la LEC. En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional apoyó este argumento en la doctrina sentada en su Sentencia 185/1990. En este sentido, apeló a que en la mencionada Sentencia había señalado que el recurso de audiencia al rebelde era un instrumento apto para hacer valer las situaciones de indefensión. Y así había sido, pero no en el sentido en el que se traía en este caso. En efecto, la STC 185/1990, en su FJ 2º, había señalado expresamente que el recurso de audiencia al rebelde podía actuar como cauce para reparar determinadas situaciones de indefensión. Pero el Tribunal había realizado esta afirmación partiendo de una premisa: la recurribilidad de la sentencia dictada *inaudita parte*, esto es, el Tribunal Constitucional había señalado la idoneidad del recurso de audiencia al demandado rebelde porque el artículo 240.1 LOPJ entonces vigente, establecía que la nulidad podría instarse a través de los recursos articulados por las leyes procesales y de ahí que en aquella sentencia hubiera también exigido que los órganos judiciales interpretaran con flexibilidad los requisitos de admisibilidad de los recursos que tuvieran por objeto rescindir los efectos de cosa juzgada en los casos en los que la sentencia se hubiera dictado en un proceso en el que una de las partes no había sido oída. Pero a la hora de analizar el modo en que podía solicitarse la nulidad de las sentencias definitivas irrecurribles, el Tribunal había hecho referencia al recurso de amparo. El Tribunal

¹³⁰⁴ El Fiscal, por el contrario, mantuvo que en este caso el recurso de audiencia al rebelde resultaba claramente improcedente ya que “no se podía aplicar ni el artículo 776 de la LEC, porque los demandados no han sido citados por cédula entregada a pariente o vecino, ni el artículo 777, porque su domicilio era conocido, y precisamente el demandado afirma su presencia constante en él. El recurso de audiencia al rebelde sólo procede cuando se ha llevado a cabo un emplazamiento válido y legal y en este caso precisamente hay un emplazamiento realizado con olvido de las exigencias legales de forma, por lo que la única vía para reparar la violación constitucional es el recurso de amparo”.

Constitucional intentó pues trasladar al caso que se comenta, el resuelto por la STC 310/1993, una doctrina que no había sido elaborada para supuestos como el que en ese momento se estaba juzgando. Es más, la afirmación del alto Tribunal no debía considerarse siquiera doctrina constitucional, sino una obligación impuesta por la LOPJ. El Tribunal Constitucional pecó aquí del mismo defecto que se les achaca a muchos malos abogados: trajo a colación un fragmento aislado de una sentencia con el objeto de que pareciera que ésta quería decir lo que en realidad no decía.

El TC, al señalar en este caso que la audiencia al rebelde constituía un medio adecuado para interesar la nulidad de la sentencia dictada *inaudita parte*, se separó de la doctrina sentada en su Sentencia 185/1990¹³⁰⁵ porque el carácter irrecurrible de la misma era manifiesto.

Asimismo, en la STC 135/1995 el Tribunal admitió y estimó el recurso de amparo constitucional a pesar de que el litigante había intentado previamente la vía de audiencia al rebelde que, por cierto, acabó sin un final feliz ya que dicho recurso había sido inadmitido por haberse presentado trascurrido el plazo de tres meses que disponía la antigua LEC. También en este caso la improcedencia del recurso de audiencia al rebelde era indiscutible y a pesar de ello el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo al entender que el recurrente había hecho lo correcto al acudir previamente a la audiencia al rebelde.

De todo cuanto se ha dicho se deriva una conclusión: ni antes ni después de la STC 185/1990, ni los justiciables ni los órganos judiciales sabían lo que debían hacer cuando la sentencia definitiva se había dictado *inaudita parte* por defectos en el emplazamiento¹³⁰⁶. Hay razones de peso para afirmar, en consecuencia, que no es buena idea que el TC tenga que suplir a los órganos judiciales en la tutela de los derechos fundamentales.

b) La mutación de la naturaleza del recurso de audiencia al rebelde por la doctrina constitucional.

¹³⁰⁵ Y esto fue reconocido en parte por el Tribunal Constitucional pocos años más tarde. En la STC 15/1996 el Tribunal reconoció que la doctrina sentada por la STC 185/1990, es decir, la que dictó el Pleno del Tribunal al resolver la autocuestión de inconstitucionalidad, fue “modulada” posteriormente por la STC 310/1993, dictada por la Sala Segunda en un recurso de amparo.

¹³⁰⁶ Esta es también la conclusión a la que llegó F. Garrido Falla, “Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 97, enero-marzo 1998, pág. 15.

Una de las consecuencias que trajo consigo la supresión del incidente y la doctrina constitucional confeccionada para suplir dicha laguna fue la desnaturalización del recurso de audiencia al rebelde.

Tras las idas y venidas ya comentadas de la jurisprudencia constitucional a la hora de determinar las vías adecuadas para pretender la nulidad de una sentencia por vulneración del principio de audiencia derivada de la falta o irregularidad en la notificación de la demanda, el Tribunal Constitucional modificó por completo el sentido del entonces llamado recurso de audiencia al rebelde con el fin de que fuera éste y no el amparo constitucional la vía adecuada para denunciar estas situaciones de indefensión. Y este episodio es el que podría considerarse el final de una larga historia de contradicciones en la jurisprudencia constitucional. Antes de valorar la decisión del Tribunal Constitucional conviene recordar, aun brevemente, los motivos que podían dar lugar al recurso de audiencia al rebelde.

Como ya se dijo en su momento, el recurso de audiencia al rebelde, al igual que la revisión, estaban configurados como mecanismos de impugnación de sentencias a través de los cuales podía interesarse la rescisión de sentencias con base en motivos estrictamente extraprocesales o, en palabras de J. Guasp, trascendentes al proceso. No se trataba, en consecuencia, de mecanismos tendentes a corregir la actuación errónea del órgano judicial. Según los preceptos de la LEC reguladores del recurso de audiencia al rebelde, este sólo podía ser interpuesto si se cumplían dos condiciones: (i) que las notificaciones realizadas por el órgano judicial se hubieran llevado a cabo de forma correcta, es decir, de conformidad con lo establecido en la Ley y en la doctrina constitucional y (ii) que la parte que interesaba la rescisión de la sentencia justificara que concurrían causas de fuerza mayor ajenas a su voluntad que le habían impedido conocer del proceso. La concurrencia de estos requisitos, que presuponen la validez del emplazamiento como presupuesto para la admisibilidad del recurso de audiencia al rebelde, fue admitida por el propio Tribunal Constitucional en algunas sentencias¹³⁰⁷.

Sin embargo, como ya se ha visto anteriormente, el Tribunal Constitucional también había apuntado en varias ocasiones la aptitud del recurso de audiencia al rebelde para remediar situaciones de indefensión producidas por defectos en el emplazamiento. Así lo hizo en sus SSTC 310/1995 y 134/1995. Sin embargo, en

¹³⁰⁷ Pueden verse, entre otras, la STC 81/1985, en especial su FJ 2º.

ninguno de ambos casos el Tribunal había acabado exigiendo al recurrente la necesidad de acudir a esta vía antes de acceder al amparo constitucional. En los dos casos citados, la posible idoneidad de este recurso para reparar las situaciones de indefensión se discutió en la jurisdicción constitucional porque este debate ya se había originado en la jurisdicción ordinaria. Pero las cosas dieron un giro espectacular con la doctrina creada en la STC 15/1996.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, forzando al máximo la interpretación de los preceptos reguladores del recurso de audiencia al rebelde, decidió que este recurso era el cauce adecuado para interesar la nulidad de las sentencias en las que la parte que había permanecido en rebeldía no lo había hecho por causas extraprocesales sino por la deficiencia o ilegalidad de la notificación practicada por el órgano judicial¹³⁰⁸. Debe señalarse que, a diferencia de lo que había ocurrido en los casos anteriores, la viabilidad del recurso de audiencia al rebelde para reparar la vulneración del derecho de defensa no había sido sugerida por el órgano judicial en la vía judicial previa ni alegada por ninguna de las partes comparecientes en el amparo. Fue el Tribunal Constitucional el que, por cuestiones de orden público procesal, analizó en primer término si el recurrente había agotado todos los recursos existentes en la jurisdicción ordinaria antes de acceder al amparo constitucional. Seguramente esta forma de actuar del Tribunal no fue una ocurrencia para el caso concreto, sino producto de la reflexión a la vista del creciente número de asuntos que tenían por objeto la reparación del derecho de defensa vulnerado como consecuencia de las irregularidades cometidas por el órgano judicial a la hora de emplazar a las partes. Debe tenerse en

¹³⁰⁸ El Tribunal Constitucional consideró procedente este recurso siempre y cuando se hubiera producido una situación clara de indefensión como consecuencia de la actuación del Juez a la hora de practicar los emplazamientos y las notificaciones. Sin embargo, no atendió al hecho de que podían ser muchas y muy variadas las actuaciones del juez que causarían la indefensión. La vulneración del derecho de defensa podía venir producida por un despiste o un olvido del Juez o de alguno de los funcionarios de la oficina judicial, por la pérdida del escrito de personación, por la omisión del deber mínimo de diligencia a la hora de comprobar si el demandado tenía o no domicilio conocido, por acudir directamente a la técnica de la notificación edictal, etc. Ni todos los errores tienen la misma trascendencia ni la misma “intencionalidad”. El juez que extravía un escrito de personación puede caer en la cuenta de su error e incluso ponerlo de manifiesto a la parte que sufre la indefensión con el fin de que ésta inicie las acciones oportunas para verse reparada en su derecho. Sin embargo, el Juez que acude a la notificación edictal sin haber explorado previamente la personal, puede estar en el convencimiento de que no se ha equivocado y que ha actuado de conformidad con lo previsto en la Ley. Es evidente a la vista de lo que se expuso en su momento en relación con el recurso de audiencia al rebelde que es muy difícil, por no decir imposible, que todos los errores judiciales puedan ser hechos valer con éxito a través de esta vía porque ¿es posible exigir al demandado que fue notificado directamente por edictos a pesar de tener domicilio conocido que justifique que estaba ausente de la provincia en la que se produjo la publicación del emplazamiento? Incluso más, ¿puede exigírsele que demuestre este extremo aquél a quien ni siquiera se le notificó la fecha del juicio por la pérdida del escrito de personación?

cuenta que la sentencia de la que vengo dando cuenta es del año 1996 y que en ese año, sobre todo como consecuencia de la aprobación de la LMURP, se había producido una restricción importante de acceso a determinados medios de impugnación. Esto tuvo como consecuencia que cada vez en más ocasiones el recurso de amparo fuera la única vía disponible para reparar estas situaciones de indefensión, es decir, la situación, en lugar de ir mejorando, fue empeorando porque con los años las vías de recurso mediante las que se podía alegar la nulidad se fueron estrechando considerablemente. Si al principio de este apartado se dijo que la existencia de la jurisdicción constitucional sirvió para comprobar que algo no estaba funcionando bien en la jurisdicción ordinaria, lo que se corroboraba ahora era la persistencia y el agravamiento del problema.

El caso es que no fue por decisión legislativa, como hubiera sido deseable, sino a golpe de sentencia constitucional como se estableció que el recurso de audiencia al rebelde procedía también en los casos en los que la lesión del derecho fundamental de audiencia se derivaba directamente de la actuación u omisión del juez. Esta nueva doctrina, contenida en la STC 15/1996, además de desnaturalizar el sentido que hasta ese momento había tenido la audiencia al rebelde, exigía la interposición del recurso de audiencia al rebelde con carácter previo al amparo¹³⁰⁹.

Las razones en las que se basó el Tribunal Constitucional para sentar esta nueva doctrina son más que discutibles.

Como cuestión previa, debe señalarse que para llevar a efecto este cambio de criterio, la Sala del Tribunal Constitucional debía haber acudido al mecanismo previsto en el artículo 13 LOTC. La importancia de la decisión del Tribunal así lo hubiera requerido¹³¹⁰. Pero además, lo que se estaba produciendo en este caso era una mutación (“modulación” según el Tribunal Constitucional) de la doctrina sentada en la STC 185/1990. Efectivamente, el propio Tribunal Constitucional reconoció en la STC

¹³⁰⁹ Debe señalarse, sin embargo, que el Tribunal Constitucional en esta que fue la primera sentencia en la que exigió actuar de tal modo, con el fin de no perjudicar más a la recurrente en amparo cuyo derecho de defensa había sido claramente vulnerado, ordenó en el fallo de la sentencia que los plazos para plantear el recurso de audiencia fueran computados a partir de la fecha de notificación de la sentencia dictada en el proceso de amparo constitucional. Ahora bien, una vez que el Tribunal Constitucional consideró que la doctrina establecida en la STC 15/1996 podía ser suficientemente conocida por sus posibles destinatarios fue absolutamente rígido a la hora de inadmitir los recursos de amparo que se habían planteado sin acudir previamente al recurso de audiencia al rebelde.

¹³¹⁰ La decisión del Tribunal Constitucional alteraba por completo una determinada concepción del recurso de audiencia al rebelde. Pero no sólo eso. El Tribunal Constitucional, con este “apaño”, estaba cubriendo una laguna legislativa que podía haber ocasionado la despreocupación del Legislador por los problemas procesales. Es cierto que esta despreocupación ya existía y que en parte fue la que motivó este “apaño”, pero la solución adoptada por el Tribunal podía traer aparejada una relajación todavía mayor del Legislador en esta materia.

15/1996 que la doctrina sentada en la STC 310/1993, que era la que ahora se asumía, modulaba la doctrina sentada en la STC 185/1990:

“[...] la STC 185/1990 (fundamento jurídico 2) observó como son tres las vías por las que pueden combatirse los actos judiciales que produzcan indefensión, la interposición de los recursos establecidos en las leyes procesales, la declaración de nulidad de oficio siempre que no haya recaído Sentencia definitiva y, finalmente, los demás medios de impugnación establecidos en las leyes, entre los que se citaba expresamente la audiencia al rebelde. Acorde con ello, el Tribunal, en la ya citada STC 310/1993 (fundamento jurídico 3.) declaró, *modulando la doctrina anterior*, que «exigencias derivadas, tanto del cumplimiento del principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE), como de los principios de inmediación y celeridad, han de obligar a las partes a agotar la vía judicial ordinaria mediante la interposición, cuando se trate de remediar situación de indefensión provocadas por el incumplimiento de las garantías procesales exigibles en los emplazamientos, del denominado recurso de audiencia al rebelde»¹³¹¹.

En primer lugar el Tribunal Constitucional empezó fundamentando su decisión en su propia jurisprudencia. Apeló, de este modo, a las SSTC 185/1990, 183/1993 y 134/1995. Pero es precisamente el manejo de esa jurisprudencia la que hizo que la argumentación final resultara muy endeble. Como ya se ha expuesto más atrás, el Tribunal Constitucional nunca mantuvo una “única solución” para estos casos, por lo que manejaba de forma un tanto arbitraria su propia jurisprudencia: el mismo argumento que en un caso le llevaba a declarar que el amparo era la única vía para reparar estas situaciones de indefensión le servía en otro para apelar a la idoneidad de los recursos de audiencia al rebelde y de revisión. Es más, como ya se ha visto, sus Salas llegaron a modular la doctrina elaborada por el Pleno. En segundo lugar, analizó el recurso de audiencia al rebelde tal y como estaba diseñado en la LEC. No está de más traer a colación las conclusiones que a este respecto extrajo el Tribunal:

“La solución que la Ley de Enjuiciamiento Civil da a esta doble exigencia (remediar situaciones de indefensión y la confianza en cosa juzgada) parte de establecer una serie expresa de casos en los que procede dicha audiencia, señalando sus respectivos plazos. Tales casos se refieren a supuestos en los que, *si bien se han producido emplazamientos legalmente correctos*, por diversas circunstancias que en

¹³¹¹ La cursiva es mía.

ellos se describen, no han llegado a producir sus efectos en orden a la personación del demandado¹³¹²”.

Es decir, el Tribunal Constitucional admitía que el recurso de audiencia al rebelde estaba previsto en la LEC tan sólo para aquellos supuestos en los que la falta de personación del demandado no se debía a la actuación errónea o no diligente del Juzgador, pero aun así continuaba su argumentación de la siguiente manera:

“De esta accidentada regulación no existe razón alguna por la que sólo se pueda hacer una interpretación literal, la cual llevaría a la conclusión de que la audiencia al rebelde supone necesariamente un emplazamiento previo y válido y la no comparecencia por parte de los emplazados. Esta afirmación, hecha sin ninguna matización, podría conducir a resultados arbitrarios, y aun absurdos, *pues las infracciones más graves tendrán menor posibilidad de ser corregidas que aquellas otras situaciones de indefensión que, al menos han sido precedidas de un emplazamiento válido* [...] Por todo ello, una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de la audiencia al rebelde, conduce a aceptar su viabilidad para atender las pretensiones de rescisión de Sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin intervención del demandado, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión, lo mismo si ha existido un emplazamiento válido, obedeciendo su incomparecencia a causas extrañas que le impidieron comparecer, que si la indefensión está causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o Tribunal”¹³¹³.

El verdadero problema que planteaba nuestro ordenamiento procesal era precisamente el apuntado por el Tribunal Constitucional: mientras que el ordenamiento jurídico ofrecía cauces de reparación de situaciones de indefensión que eran producto del azar (haber permanecido ausente del domicilio habitual), de la mala suerte o memoria de los parientes (que se olvidaron de entregar al demandado la cédula de emplazamiento), todas ellas ajenas a la actuación del poder público, no lo era así para el caso de que la indefensión tuviera su origen en la actuación del juez.

Pero este no era un problema derivado de la interpretación rigurosa de las normas reguladoras de los cauces procesales que tuvieran por objeto combatir la firmeza de las resoluciones judiciales, sino de la actuación/omisión del legislador. Éste,

¹³¹² La cursiva es mía.

¹³¹³ La cursiva es mía.

que había suprimido el incidente de nulidad de actuaciones y modificado en el año 1984 la naturaleza del recurso de casación, que había dejado a partir de entonces de hacer las veces de una querrela de nulidad por quebrantamiento de determinadas formas esenciales del juicio, era el responsable de esta paradójica situación: las vías que tenían por objeto rescindir las sentencias por motivos extraprocesales permanecieron intactas (la revisión y la audiencia al rebelde) mientras que las que tenían por objeto la corrección de errores judiciales se vieron tremendamente reducidas. Desde este punto de vista, resulta totalmente absurdo que si quien olvida entregar la cédula de citación al demandado es un pariente, aquél disponga de un recurso para reparar su derecho de defensa, mientras que si quien olvida emplazarlo es el mismo órgano judicial, el demandado tenga que pechar con tal vulneración. Claramente, los postulados del Estado de Derecho exigen, al menos, que existan cauces procesales que les permitan a los ciudadanos la reparación de los derechos fundamentales vulnerados como consecuencia de la acción u omisión del poder público.

Esta actuación del legislador no se vio, sin embargo, compensada con el establecimiento de nuevas vías que permitieran una revisión de aquellos casos en los que la indefensión había sido provocada por el poder público. Una de esas nuevas vías, sin duda, podría haber sido la ampliación del recurso de audiencia al rebelde en el sentido en que lo hizo el Tribunal Constitucional. Pero es evidente que esta labor de ampliación y de mutación del significado del recurso de audiencia al rebelde no le correspondía a este último.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional apoyó su nueva doctrina en que en buena medida los órganos judiciales ordinarios ya estaban utilizando el recurso de audiencia al rebelde para rescindir aquellas sentencias firmes dictadas *inaudita parte* por errores o negligencia del juzgador en la llevanza de los emplazamientos. En efecto, así lo habían venido haciendo algunos órganos judiciales, pero no todos. Basta con echar un vistazo a los repertorios de jurisprudencia para constatar que esto era así¹³¹⁴.

¹³¹⁴ Ya en el año 1993 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estableció en la sentencia núm. 3088/1993, de 19 de mayo (AS 1993, 2522) la inadecuación del recurso de audiencia al rebelde para interesar la nulidad de la sentencia dictada *inaudita parte* como consecuencia del error judicial a la hora de llevar a cabo el emplazamiento. A tal efecto señaló:

“Que lo precedentemente argumentado no se contradice ni desvirtúa porque, como el solicitante invocó en el escrito inicial y reiteró en el acto del juicio, en el momento de la celebración del que motivó la ejecución que impugna no se hallara pasivamente legitimado al haber cesado con anterioridad en el cargo de Administrador en cuya calidad fue demandado, practicándose su citación mediante publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) sin comprobar su domicilio constatado en el Registro Mercantil ni practicar Diligencia en pro de su determinación que, a efectos de ejecución se llevaron a cabo con el éxito que también se hubiera logrado inicialmente en evitación del grave perjuicio

La doctrina procesalista valoró como una extralimitación inadmisibles del Tribunal Constitucional su interpretación de los preceptos reguladores del recurso de audiencia al rebelde¹³¹⁵. Señalar la idoneidad del recurso de audiencia al rebelde para todos los casos en los que la indefensión venía motivada por defectos en el emplazamiento suponía imponer una obligación a los órganos judiciales a todas luces inadmisibles: que en determinados casos dejaran de aplicar lo dispuesto en la Ley.

No hay que considerar que este cambio jurisprudencial mejoró sustancialmente las cosas, pues a esta rectificación, le siguió otra (¡al año siguiente!) que volvió a dejar circunscrita la acción de la audiencia al rebelde a los términos previstos en la Ley.

Una pequeña síntesis de este nuevo cambio jurisprudencial puede en la STC 40/2001, que tiene por objeto el control de una resolución judicial dictada en 1998, afirma a este respecto: “En rigor, la audiencia al rebelde según la regulación de los supuestos legales que la permiten (arts. 774, 776 y 777), *no es un remedio procesal para el enjuiciamiento de la validez o invalidez del emplazamiento asimilable a un incidente de nulidad de actuaciones (por más que alguna jurisprudencia de este Tribunal –STC 15/1996, de 30 de enero, posteriormente rectificada –STC 5/1997, de 13 de enero, 106/1997, de 2 de junio, 186/1997, de 10 de noviembre, 34/1998, de 11 de febrero, 90/1998, de 21 de abril, 218/2000, de 18 de septiembre, la admitiera como vía previa del eventual recurso de amparo por indefensión motivada por emplazamientos*

que le ocasiona el no haber tenido más noticia del litigio que la de la práctica de embargo en bienes de su propiedad en ejecución de sentencia dictada en aquél; pues tales hechos y circunstancias de indudable trascendencia y hasta posiblemente determinantes de la nulidad de las actuaciones previas a la ejecución denuncia conforme a la propia doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional respecto de la necesidad de citar y dar oportunidad de oír al litigante, conforme a lo prevenido por el art. 24 de la Constitución sólo a través del oportuno juicio o en su caso recurso de suplicación contra la sentencia dictada en el mismo, son susceptibles de hacerse valer pero en el que motiva esta resolución, de carácter extraordinario y contra sentencia firme devienen ineficaces pues en el recurso de audiencia al rebelde el Tribunal únicamente tiene facultades y atribución para decidir o no sobre la admisibilidad del mismo por cumplimiento o no de los requisitos establecidos al respecto por la Ley, pero no para anular ni valorar los motivos de oposición a la demanda origen de la *litis* que son propios y constituyen el objeto del juicio rescisorio en su caso”.

¹³¹⁵ Vid. A. Bachmaier Winter, “Inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa: el discutible requisito de acudir previamente a la audiencia al rebelde en los casos de sentencias dictadas inaudita parte”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88, págs. 313- 320. Según la autora, a pesar de que la STC 16/1995 evidenciaba una clara extralimitación por parte del Tribunal Constitucional en la interpretación de los preceptos reguladores de la audiencia al rebelde, tal actitud era en parte justificable o comprensible debido a que el Tribunal Constitucional llevaba ya “muchos años reclamando al Legislador un cauce para subsanar aquellas nulidades procesales que son apreciadas después de haberse dictado la sentencia firme” sin que éste se diera por aludido. Según I. Díez-Picazo Giménez, “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, cit., pág. 162, lo que hizo el Tribunal Constitucional en la STC 15/1996 fue “legislar a golpe de sentencia, lo que además de no corresponderle, resulta peligroso, porque una sentencia nunca contendrá una regulación precisa y puede provocar más dudas que las que puede resolver”.

irregulares), sino que en todos sus supuestos la posibilidad de la audiencia tiene que ver, de una u otra forma (fuerza mayor ininterrumpida que impida la comparecencia en el caso del emplazamiento personal –art. 774 LEC— , falta de entrega de la cédula de citación en el emplazamiento por cédula entregada a parientes, familiares, criados o vecinos –art. 776 LEC—) con la imposibilidad de la comparecencia a juicio de quien fue válidamente emplazado a él”¹³¹⁶.

c) El abuso del amparo.

Cuando el recurso de amparo se convierte en el único instrumento para remediar determinadas situaciones de indefensión, se produce un abuso evidente del amparo. Este abuso, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no se produce por la extensión o por la *vis expansiva* que el TC le confiera al contenido del derecho en cuestión, sino por el mero hecho de ser la única instancia reparadora de la presunta generación de una situación de indefensión. Lo anterior, además, se ve favorecido por dos factores. En primer lugar, la propia cultura procesal de los países de *civil law*, y en segundo lugar, el hecho de que las circunstancias concurrentes en cada caso concreto pueden ser decisivas para determinar si se produjo o no la situación de indefensión. En efecto, es habitual que nuestra cultura, el recurso se utilice si está previsto por la ley no sólo para servir de tutela a los casos en los que claramente se produjo la lesión del derecho.

Pero es que, además, que el TC esté situado en primera línea de tutela de los derechos fundamentales, obliga al TC a dispensar una tutela “individualizada”. Cada caso que el llega al TC en el que se alega indefensión y que no ha sido anteriormente objeto de reparación por los órganos judiciales ordinarios, obliga al Alto Tribunal a actuar como a un órgano judicial de instancia, por lo que deberá verificar la existencia de cada uno de los requisitos exigidos para verificar si se produjo o no la situación de indefensión alegada, tales como: ¿Existía un domicilio conocido en las actuaciones? La falta de notificación, ¿se debió a un error del órgano judicial, o de la oficina judicial? ¿Ha sido el litigante diligente? ¿Es posible que haya tenido conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso?, etc. Naturalmente, todo lo anterior obliga al juez

¹³¹⁶ Se añade cursiva.

constitucional a verificar a través de un examen detenido de las actuaciones, si se produjo o no la situación de indefensión.

En estos casos la reiteración de la doctrina en cada caso concreto no está necesariamente conectada con el control al juez. Sencillamente, se debe a que no existen otras vías de tutela del derecho. Por eso, en estos supuestos, el trabajo que realmente ocupa al TC es el análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto, no la creación de doctrina constitucional.

2.2.2.2. El amparo constitucional: un instrumento ampliatorio de las causas de nulidad de las resoluciones judiciales.

Como ya se ha dicho en otra parte de este trabajo, los contenidos que integran el genérico derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión no han sido “explicitados” por el TC en un único momento. Determinadas vertientes del derecho se han ido incorporando paulatinamente como parte o contenido integrante del derecho. Este descubrimiento de las distintas proyecciones del art. 24.1 CE realizado en sede constitucional ha tenido lugar a través de casos concretos que han versado sobre todo tipo de cuestiones de carácter no sólo procesal, sino también sustantivo. Debido a la forma en que están descritos en la Constitución los derechos a obtener la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, son muchas las facultades que, *prima facie*, pueden formar parte del ámbito constitucionalmente protegido por el mencionado derecho fundamental. Tal fenómeno, es decir, la *vis expansiva* que el TC le ha otorgado al art. 24.1 CE ha sido criticada por un amplio sector doctrinal y son pocos, los autores que se atreven a rebatir esta tesis. Entre los que sí lo hacen, destaca F. Rubio Llorente que ha considerado que el TC no ha hecho una interpretación excesivamente amplia del artículo 24 de la Constitución. Más bien, apunta el autor, “creo lo contrario, pues muchas razones teóricas, y la necesidad práctica de dotar de protección a través del recurso de amparo a los Derechos enunciados en la Sección Segunda del Capítulo II, aconsejan entender el precepto que se considere que la aplicación judicial de una ley inconstitucional, sea cual fuere el motivo de la inconstitucionalidad, implica una infracción del Derecho a la tutela judicial efectiva”¹³¹⁷.

¹³¹⁷ “El Tribunal Constitucional”, cit. págs. 28-29.

Debido quizás a esta amplitud de la configuración constitucional del derecho, han llegado al TC quejas referidas a facultades que tradicionalmente no han sido reconocidas como principios esenciales o inherentes al proceso. Algunos de estos supuestos han sido atendidos por el TC mediante la estimación del correspondiente recurso de amparo. Cuando esto sucede, suele ser habitual que el TC incluya en su resolución la siguiente expresión: “este tipo de situaciones, al no existir otro remedio jurisdiccional, han de ser corregidas por este Tribunal a través de la vía del amparo”¹³¹⁸.

Este fenómeno puede ser explicado de dos maneras distintas.

Por un lado, podría considerarse, como lo hace un sector doctrinal, que estos casos han sido conocidos por el TC para hacer justicia material en el caso concreto, pero no para, a partir de una actividad interpretadora, engrosar las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. De ser esto así, habría que afirmar que el amparo del art. 24.1 CE es, en realidad, un cajón de sastre al que el TC apela más que para tutelar el derecho a la tutela judicial efectiva, para dispensar bajo el paraguas del art. 24.1 CE, una especie de lo que se ha denominado “tutela judicial afectiva”.

Ahora bien, existe otra forma de aproximarse al problema a partir del convencimiento de que el TC, como último y supremo intérprete de la Constitución, va incorporando nuevas vertientes al derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Desde esta perspectiva, el amparo también ha sido un instrumento de tutela de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión que han pasado a formar parte del derecho fundamental como consecuencia de la actividad interpretativa del TC. Debido a que estas nuevas vertientes del derecho no se han incorporado a la ley como causas determinantes de la nulidad de las resoluciones judiciales, el recurso de amparo se ha convertido en muchos casos en la única vía de tutela.

¿Cuál de las posiciones de las expuestas es la más correcta? Me parece que algo ha habido de las dos cosas. Por un lado, creo que el TC ha amparado determinados casos de difícil subsunción en alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial

¹³¹⁸ Tal expresión suele ser habitual encontrarla en sentencias en las que las vertientes del genérico derecho a la tutela judicial efectiva vulneradas son a no obtener resoluciones contradictorias por un mismo órgano judicial, a no sufrir incongruencia por error y a obtener una sentencia fundada en Derecho, esto es, no irrazonable, no arbitraria y no incurso en error patente.

efectiva. Es evidente que algunas proyecciones del derecho, como por ejemplo la interdicción de la arbitrariedad judicial, han coadyuvado a ello. Por otro, también es cierto que no se ha producido una actualización por parte del legislador de las leyes procesales y, en especial, de las causas de nulidad de las resoluciones judiciales, a partir de la interpretación que el TC le ha dado a los derechos del art. 24.1 CE. Esta situación ha provocado que el recurso de amparo se haya convertido en algunos casos en el único remedio de tutela.

A la vista de lo expuesto, en consecuencia, se puede afirmar que ha habido dos sedes en las que se ha regulado la nulidad de los actos judiciales. La primera, la ley. En efecto, el art. 238 LOPJ establece un catálogo de supuestos que no es coincidente, por defecto, con aquellas lesiones del art. 24.1 CE que según la jurisprudencia constitucional deben dar lugar a la nulidad, por inconstitucionalidad, de las resoluciones judiciales. En efecto, el art. 238 LOPJ determina que los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos: 1º) Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2º) Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3º) Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4º) Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en los que la ley la establezca como preceptiva. 5º) Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial. 6º) En los demás casos que las leyes procesales establezcan. Resulta obvio que las causas de nulidad previstas en este precepto no agotan las causas de inconstitucionalidad que el TC ha derivado del artículo 24.1 CE.

La segunda vía de concreción de las causas de nulidad ha tenido su sede en la doctrina constitucional referida a los contenidos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión —ya expuestos en el capítulo tercero de este trabajo—, y que se ha superpuesto a las causas legales reguladoras de la nulidad de los actos judiciales. Cuando el TC, conociendo de un recurso de amparo, se encuentra con una resolución judicial que contradice las garantías mínimas que ésta debería revestir a partir de la idea o imagen del proceso constitucionalmente declarado, acaba por crear una vertiente nueva del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que supone, en realidad, una vía ampliatoria de las causas de nulidad legalmente previstas. En estos casos, y ante la falta de vías para su tutela ante la jurisdicción ordinaria, el TC señala como la única vía idónea para su garantía jurisdiccional el recurso de amparo constitucional.

Esta dualidad de listas determinantes de las causas de nulidad no ha dejado de crear inseguridad en los órganos judiciales y en los litigantes. En los órganos judiciales porque a veces se han percatado de que han dictado una sentencia que debía considerarse nula y que, sin embargo, no podían llevar a efecto tal declaración porque el motivo de nulidad no estaba previsto en el art. 238 LOPJ y contra ellas no podía interponerse ningún recurso idóneo para su reparación. Y lo mismo ha pasado en relación con los litigantes: se han visto en la obligación de acudir al TC para instar la tutela de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de que el juez, de habérselo permitido la ley, hubiera estado en perfectas condiciones de dispensarla. En este sentido, se ha echado en falta una actualización por parte del legislador de las causas que, según la doctrina constitucional, pueden dar lugar a la nulidad de los actos procesales.

Sin embargo, el discurso doctrinal no siempre se ha movido en este plano, sino más bien en el contrario. En efecto, tal y como se ha podido comprobar cuando he explicado la evolución del incidente de nulidad de actuaciones, la doctrina procesalista ha hecho más hincapié en que los motivos que podían dar a la nulidad de actuaciones tuvieran coherencia con lo dispuesto en el art 238 LOPJ, que en que dicho instrumento procesal sirviera de cauce ampliatorio para permitir la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales vulneradoras de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión tal y como resulta de su interpretación por el TC. Sólo desde esta perspectiva se explica que la LEC de 2000 excluyera la incongruencia omisiva de los supuestos que podían dar lugar a la nulidad de actuaciones. Según señalaron algunos autores y como se recoge en la propia Exposición de Motivos de la LEC, la incongruencia omisiva, en cuanto no generadora de indefensión, sino de falta o denegación de tutela, no debía formar parte de las causas que podían dar lugar a la nulidad de actuaciones. Evidentemente, tanto el legislador como el sector doctrinal que mantenía estas posturas estaba teniendo en cuenta las causas de nulidad previstas en el art. 238 LOPJ, concretamente lo que dispone su apartado tercero (“cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”).

Ha existido, en consecuencia, una tensión evidente entre mantener el objeto del cauce procesal –el incidente de nulidad de actuaciones– en coherencia con la regulación sustantiva de las causas de nulidad previstas legalmente en el art. 238 LOPJ o ampliar el primero para que también sirviera de medio de protección de las causas de

nulidad de las resoluciones judiciales reconocidas por el TC en el ejercicio de intérprete supremo de la Constitución.

Puede que este desencuentro entre las causas de nulidad legalmente previstas y las que se derivan de la doctrina constitucional sea una concreción más de una determinada forma de ver las cosas que ha sido apuntada por F. Rubio Llorente. Según este autor, se ha pretendido por algunos desde el mismo momento que se aprobó la Constitución, construir una imagen del “Tribunal Constitucional como órgano más bien «político», muy distinto de los órganos puramente «jurídicos» que componen el Poder Judicial, cuya independencia quedaría menoscabada si aquel Tribunal estuviese, de un modo u otro, por encima del Supremo. *Una imagen incompatible con la Constitución, pero tan extendida e influyente que las distintas reformas de las leyes procesales producidas en estos veinticinco años han ignorado la existencia del Tribunal Constitucional y, contra toda lógica, no conceden la menor atención, por poner sólo un ejemplo, al efecto que la cuestión de constitucionalidad o el recurso de amparo tienen sobre el desarrollo del proceso y la firmeza de las sentencias*”¹³¹⁹.

Desde el año 2007, con la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, sobre el art. 241.1 LOPJ, las cosas han cambiado de forma sustancial. En realidad, el citado precepto no sólo regula un cauce procesal o procedimental anulatorio, sino que además determina desde un punto de vista sustantivo las causas determinantes de la nulidad de las resoluciones judiciales, de tal manera que ya no son sólo las previstas en el art. 238 LOPJ, sino “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución”. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, aunque el art. 241.1 LOPJ haga referencia a que a su través podrá declararse la nulidad de las resoluciones vulneradoras de cualquiera de los derechos previstos en el art. 53.2, en realidad su campo de acción tiene verdadera incidencia práctica en relación con los derechos del art. 24.1 CE, ya que es difícil -aunque no imposible— que una resolución judicial definitiva vulnere derechos sustantivos respecto de los que no haya versado el objeto mismo del proceso¹³²⁰. De ahí que la ampliación del objeto del

¹³¹⁹ “El Tribunal Constitucional”, REDC, núm. 71, pág. 31. La cursiva es añadida.

¹³²⁰ Ha habido autores que han sostenido que ha sido un error la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones para impetrar la tutela de todos los derechos a los que hace referencia el art. 53.2 CE ya que es prácticamente imposible que una resolución judicial definitiva, contra la que además no quepa recurso, puedan vulnerarse derechos sustantivos. Pueden verse en este sentido L. Bachmaier Winter, “La reforma y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, cit. Otro sector doctrinal, sin embargo, aunque comparte que es difícil que el supuesto llegue a darse, consideran que no está demás que el objeto del incidente se haya extendido a todos los derechos del art. 53.2 CE. En todo caso y llegado el momento, debe existir un instrumento de tutela que permita al juez la reparación del derecho. Pueden

incidente de nulidad de actuaciones resulte especialmente relevante en relación con los derechos del art. 24.1 CE. Naturalmente, en la medida en que el legislador se está refiriendo en dicho precepto a los derechos a los que se refiere el artículo 53.2 CE, obliga, a partir de una interpretación sistemática con los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC a aplicarlos a partir de su interpretación por el TC.

Este nuevo tratamiento de la nulidad de los actos judiciales, insisto, desde un plano puramente sustantivo, no procedimental, tiene importantes consecuencias. La más destacable es que se reducen a la unidad las causas de nulidad de las resoluciones judiciales. La doble lista a la que antes he hecho referencia desaparece, de tal manera que ya no habrá unas causas de nulidad previstas en la Ley y otras en la doctrina del TC. En efecto, el legislador incorpora también a la Ley las causas de nulidad de las resoluciones judiciales que según el TC sean determinantes de inconstitucionalidad por vulnerar lo previsto en el art. 24.1 CE, aunque éstas no sean causantes de indefensión. Me parece que las ventajas de esta nueva regulación no pueden minusvalorarse ya que, no obligan al legislador a estar mirando permanente al TC y a su doctrina sobre el art. 24.1 CE para verificar si éste crea nuevas vertientes del derecho, y además le evitan caer en la tentación de ignorar o incluso repudiar la interpretación constitucional recaída en la materia. Por otra parte, el hecho de que la ley permita la declaración de nulidad en estos casos a los órganos judiciales, impide que estos supuestos deban ser tutelados por primera vez por el TC a través del recurso de amparo. Se trata, en definitiva, de dotar a los órganos judiciales de los mismos poderes que tiene el TC a la hora de aplicar la doctrina de éste último.

En las siguientes páginas se analizan algunos supuestos en los que se ha producido este fenómeno y respecto de los cuales el amparo se convirtió, a falta de otros medios de impugnación, en la única vía para instar su reparación. Puede que, como apunta la doctrina, no sean los más abundantes, pero han existido y se han ampliado cada vez que el TC descubría una nueva faceta del derecho a la tutela judicial efectiva.

- a) El derecho a no obtener resoluciones contradictorias.

verse en este sentido, entre otros, C. Izquiero Sans, “La inesperada relevancia del incidente de nulidad de actuaciones”, cit., pág. 23.

Tal es el caso que acontece, por ejemplo, en relación con el derecho a que un mismo litigante no reciba resoluciones contradictorias de un mismo órgano judicial. Como ya se ha expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva se ha incorporado y consolidado en los últimos años. Tal doctrina es aplicada, entre otras, en las SSTC 150/2001, 162/2001, 229/2001, 22/2006, 96/2006¹³²¹. La reiteración de la que ha sido objeto, permite afirmar que el TC no está amparando casos concretos bajo el genérico derecho a la interdicción de arbitrariedad de las resoluciones judiciales, sino que por el contrario, ha elaborado, como supremo intérprete de la Constitución, un nuevo derecho inserto en el art. 24.1 CE, con unos perfiles propios y distintos a otras proyecciones del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, tal y como se expuso en el capítulo tercero de este trabajo, lo que protege el art. 24.1 CE en estos casos es que el *resultado* de la tutela judicial no sea arbitrario, lo que acontece cuando una misma persona, sin mediar justificación razonable, obtiene resoluciones contradictorias en relación con unos mismos hechos del mismo órgano judicial¹³²². Consideradas de forma aislada, ninguna de las dos resoluciones puede considerarse contraria a la Constitución. Ahora bien, el resultado que arrojan es considerado por el TC contrario a los postulados constitucionales. Tal como ha afirmado el TC, no se trata de este caso de corregir algún error patente o de censurar una interpretación arbitraria de la ley, sino de evitar que consolide un resultado arbitrario.

El hecho de que tales casos no estén previstos como causas de nulidad en la ley, tampoco asegura que en todos los supuestos en los que puede vulnerarse el derecho,

¹³²¹ Los supuestos de hecho que han dado lugar a estos recursos de amparo demuestran la arbitrariedad del resultado de impetrar la tutela de los propios derechos e intereses legítimos. En la STC 96/2006, un trabajador, como consecuencia de las graves secuelas producidas por un infarto, que afectaban gravemente a su capacidad laboral, solicita el reconocimiento de la incapacidad permanente tanto en el régimen General de la Seguridad Social como en el régimen especial de trabajadores autónomos. El juicio que debían llevar a cabo los órganos judiciales consistía en determinar si concurría o no la situación de incapacidad permanente absoluta que se define de modo idéntico en ambos regímenes y que inhabilita para todo trabajo. La misma Sala de TSJ (aunque no con idéntica composición) estima un caso y desestima otro. En algunos supuestos en los que se produce esta infracción del art. 24.1 CE se pone de manifiesto la arbitrariedad que produce el resultado de haber impetrado la tutela de los órganos judiciales ordinarios y que generalmente se traduce en la imposibilidad de ejecutar los pronunciamientos judiciales. Así, en el caso de STC 96/2006, el trabajador vio frustrado el derecho a la ejecución de la sentencia estimatoria debido a que la entidad gestora le requirió el cese en su actividad de autónomo y la baja en el régimen correspondiente.

¹³²² En relación con el último de los requisitos apuntados, es decir, que se trate de resoluciones judiciales emanadas del mismo órgano judicial, no requiere para su estimación que la composición de la Sala decisoria sea idéntica en ambos casos, como sí sucede en relación con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

existan cauces para reparar los resultados arbitrarios que se derivan de tal situación. El amparo, vuelve a ser, en muchos de estos supuestos, la única salida para su tutela. En la STC 96/2006 se afirma en este sentido: “El presente caso es uno de ellos y, *al no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado por este Tribunal a través de la vía de amparo*, para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que tenga que soportar la misma persona una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque ello sea fruto de la inadvertencia por el órgano judicial de que la solución ofrecida era distinta de la solución dada anteriormente a un asunto idéntico o esencialmente similar”¹³²³. La misma frase que la que se acaba de transcribir está también contenida en el resto de las sentencias antes apuntadas. De forma sustancialmente idéntica se hace constar en la STC 292/2006: “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión puede quedar afectado también en atención al resultado producido a pesar de que las resoluciones impugnadas estén formalmente razonadas (...). Por ello, este tipo de situaciones, *cuando no exista otro remedio jurisdiccional*, y siempre que no hayan sido ocasionadas por la conducta imperita o negligente de la propia parte en el proceso (...), *han de ser corregidas por este Tribunal a través de la vía del amparo*”¹³²⁴.

Naturalmente, si contra la resolución judicial cabe algún recurso (ya sea apelación, suplicación o casación) el litigante estará obligado a interponerlo antes de acudir en amparo. Así lo establece el art. 44 Uno a) LOTC respecto a las vulneraciones de derechos fundamentales que tiene su origen en inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. En alguno de los casos resueltos por el TC en los que se afirma la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente indicada, se puede corroborar que contra una de las sentencias contradictorias cabía recurso y que, sin embargo, éste no resultó idóneo para corregir la lesión del derecho por las propias características del medio de impugnación¹³²⁵. Lo anterior denota que algunas vertientes del genérico derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión no pueden ser corregidas, en ocasiones, a través de los medios de impugnación disponibles

¹³²³ La cursiva es añadida.

¹³²⁴ Se añade la cursiva.

¹³²⁵ Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en la STC 96/2006. El recurrente obtuvo dos sentencias contradictorias sobre un hecho idéntico por parte del TSJ. Intento el recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS lo desestimó por no apreciar contradicción entre la sentencia impugnada y las aportadas como contraste. El juicio del TC, sin embargo, no se centra en el análisis de la sentencia del TS, sino en el hecho evidente, de la contradicción de las resoluciones judiciales dictadas por el la Sala de lo Social del TSJ.

contra las resoluciones vulneradoras de derechos, provocando también esta situación que sea el recurso de amparo constitucional el único que resulta adecuado al efecto.

Una vez que ha quedado claro que se trata de una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva que no encontraba de forma generalizada el necesario amparo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, procede analizar si el juicio que realiza el TC para verificar la concurrencia de su lesión, justifica, o mejor dicho, ha justificado que desde su reconocimiento como vertiente o proyección del art. 24.1 CE, el TC se haga cargo de su tutela.

Hay que tener en cuenta que en estos casos el TC se limita a anular la resolución judicial recurrida en amparo que será, seguramente por motivos de plazo, la última de las notificadas. El TC no entra en ningún caso a valorar cual de las dos resoluciones es más ajustada a Derecho, sino que se limita a *dejar sin efecto* el resultado arbitrario mediante la declaración de nulidad de una de las resoluciones contradictorias. Una vez anulada la resolución judicial, será el órgano emisor de la misma el que vuelva a pronunciarse de nuevo sobre el caso, que deberá, o bien explicar los motivos que justifiquen la contradicción, o bien dictará nueva sentencia en la que evite la existencia de contradicción. La retroacción de las actuaciones al órgano judicial para que se pronuncie de nuevo sobre el problema generado, pone en evidencia que el amparo pasa a ser un instrumento tan sólo al servicio la declaración de nulidad de una resolución judicial, ante la imposibilidad de que los órganos judiciales tengan instrumentos procesales para llevarlo a cabo, bien por la inadecuación de los medios de impugnación que cabe interponer contra las resoluciones para la tutela de esta vertiente del derecho, bien porque tal vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, no forma parte de las causas de nulidad que pueden dar lugar a la nulidad de la resolución judicial.

Como ya se ha dicho anteriormente, la situación ha cambiado en el año 2007 como consecuencia de la modificación del art. 241.1 LOPJ. Me parece que el tipo de juicio que realiza el TC y que precede a la retroacción de actuaciones, bien podría llevarse a cabo por los órganos judiciales ordinarios. El nuevo incidente de nulidad de actuaciones, tal como está regulado en la actualidad tras la modificación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, permite que el órgano judicial emisor de las resoluciones contradictorias no sólo tenga en su mano la emisión de una nueva resolución que evite la contradicción, tenga ésta o no su traducción en la modificación del fallo¹³²⁶, sino

¹³²⁶ Aunque es difícil, podría darse el caso de que, en realidad, no haya contradicción entre las resoluciones judiciales, sino tan sólo una falta de explicación por parte del órgano judicial de la

también la posibilidad de flexibilizar o anular los efectos de cosa juzgada una vez que es consciente de la existencia de contradicción, o, en otro caso, explicar los motivos que pongan de manifiesto que no existe la contradicción. Me parece, sin duda, que el incidente de nulidad de actuaciones sí servirá a estos efectos.

La verdadera innovación que muestran estos casos desde el punto de vista constitucional es que permiten al TC actualizar los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión¹³²⁷. Ahora bien, una vez declarado por el TC el nuevo contenido del derecho fundamental no tiene ningún sentido que el recurso de amparo sea el único instrumento al servicio no ya de su reparación, que en todo caso corresponde a los órganos judiciales ordinarios que serán los encargados de poner fin a la presunta existencia de contradicción, sino de la declaración de nulidad de la resolución judicial.

b) La corrección del error patente.

Antes de entrar a valorar la función que ha cumplido el recurso de amparo en relación con el error fáctico patente, conviene hacer una aclaración. Tal como se ha expuesto ya en el capítulo tercero de este trabajo, el derecho a obtener una resolución judicial no incura en este tipo de error queda englobado en el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y, en consecuencia, tampoco arbitraria ni irrazonable. Aunque tanto la detección del error fáctico patente como la determinación de la existencia de irrazonabilidad o arbitrariedad son causas de nulidad según la doctrina del TC que no están previstas expresamente en el art. 238 y respecto de las que el Tribunal Constitucional ha venido realizando en ocasiones y hasta el año 2007 una *primera* tutela de estas vertientes del derecho, he decidido no tratarlas conjuntamente en el mismo apartado. Las razones que me llevan a adoptar esta decisión creo que son fáciles de comprender: el tipo de control que el TC realiza en un caso y en otro no es siempre el mismo. Lo anterior, sin embargo, no implica reconocer que son submodalidades de la

existencia de dos fallos diferentes. En estos supuestos, la reparación de la lesión del derecho consistiría precisamente en exteriorizar las razones que despejarían la apariencia de contradicción.

¹³²⁷ En relación con esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, que se proyecta sobre el resultado de la tutela, el TC, en realidad no innova nada. Como es sabido, una de las finalidades a las que sirve la jurisdicción es a alcanzar la paz social y poner fin, de una vez por todas, a las situaciones generadoras de conflictos. Pues bien, una de las situaciones que tradicionalmente daban lugar a la nulidad de la resolución judicial era precisamente ésta: que la resolución judicial no sirviera a tales efectos.

misma proyección o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y que ambas son partícipes de las mismas razones y fundamento que han llevado al TC a su inserción en el genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto y sólo por cuestiones de sistemática, aunque es evidente que forman parte del derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, se exponen aquí de forma autónoma.

Una vez hecha esta aclaración, se acomete el estudio que el TC ha tenido que dispensar a los casos de error fáctico patente ante la inexistencia, en algunos casos, de una primera vía de tutela ante los órganos judiciales ordinarios.

La detección del error patente, como se ha visto al exponer el haz de derechos que integran del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, ha ido ocupando un lugar cada vez más protagonista en la doctrina del TC. Si en los primeros años de la puesta en funcionamiento del Alto Tribunal fue únicamente un test de control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales, poco a poco se ha convertido en un derecho fundamental derivado del genérico derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. El error fáctico patente, siempre y cuando concurren una serie de requisitos, forma parte de una de las vertientes o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, como ya se ha expuesto, esto no fue así siempre. El TC de los primeros años rehusaba analizar incluso si se había producido o no el error patente alegado a través del amparo¹³²⁸. Esta cuestión, subrayaba el Tribunal, era por completo ajena al amparo, ya que la propia LOTC es la que veda el control sobre los hechos: éstos son inmutables y no pueden volverse a examinar por el TC a través del amparo. Sólo en algunos casos extraordinarios de los que ya se ha dado cuenta en el capítulo tercero de la tesis, el TC utilizaba el derecho a la congruencia de la sentencia para dejar sin efecto resoluciones judiciales que habían resuelto a partir de errores evidentes o manifiestos en la premisa fáctica. Pero estos eran casos absolutamente extraordinarios y de ellos no se derivaba un derecho a no obtener una sentencia manifiestamente injusta como consecuencia de los errores del juzgador en la premisa fáctica.

Sin embargo, si bien el derecho a no sufrir error fáctico patente no es reconocido con carácter general por el TC hasta mediados de los años 1990, no fue así en relación con el llamado test de error patente. Las distintas vertientes del derecho a la tutela

¹³²⁸ Vid. en este sentido la STC 88/1984.

judicial efectiva que desde esta perspectiva han necesitado del amparo constitucional para impetrar una *primera* tutela jurisdiccional, han sido prácticamente todas. Lo anterior es debido a que, como ya se ha expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, el error patente no sólo se ha convertido en una vertiente más del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que también ha sido utilizado como canon de enjuiciamiento para determinar si se ha producido o no la vulneración de los derechos insertos en el art. 24.1 CE.

Desde sus primeras resoluciones, el TC ha manifestado que la vulneración de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión pueden tutelarse a través del amparo, especialmente en los casos en que su infracción tenga su origen en la existencia de un error patente. En este sentido, se afirma en la STC 201/1987, en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción: “Pero, si bien es cierto que la determinación del alcance de las normas procesales y la precisión de los requisitos de procedibilidad pertenece, en principio, al ámbito y márgenes de interpretación de la legalidad ordinaria, sin embargo la inadmisión basada en un motivo inexistente constituye no sólo ilegalidad sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 C.E., y por ello este Tribunal puede comprobar la razonabilidad de la aplicación efectuada de la causa de inadmisión tenida en cuenta, no desarrollando la función que corresponde a los propios jueces, sino analizando si la interpretación efectuada es arbitraria o infundada, *especialmente por haberse padecido error patente* (SSTC 68/1983, de 26 de julio, RA 445/1982; 69/1984, de 11 de junio, RA 253/1983; 148/1986, de 25 de noviembre; RA 351/1985, y 143/1987, de 23 de septiembre; RA 593/1986)”¹³²⁹. O sea, que el amparo no está para corregir las interpretaciones de la legalidad, pero sí para depurar los errores patentes que determinen la infracción de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE.

Esta doctrina ha traído como consecuencia que los casos de error evidente, ya fuera en el acceso a la jurisdicción, a los recursos, a dictar una sentencia congruente o a la ejecución de sentencias sólo pudieran ser corregidos, en algunos casos, a través del recurso de amparo constitucional y no de otros instrumentos procesales. La función que el TC realiza en estos supuestos se limita a comprobar si concurre o no el error aducido por el recurrente. En algunos de estos casos, es el propio órgano judicial el que, consciente de la falta de herramientas para subsanar el error que, además por regla

¹³²⁹ La cursiva es añadida.

general, llevará aparejado una modificación del fallo de la resolución judicial, remite al recurso de amparo para que éste pueda tutelar el derecho fundamental vulnerado.

La jurisprudencia constitucional está plagada de estos ejemplos, no sólo en los primeros años de funcionamiento del Tribunal, sino también recientemente. Así, como consecuencia de un error evidente, incontrovertible y manifiesto en el cómputo de los plazos o en la comprobación de los requisitos formales requeridos para el acceso a la jurisdicción son varias las veces que se ha visto vulnerado este derecho (SSTC 201/1987, 63/1990, 53/1992 168/2000 217/2000, 165/2003, 177/2003, 194/2003, 30/2004, 251/2004, 85/2005, 161/2007, 11/2011, entre muchas otras). E igualmente, a los recursos (SSTC 20/1991, 54/1992, 192/1992, 322/1993, 27/1994, 268/1994, 236/1998, 6/2001, 220/2000, 134/2001, 150/2002 161/2002, 58/2003, 225/2005, 337/2005, 64/2006, 158/2006, 362/2006, entre otras). Lo mismo puede afirmarse en relación con la incongruencia por error, en aquellos casos en los que el órgano judicial, generalmente como consecuencia de un error informático en la utilización de sentencias tipo o formularios, resuelve sobre algo completamente ajeno a los pedimentos de las partes (SSTC 212/1988, 124/1992, 125/1992, 155/1992 43/1993, 152/2006, 255/2007, 53/2009, 83/2009, entre otras). Incluso la incongruencia omisiva también puede vulnerarse como consecuencia de un error involuntario del juzgador, que se no se percata, por ejemplo, de que se presentan peticiones subsidiarias (SSTC 212/1988, 53/1991).

Más abundantes, si cabe, son los casos en los que, como consecuencia de un error bien del juzgador, bien de la Oficina judicial, se ha producido una vulneración del derecho de audiencia debido a que no se llevó a efecto una determinada notificación judicial o a que ésta se realizó en persona distinta a la interesada (SSTC 77/1987, 1003/1987, 66/1988, 22/1989, 109/1989, 166/1989, 192/1989, 211/1989, 212/1989, 112/1987 6/1990, 102/1990, 117/1990, 172/1992, 188/1992, 196/1992, 212/1992, 231/1992, 236/1992, 74/1993, 78/1993, 98/1993, 192/1993, 316/1993, 75/1994, 300/1994, 134/2002, entre muchas otras). El error patente también se ha producido en relación con el derecho de defensa, al denegar el órgano judicial el derecho a la prueba con el argumento de que tal petición no se había producido, a pesar de que una lectura de la demanda permite corroborar lo contrario (STC 196/1998), o al considerar el juez que se había celebrado ya la vista cuando en realidad ésta no había tenido lugar (STC 107/1994).

Como puede observarse por las fechas de las sentencias que se acaban de indicar respecto a las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, la corrección de meros errores por parte del TC ha variado considerablemente a lo largo del tiempo. En la actualidad, son pocos los casos en los que el TC tiene que reparar errores causantes de indefensión por problemas derivados, por ejemplo, del derecho a ser oído en el proceso y a no sufrir indefensión. Me parece que no se puede negar que el incidente de nulidad de actuaciones instaurado a partir del año 1997, aun con graves defectos legislativos en su configuración, algo tendrá que ver en esto¹³³⁰. El resto de los errores que cometen los órganos judiciales, esto es, no sólo el fáctico patente sino también el canon de error patente proyectado sobre las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva que no tengan su origen en vicios de procedimiento causantes de indefensión, no pueden ser corregidos, en último término, ni a través del incidente de nulidad de actuaciones ni tampoco a través de los recursos de aclaración o rectificación de sentencias. Naturalmente sí podrán corregirse si contra la resolución vulneradora procede algún recurso susceptible de corregir los presupuestos fácticos. Son muchas las sentencias del TC que se pronuncian en este sentido. Entre otras, en la STC 337/2005 se afirma: “No era obligado, desde la perspectiva constitucional, que el órgano judicial incoara el referido incidente de nulidad de actuaciones, ya que hemos expresado en ocasiones precedentes que tal incidente no resulta un cauce procesal adecuado para obtener la nulidad de una resolución judicial por razones de fondo o por un vicio de irrazonabilidad o de error, como ocurre en este caso, en el que la irregularidad denunciada consiste, precisamente, en un error patente”¹³³¹.

Esta doctrina constitucional que impide que a través de la nulidad de actuaciones puedan corregirse los casos de error patente, fue asumida con carácter general por los órganos judiciales que, una vez conscientes del error, hacían saber al litigante víctima del error la imposibilidad de su corrección a través de esta vía¹³³².

Tampoco ha resultado adecuado para la reparación de estos casos el recurso de aclaración o rectificación de resoluciones judiciales. Como se verá inmediatamente, el

¹³³⁰ Así lo han reconocido, por lo demás, algunos ex Magistrados del TC. Vid. en este sentido C. Viver Pi-Sunyer, “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., pág. 125.

¹³³¹ Vid. en el mismo sentido SSTC 35/2003, 42/2004, 114/2005 y 189/2009.

¹³³² Vid, por ejemplo, en este sentido el antecedente núm. 2.f) de la STC 6/2006, en el que se pone de manifiesto que el órgano judicial, aun consciente del error, anuncia al recurrente que el ordenamiento jurídico procesal no dispone de herramientas que permitan su corrección, al no resultar idóneo el incidente de nulidad de actuaciones.

hecho de que un órgano judicial corrija un error patente y que tal circunstancia incida en el fallo, conllevará por regla general la vulneración del derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. El único remedio a estos casos, a falta de recursos en los que pueda alegarse el error fáctico, es el recurso de amparo constitucional.

El que esto sea así, ha llevado a que el TC haya dedicado importantes esfuerzos a la mera o simple corrección de errores que los propios órganos judiciales, de permitirlo algún remedio, estarían en perfectas condiciones de reparar. Si bien basta echar un vistazo a la jurisprudencia constitucional para constatar que los casos de corrección de errores se han reducido considerablemente como consecuencia de que la nulidad de actuaciones reimplantada en el año 1997 ha posibilitado corregir todos los vicios causantes de indefensión, me parece que las estadísticas que arroja el control del error patente son bastante elevadas, llegando algunos años a superar el 8% (!) del número total de amparos resueltos, es decir, no sólo en los que el derecho alegado está inserto en el art. 24.1 CE.

Es importante tener en cuenta que en estos casos, aunque el error supone la vulneración de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, la labor desempeñada por el TC es ajena por completo a la función que debería tener encomendada un Tribunal Constitucional y quizás debió haberse previsto ya desde hace tiempo que su corrección estuviera en manos de los órganos judiciales ordinarios. Además de otras razones que podían haber justificado esta decisión (como por ejemplo buscar la celeridad y la sencillez en la corrección del error) una especialmente relevante es que en muchos de estos casos, los órganos judiciales hubieran estado, no sólo en condiciones de reparar ellos mismos el error, sino además deseosos de hacerlo.

Por lo que se refiere ya al derecho a no sufrir error fáctico patente como vertiente autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, son también numerosas las sentencias que el TC ha dictado en este sentido. Como ya se apuntó en el capítulo tercero de este trabajo, el amparo del error patente no sólo ha atendido casos especialmente graves o en los que el perjuicio sufrido por el recurrente era especialmente importante, sino que ha amparado casos en los que la insignificancia de los intereses ventilados era absolutamente evidente. En este sentido, los contrastes que arrojan la STC 55/1993 y la STC 114/2005 son especialmente llamativos. Mientras en la primera de las sentencias el error cometido por el juzgador –en este caso el TS— era

especialmente grave, en la segunda de ellas, podría considerarse casi irrelevante. En efecto, en la primera de las resoluciones y como consecuencia de un error consistente en cambiar una coma por un punto, se multiplicaron por mil las cantidades de droga aprehendidas, error éste especialmente grave en relación con las consecuencias que se derivaban para los condenados. Por el contrario, en la segunda de las sentencias, el error que corrige el TC lo es en relación con la cantidad de dinero depositado en una cuenta bancaria. Mientras en la sentencia del órgano judicial se hacía constar que en ella estaban depositadas 20.019 pesetas, el TC verifica que en realidad había 19 pesetas, siendo ésta y no la fijada por el órgano judicial ordinario, la cantidad que debía repartirse entre los cónyuges¹³³³. Con estos ejemplos quiero poner de manifiesto que el derecho a no sufrir error fáctico patente, una vez instalado en la jurisprudencia constitucional, no atiende a remediar casos especialmente graves, sino todos aquellos que reúnan los requisitos que según el TC deben concurrir para estar en presencia de un error patente con trascendencia constitucional y que ya han sido objeto de tratamiento en el capítulo tercero de este trabajo¹³³⁴.

Al igual que se ha dicho respecto a derecho fundamental a que una misma persona no reciba resoluciones judiciales contradictorias de un mismo órgano judicial, me parece que si efectivamente el TC considera que existe un derecho fundamental a no sufrir errores judiciales de este tipo, debe procurar que el ordenamiento jurídico procesal contemple tal vertiente como una causa de nulidad de las resoluciones judiciales y, en consecuencia, que el ordenamiento contenga vías adecuadas que le permitan al órgano judicial su corrección. Lo que carece absolutamente de sentido es que el TC haya tenido que ocuparse a través del amparo de tutelar estos supuestos que, como se verá inmediatamente, no creo que sean precisamente escasos.

¹³³³ En realidad, además, la incidencia económica que tenía sobre la recurrente en amparo, al menos desde un punto de vista crematístico, era menor que la que se ha consignado en el texto principal. En efecto, al tratarse de un procedimiento en el que se interesaba la disolución de bienes gananciales, había que repartir entre los cónyuges el dinero depositado en la cuenta, por lo que error consistía en que, en lugar de repartir entre los cónyuges 20.019 pesetas, se repartieran 19 pesetas.

¹³³⁴ Es cierto que, recientemente como he podido conocer a través del trabajo de J.C. Cabañas García [“El recurso de amparo que queremos. (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), *REDC* núm. 88, 2010, pág.71] el TC, mediante ATC 122/2008 inadmite un recurso de amparo en atención a la “dimensión exclusivamente patrimonial, cuya irrelevancia, dadas las circunstancias concretas del caso, los propios demandantes vienen a reconocer (pues lo que se pretende es que se reconozca que les corresponde abonar 69,64 € en lugar de 111,78 € ...”. Esta realidad, eso sí, una vez descartada por el TC la existencia de error fáctico patente, hace que el TC lo inadmita en virtud del antiguo 50.1.c) LOTC. Es cierto que quizás, y visto el contenido material de la STC 114/2005, de haberse advertido por el TC concurrencia de error patente, la respuesta del TC hubiera sido otra.

En efecto, no hay, *prima facie*, motivos para justificar en este caso que el tipo de juicio que realiza en TC al conocer de estos casos justifique que no se hayan instaurado cauces para que este tipo de errores pudieran ser reparados por los órganos judiciales ordinarios. Téngase en cuenta que el TC, al resolver estos asuntos, se limita a verificar la existencia del error y a retrotraer las actuaciones para que sea de nuevo el órgano judicial el que se pronuncie de nuevo sobre el asunto. La STC 236/1998 establece en esta misma línea: “constatado este patente error, «no corresponde a este Tribunal, que no constituye Tribunal de apelación alguno, decidir si el escrito de formulación del recurso de casación cumple con los requisitos que establece la L.J.C.A.». Debemos, también aquí, limitarnos a estimar el presente recurso de amparo y, previa declaración de nulidad del Auto, reenviar el asunto al Tribunal Supremo para que con libertad de criterio decida sobre el litigio, que aquí queda imprejuizado.”

No obstante, las cosas no son en ocasiones, tan sencillas como parecen a primera vista. Es evidente que, aunque el juicio que realiza el TC consiste en la corrección de un error fáctico “patente” e “incontrovertible” a partir de lo que consta en las actuaciones, no siempre está tan clara la línea divisoria entre lo fáctico y lo jurídico. Esto ha llevado a algunos autores a criticar algunos excesos del Tribunal¹³³⁵. Naturalmente estos casos no tan claros pueden plantearse en un futuro a los órganos judiciales ordinarios, debido a que en la actualidad este tipo de lesiones pueden ser reparadas a través del incidente de nulidad de actuaciones. El hecho de que hasta el año 2007 no se haya posibilitado a los órganos judiciales un instrumento para corregir este tipo de errores está seguramente relacionado no sólo con la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica –que también ha encontrado acomodo en el art. 24.1 CE– sino también con los problemas que puede generar en orden a su correcta utilización. Más adelante me referiré a esta cuestión con más detenimiento. Baste por ahora apuntar que la corrección de errores no es un problema tan sencillo como aparentemente pudiera parecer.

b.1) La estrecha conexión entre el derecho a no sufrir error patente y el derecho a la invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales.

¹³³⁵ Vid. entre otros, J. Mercader Ugina, “«Error patente» y límites del control del Tribunal Constitucional sobre la legalidad ordinaria (breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 118, 2003, en la que el referido autor llega a la conclusión de que el TC, en la sentencia que es objeto de comentario, corrige un error jurídico, cual es determinar cuando concurre la excepción de cosa juzgada.

El derecho a la intangibilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes impide que el órgano judicial emisor de las mismas, una vez firmadas, pueda modificarlas, a pesar de que el mismo sea consciente de que se han dictado con patente error, ya sea en *quaestio facti* o en la *quaestio iuris*. Una vez que la resolución judicial está firmada, el órgano emisor de la misma pierde todo el poder de disposición sobre ella por lo que sólo podrá ser corregida a través del sistema de recursos y, si nos los hubiera, a través del recurso de revisión o del amparo constitucional. Así lo ha puesto de manifiesto el TC, entre otras, en la STC 159/1987: “En el ámbito pues de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario de amparo— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela dispensada por la anterior decisión firme”. No obstante, como ya se ha expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, el TC ha matizado la doctrina sobre el derecho a la inmodificabilidad, ya que si en los primeros años no permitía en ningún caso la modificación de ninguno de los extremos del fallo, ha flexibilizado algo su postura en relación, por ejemplo, con la modificación de los pronunciamientos sobre costas procesales, al venir regulada su imposición por normas prescriptivas que el juez no puede desconocer.

No obstante, en el resto de los casos, el TC se muestra contrario a que los órganos judiciales utilicen este cauce para corregir errores evidentes o patentes de sentencias vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección del derecho a no sufrir error fáctico patente. Las consecuencias que ha arrojado esta doctrina son bien conocidas: si un órgano judicial corrige una resolución a través de esta vía, a pesar de con tal actuación estaría tutelando una proyección del derecho a la tutela judicial efectiva, vulnera a su vez el citado derecho en su vertiente a la invariabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. No hay que derivar de lo que se acaba de exponer que el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales venga siempre a confirmar la lesión de otra vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva cual es obtener una resolución no incurso en error patente. Ni mucho menos. En ocasiones, sin que medie un error que deba considerarse patente, ya sea en la parte fáctica o jurídica de la sentencia, el juez, tras dictar sentencia, reconsidera su respuesta y la modifica por otra que incluso podría ser considerada más acertada. Estos supuestos, en los que se modifica una respuesta razonada y razonable y no errónea en la

premisa fáctica y se sustituye por otra también razonable, sí vulneran el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. Aquí no me refiero a este fenómeno, sino al primero de los descritos, esto es: la existencia de un error fáctico patente que pretende ser corregido por el propio juez que lo causó bien a través del incidente de nulidad de actuaciones, bien a través del recurso de aclaración de sentencias.

El “encorsetamiento procesal” antes descrito ha llevado en ocasiones a que el TC, a través del amparo, no pueda valorar cual de los derechos prevalece, si el de invariabilidad o el de no sufrir error patente. En efecto, si el TC comprueba a través de un recurso de amparo que un órgano judicial ha corregido un error fáctico patente que supone en consecuencia la variación del fallo, declara vulnerado el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. O, dicho de otro modo, los errores que el TC puede corregir a través del amparo quedan sin la necesaria tutela cuando el órgano judicial los corrige a través del recurso de aclaración, ya que en este caso el órgano judicial vulnera otro derecho fundamental. O sea, que si el juez ampara el derecho a través de un instrumento procesal inadecuado confirma el desamparo del litigante, mientras que si juez no ampara la situación y el justiciable acude al TC, éste le tutelaré el derecho a no sufrir error fáctico patente. ¿Se puede tener una visión más formalista del asunto? Creo que es difícil. Máxime si tenemos en cuenta la facilidad con la que el TC corrige los errores fácticos en los que incurre. En efecto, como se puede comprobar en algunos casos, el TC corrige sus resoluciones –incluso las de inadmisión— a través de simples escritos de parte (que no recursos previstos en la LOTC) en los que se advierte la patente equivocación del juzgador¹³³⁶.

Para evitar esta situación tan paradójica no han faltado sugerencias tanto de los litigantes en amparo como de algunos Magistrados que han sugerido al TC que permita reparar estos casos de errores evidentes o flagrantes a través, bien del incidente de nulidad de actuaciones, bien del recurso de aclaración de sentencias. Así, el Magistrado Rodríguez Zapata, en su voto particular a la STC 322/2006, establece textualmente: “El

¹³³⁶ Puede verse, por ejemplo la STC 114/2003, que en el antecedente de hecho 4º establece: “Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 4 de mayo de 2001 se acordó inadmitir el recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.2 LOTC, por extemporánea presentación de la demanda, al considerar manifiestamente improcedente el recurso de casación intentado contra la Sentencia que se impugna en amparo. No obstante, a la vista del escrito presentado por la representación procesal del recurrente el 16 de mayo de 2001, en el que se advertía del error en que incurrió dicha providencia, toda vez que la Sentencia impugnada fue notificada el 2 de octubre de 2000 y la demanda de amparo se interpuso el siguiente 23 de octubre, por tanto dentro del plazo de veinte días hábiles que establece el art. 44.2 LOTC, por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 6 de noviembre de 2001 se acordó dejar sin efecto la providencia de 4 de mayo de 2001, continuando la tramitación del recurso de amparo”.

recurso de amparo es de naturaleza subsidiaria respecto de la protección de los derechos fundamentales por los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial. Si nuestra jurisprudencia restringe el ámbito de aplicación del incidente de nulidad de actuaciones en el seno del Poder Judicial la consecuencia será una inevitable expansión del recurso de amparo”¹³³⁷. También hay que destacar en esta misma línea, las alegaciones del Abogado del Estado vertidas en la STC 55/2002. Como consecuencia de la corrección evidente, de bulto, en la sentencia, un órgano judicial modifica el fallo a través del recurso de aclaración. Una vez interpuesto recurso de amparo por vulneración del derecho a la inmodificabilidad de resoluciones judiciales firmes, el Abogado del Estado alega al respecto: “Este es un error de bulto patente, evidente, que puede ser corregido por el propio juez pues su conservación también viola el art. 24.1 CE”, en su vertiente a no sufrir error patente¹³³⁸.

Estas propuestas, sin embargo, no han sido acogidas por el TC, aunque es verdad, como ya se ha dicho anteriormente, que el TC ha flexibilizado en parte su doctrina sobre las posibilidades de alteración del fallo mediante el llamado recurso de aclaración.

A pesar de las disfunciones que creo ha generado el control de ambas vertientes del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, sí hay que admitir que el TC ha sido con carácter general flexible a la hora de admitir a trámite los recursos de amparo en los que se alegaba la concurrencia de error patente y en los que el recurrente intentó la vía de aclaración o de la nulidad de actuaciones para permitir a los órganos judiciales su reparación¹³³⁹.

Debido a la estrecha relación entre los derechos a no sufrir error patente y al de invariabilidad o intangibilidad de resoluciones judiciales firmes habrá que adicionar en

¹³³⁷ A través del recurso de amparo se alegaba la vulneración del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes como consecuencia de la estimación de un incidente de nulidad de actuaciones que dejó sin efecto una sentencia que había incurrido en errores que obligaban a variar el fallo de la sentencia. Dicho incidente se interpuso porque el perjudicado por la sentencia presentó recurso de aclaración en el que mostró al órgano judicial su error. Éste, una vez consciente de su error, hace saber al litigante que la vía de la aclaración no le permite corregir el error y le sugiere que interponga contra la misma incidente de nulidad de actuaciones.

¹³³⁸ Hay que señalar, sin embargo, que en este caso, el error, a pesar de ser evidente o patente, no recaía sobre las premisas fácticas, sino jurídicas.

¹³³⁹ Puede verse, por ejemplo, la STC47/2009. En este caso y a diferencia de otros en los que el TC manifiesta sin ningún género de dudas que el incidente de nulidad de actuaciones no es un instrumento idóneo para reparar estos casos, en la sentencia mencionada afirma que, aunque ninguno de los dos instrumentos procesales hubiera sido idóneo para reparar el error, resulta jurídicamente discutible su procedencia.

las estadísticas que analicen el número de asuntos en los que el TC se ocupa del control del error patente, aquellos amparos en los que el alto Tribunal ha declarado vulnerado esta última vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la corrección por parte del órgano judicial, a través del recurso de aclaración, de un error fáctico patente¹³⁴⁰.

b.2) Las cifras que arroja el error fáctico patente en la doctrina constitucional.

Aunque pudiera parecer, a primera vista, que los casos que el TC dedica a corregir errores patentes, son escasos, no es así se atiende a los números que arrojan las estadísticas. Hay que tener en cuenta que en ellos no sólo se computan los casos en los que se produce un error en la premisa fáctica, sino también aquellos otros en los que error lleva aparejada la vulneración de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión y a los que antes se ha hecho referencia. Tomaré sólo como referencia los últimos años de la doctrina, a partir de la comprobación, de que en años anteriores las cifras que arrojaba el error eran, como ya se ha dicho anteriormente, sensiblemente superiores. Téngase en cuenta que dicha estadística venía seriamente incrementada como consecuencia de los casos en las notificaciones, o incluso en los actos judiciales causantes de indefensión y que hace tiempo que no llegan ya en amparo al TC por poder corregirse a través del incidente de nulidad de actuaciones.

Año y número total de sentencias de amparo	Se alega error patente	Se estima por concurrir patente	Intangibilidad de las resoluciones judiciales ¹³⁴¹	Total
2000 (275 sentencias)	21 (7,6)	16 (5,8%)	1 ¹³⁴²	8%

¹³⁴⁰ No se incluyen las sentencias en las que a pesar de corregirse un error, no se refieren a la cuestión fáctica, sino a errores jurídicos, por muy evidentes que estos sean.

¹³⁴¹ Sólo se computan las que se refieren a la corrección de un error fáctico patente.

de amparo)				
2001 (217 sentencias de amparo)	10 (4,6%) ¹³⁴³	7 (3,2%)	3 ¹³⁴⁴	6%
2002 (217 sentencias de amparo)	15 (6,9%) ¹³⁴⁵	13 (5,6%)	0	6,9%
2003 (207 recursos de amparo)	17 (8,2%) ¹³⁴⁶	15(7,2%)	0	8,2%
2004 (195 recursos de amparo)	11 ¹³⁴⁷ (5,6%)	8 (4,1%)	1 ¹³⁴⁸	6,1%
2005 (303 recursos de amparo)	21 (7%) ¹³⁴⁹	14 (4,6%)	2 ¹³⁵⁰	7,5%
2006 (327 sentencias de amparo)	25 (7,6%) ¹³⁵¹	13 (4%)	3 ¹³⁵²	8,5%

¹³⁴² STC 69/2000.

¹³⁴³ SSTC 55, 124, 133, 134, 171, 172, 177, 211, 223 y 228/2001.

¹³⁴⁴ 59, 140, 216/2001.

¹³⁴⁵ SSTC 16, 22, 34, 35, 36, 43, 78, 80, 81, 107, 128, 134, 150, 152, 158, 161, 164, 215/2002. Aunque en algunos casos no se aprecia la existencia de error patente, se estima por arbitrariedad.

¹³⁴⁶ 21, 26, 30, 35, 55, 58, 79, 92, 122, 165, 172, 173, 194, 196, 213 y 224/2003

¹³⁴⁷ SSTC 8, 30, 42, 63, 76, 124, 146, 159, 176, 201 y 251/2004

¹³⁴⁸ SSTC 49/2004.

¹³⁴⁹ SSTC 13, 29, 32, 42, 45, 53, 66, 85, 114, 129, 142, 152, 167, 221, 225, 251, 264, 277, 290, 325 y 337/2005. Aunque en algunos casos no se apreció la concurrencia de error patente, se estimó el amparo por arbitrariedad o irrazonabilidad.

¹³⁵⁰ SSTC 5 y 115/2005.

2007 (231 sentencias de amparo)	8 (3,5%) ¹³⁵³	4 (1,7%)	1 ¹³⁵⁴	3,8%
2008 (167 sentencias de amparo)	8 (4,8%) ¹³⁵⁵	8(4,8%)	1 ¹³⁵⁶	5,3%
2009 (177 sentencias de amparo)	7 (4%) ¹³⁵⁷	7 (4%)	0	4%

b.3) El derecho a no sufrir error fáctico patente ¿derecho fundamental?

Una de las primeras dudas que asaltan cuando se examinan conjuntamente la Constitución y la doctrina constitucional es si el derecho a no sufrir error patente es en realidad un derecho fundamental, o, si por el contrario, es un derecho de configuración legal por establecerlo así el art. 121 CE.

La cuestión no es ni mucho menos sencilla. Me parece que ambas tesis pueden ser defendidas con éxito. A favor de la primera puede aducirse, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que una sentencia que en su enjuiciamiento parte de premisas o presupuestos absolutamente erróneos en la parte fáctica no puede considerarse una sentencia fundada en Derecho. La respuesta judicial obtenida lo es a una cuestión ajena a la planteada por las partes en el proceso: el juez realiza la función jurisdiccional al margen de las vicisitudes del caso concreto lo que se traduce, en consecuencia, en una

¹³⁵¹ Se alega en SSTC 4, 15, 42, 109, 117, 156, 162, 231, 276, 287, 308, 351/2006. Y se alega y se estima en: 6, 37, 40, 64, 140, 152, 157, 158, 173, 192, 255, 263 y 362/2006.

¹³⁵² SSTC 119, 121 y 257/2006.

¹³⁵³ SSTC 56, 132, 161, 177, 180, 216, 245 y 255/2007. Aunque sólo se estimaron por la concurrencia de error patente 4 de estos casos, en 2 de ellos se estima por irrazonabilidad.

¹³⁵⁴ SSTC 53/2007.

¹³⁵⁵ SSTC 4, 61, 112, 120, 134, 159, 167 y 186/2008

¹³⁵⁶ STC 185/2008.

¹³⁵⁷ SSTC 9, 47, 53, 83, 145, 189 y 211/2009.

falta de tutela, en una denegación de justicia del “caso concreto”. A favor de esta tesis también conviene traer a colación la doctrina que el TEDH ha ido creando en relación con el artículo 6 del CEDH. Este precepto no surgió para garantizar el acceso al proceso, sino para garantizar ciertos derechos en o durante la sustanciación del proceso. Poco a poco, el TEDH ha ido extendiendo el ámbito de aplicación del artículo 6.1 CEDH a todas las fases en las que se desarrolla el proceso judicial: en el momento del acceso, durante la tramitación del proceso y tras su finalización. En concreto, el TEDH ha extendido las garantías contenidas en el artículo 6 del CEDH al producto del proceso, esto es, a la sentencia. En este sentido, no faltan resoluciones del TEDH que declaren contrarias al artículo 6 del CEDH aquellas resoluciones judiciales que pueden ser calificadas de absurdas o de arbitrarias. Hay, aún, otro argumento para sostener tal postura. Se puede afirmar que el yerro respecto a una cuestión fáctica relevante supone la infracción del derecho de audiencia en el sentido en el que lo ha entendido el TCF alemán, es decir en un sentido amplio que no sólo toma en consideración el derecho de la parte a expresarse, sino también la obligación de que el juez tome en consideración lo aducido por las partes en el proceso. Dictar una resolución judicial con un error en la cuestión fáctica puede suponer que el juez no tomó en consideración ese dato suficientemente alegado y probado por las partes, o que incluso era el presupuesto mismo de la acción.

La segunda tesis, que creo es también sostenible, es que del artículo 24.1 CE no cabe derivar un derecho a no sufrir error patente, ya sea fáctico o jurídico, debido a que la Constitución ha dispensado otro tratamiento diferenciado a estas situaciones en el artículo 121 CE. O, en otras palabras, el artículo 24.1 no puede contener un derecho a no sufrir error debido a que otro precepto constitucional establece un tratamiento específico para aquellos casos en los que se produzca un error judicial. Desde esta segunda tesis no podría deducirse un derecho a obtener la rescisión o la anulación de una sentencia incurso en error, sino tan sólo una indemnización por responsabilidad del Estado Juez. El amparo, según esta interpretación sistemática de la CE, no tendría nada que decir respecto a esta cuestión, por lo que habría que concluir que el TC se ha extralimitado a la hora de afirmar que del art. 24.1 CE cabe derivar un derecho a no sufrir error fáctico patente¹³⁵⁸. Quizás esta es la tesis que en un primer momento

¹³⁵⁸ Y así lo ha considerado un importante sector doctrinal. Vid, entre otros, I. Borrajo Iniesta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández Farreres, (*El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, cit., pág. 72.) para quienes: “Los errores fácticos o jurídicos, manifiestos o no, de los tribunales

manejó el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el que las cosas cambien en un momento determinado puede deberse a la falta de cauces para denunciar los casos de error o, incluso, al tratamiento legal y jurisprudencial del que ha sido objeto el art. 121 CE que, como es sabido, es absolutamente restrictivo¹³⁵⁹.

Cabe, incluso, traer a colación una tercera tesis: el artículo 121 CE no se refiere al error fáctico patente, sino a otro tipo de errores. Este podría haber sido uno de los caminos explorados por el TC. Es más, creo que durante un período puede que así fuera. Esta opción podría ser defendible si hubiera diferencias importantes o significativas entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional a propósito de los requisitos que ha de revestir el error para considerarlo, o bien indemnizable, o bien vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva.

En efecto, un análisis de la jurisprudencia del TS permite afirmar que las exigencias de ambas jurisdicciones para determinar si concurre o no la existencia del error son casi coincidentes. Es más, no puede apreciarse bien la diferencia entre la doctrina legal del Tribunal Supremo para exigir la concurrencia del "error judicial" y la creada por el Tribunal Constitucional para estimar vulnerado el art. 24.1 CE por la concurrencia de error patente.

Conviene, aun someramente, traer a colación los requisitos exigidos por el TS para determinar las características que ha de revestir un error judicial para que pueda ser indemnizable. Según jurisprudencia reiterada, “no es el desacierto lo que se trata de corregir, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una situación esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del ordenamiento jurídico; (...) no puede basarse en la interpretación que el tribunal hizo de las leyes con criterio racional y lógico, dentro de las normas de la hermenéutica jurídica”¹³⁶⁰. De lo anterior se deduce que una “interpretación plausible y no irracional o arbitraria” no podrá dar

ordinarios, tienen su remedio, en la medida en que el ordenamiento procesal lo permita, en el sistema de recursos o, en último extremo, en la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”. En el mismo sentido, A. de la Oliva Santos, “Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, con I. Díez-Picazo Giménez, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales: dos ensayos*, Madrid, 1996, pág. 36. También es de esta opinión J. Mercader Ugina “«Error patente» y límites del control del Tribunal Constitucional sobre la legalidad ordinaria (breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 118, 2003, págs., 637-638.

¹³⁵⁹ Puede verse en relación con este tema L. Delgado del Rincón, *Constitución Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, 2007.

¹³⁶⁰ SSTS, Sala 1ª 386/2006, de 4 de abril, 360/2006, de 27 de marzo.

lugar a la existencia de error judicial¹³⁶¹. Sin duda, la argumentación del TS está formulada en términos similares a los que utiliza el TC cuando se refiere a que no hay un derecho al “acierto judicial” con el fin de determinar si una determinada resolución es irrazonable, arbitraria o incurra en error patente¹³⁶².

Más concretamente, y por lo que respecta al tipo de errores a los que se refiere el art. 121 CE y la legislación de desarrollo en la LOPJ, el TS ha admitido que el error recaiga sobre la *quaestio facti* o sobre la fundamentación jurídica. En el primer caso, es necesario que el error sea evidente, patente y capaz de alterar el sentido del fallo¹³⁶³.

Naturalmente, esta identidad de doctrinas ha dado lugar, al menos hasta que se ha procedido a la objetivación del amparo, a que los que sufrían este tipo de errores prefirieran acudir al amparo en lugar de al tortuoso, lento y costoso proceso de declaración de error judicial. En virtud de lo expuesto, habría que matizar lo señalado por L.M^a Díez-Picazo en relación con los errores que pueden dar lugar a la estimación de un recurso de amparo y los que pueden dar lugar a una indemnización como consecuencia de la responsabilidad del Estado Juez¹³⁶⁴. Y es que no está tan claro que los errores que pueden ser reparados a través de acción de responsabilidad del Estado-juez, sean distintos a los que el TC ampara por infracción del art. 24.1 CE, ya sea por incurrir en error fáctico patente o una interpretación de la legalidad que haya de considerarse irrazonable o arbitraria. También se admite por el TS que un error en la selección, aplicación o interpretación de la ley pueda dar lugar a un error judicial indemnizable. Así se han considerado como tales, la aplicación de una ley derogada¹³⁶⁵, la inaplicación de una ley a un caso cuando era palmario que ésta resultaba de aplicación¹³⁶⁶, la inaplicación de una jurisprudencia legal reiterada¹³⁶⁷, etc. Ahora bien,

¹³⁶¹ SSTS 1039/2004, de 25 de octubre, 422/2001, de 23 de abril, entre otras.

¹³⁶² Según reiteradísima doctrina del TC, los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales ordinarios, pues no existe un derecho al acierto judicial (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4) y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

¹³⁶³ SSTS 622/2005, de 15 de julio, 477/2005, de 8 de junio, 646/1996, de 16 de julio, entre otras.

¹³⁶⁴ Según el citado autor “todo error judicial da lugar a una indemnización –art. 121 CE— pero no todo error judicial abre la vía del amparo por vulneración del art. 24.1 CE, sino sólo el patente, notorio, inmediatamente verificable”, Voz “Derecho a la tutela judicial efectiva”, *Temas básicos de derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección*, dir. M. Aragón Reyes y C. Aguado Renedo, T. III, 2011, pág. 245.

¹³⁶⁵ STS 527/2003, de 24 de mayo.

¹³⁶⁶ SSTS 895/2005, de 23 de febrero, 1175/1996, de 31 de diciembre, entre otras.

¹³⁶⁷ STS, Sala 1^a, 174/2007, de 13 de febrero.

no ha sido descartable, antes de la objetivación del amparo, que estos casos fueran también susceptibles de tutela por el TC al considerar que eran vulneradores del derecho a una resolución fundada en derecho y en consecuencia ni irrazonable o arbitraria.

En relación con las sentencias que son vulneradoras de derechos fundamentales, el TS también ha admitido, en algunos casos, la responsabilidad del Estado por error judicial. No obstante, en relación con este punto, conviene hacer dos tipos de precisiones. Por un lado, a propósito de si en estos casos el TS ha considerado al amparo constitucional como uno de los recursos de obligada interposición antes de instar la responsabilidad del Estado-Juez. Por otro, si las vulneraciones de los derechos instrumentales meramente procesales pueden generar una declaración de error judicial. Respecto al primer problema, y aunque la inicial postura del TS ha quedado ya superada, no hay que dejar de apuntar que el TS exigió en algunas ocasiones que era un requisito necesario y previo a la interposición de la demanda interesando la declaración de responsabilidad del Estado-Juez, que el particular intentara a través del recurso de amparo constitucional la tutela del derecho fundamental vulnerado. En efecto, debido a que la LOPJ, en su art. 293.1.f), condiciona la admisibilidad de la demanda de declaración de error judicial a que previamente se hayan utilizado todos los recursos que hubieran permitido la corrección del error, la interposición del amparo constitucional podía considerarse como un recurso más a los efectos de lo previsto en tal precepto. Pues bien, el TS, Sala Primera, inadmitió las demandas de error judicial referidas a la vulneración de derechos fundamentales con el argumento de que no habían intentado su reparación en el proceso constitucional de amparo¹³⁶⁸. Esta doctrina puede explicar también el hecho de considerar al amparo como un recurso más, común y general, que hay que agotar antes de instar del Estado juez una indemnización. No obstante, dicha doctrina está hoy superada.

¹³⁶⁸ Pueden verse, en este sentido las SSTS 134/2002, de 12 de febrero, 786/2001, de 20 de julio. En la primera de ellas, se instaba la responsabilidad del Estado Juez como consecuencia de un vicio de incongruencia omisiva. El TS consideró que debió haberse instando su reparación a través del recurso de amparo. No obstante, hay también jurisprudencia en sentido contrario. La STS 164/2001, de 15 de febrero establece al efecto: “Por algunas sentencias del Tribunales de otro orden jurisdiccional se ha entendido que es preciso en su caso el agotamiento del recurso de amparo, en la idea de que la LOPJ hace referencia todo tipo de medios impugnativos, y en otras sentencias, algunas de este Tribunal, parece comprenderse que hasta que no se vaya al recurso de amparo no empieza a computarse los 3 meses. Sin embargo, sin perjuicio de reconocer que puede haber razones que pueden explicar otro criterio, y que incluso puede ser más satisfactorio para la parte perjudicada y para el ordenamiento jurídico una nulidad derivada de un recurso de amparo que una declaración de error, debe seguirse la tesis de la Sala Especial... en el sentido de que no es necesario acudir al recurso de amparo.”

Por otro lado y por lo que respecta a si pueden ser indemnizables los errores judiciales respecto de derechos procesales de carácter instrumental, también se han derivado problemas, debido a que el TS ha considerado que un error de este tipo no ha de afectar necesariamente al fallo de la sentencia. Así, en los casos en los que se ha visto afectado el derecho de audiencia, por haberse dictado una resolución inaudita parte, no siempre el TS ha reconocido el derecho a la indemnización al considerar que un error de este tipo no debía llevar aparejado necesariamente una modificación del fallo. Afortunadamente, tampoco es esta la línea seguida en la actualidad con carácter general por el TS¹³⁶⁹.

A pesar de que las razones aducidas para considerar que la actividad interpretadora del TC en relación con el error patente suponen una grave equivocación y además una extralimitación y perversión de los contornos del derecho a la tutela judicial efectiva, hay también otro sector doctrinal que entiende que partir de premisas absolutamente erróneas es contrario al derecho al “debido o justo proceso”, más allá de que el derecho positivo constitucionalice como derecho fundamental el error judicial. Estas tesis entroncan con determinadas filosofías del proceso a las que ya se ha hecho referencia en el capítulo tercero de este trabajo y que sostienen juristas de la talla de L. Ferrajoli, Chiarlioni o M. Taruffo¹³⁷⁰.

Al margen de cuál de las posturas antes expuestas puede considerarse más acertada en nuestro caso a partir de lo que dispone la propia Constitución, me parece que el hecho de que el TC haya derivado tal derecho de lo que dispone el art. 24.1 CE merece los siguientes comentarios. En primer lugar, no me resisto a resaltar de nuevo que tal doctrina puede derivar de la legislación y aplicación absolutamente restrictiva que tanto el legislador como el propio TS han elaborado al respecto. No hace falta detallar los vericuetos procesales por los que hay que pasar hasta obtener una declaración de responsabilidad por error del Estado-juez. En segundo lugar, llama también la atención que los órganos judiciales y de forma especial el TS no haya alzado la voz como

¹³⁶⁹ Puede verse en este sentido STS, Sala 3ª de 16 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 6298/2004) que aunque resuelve un caso de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, considera que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión tal y como lo ha interpretado el TC, es indemnizable a pesar de no saber si se hubiera o no estimado el recurso que fue inadmitido a trámite por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

¹³⁷⁰ Vid. en esta línea el trabajo de M. Taruffo, “Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción”, *Páginas sobre justicia civil*, cit. págs.. 25-26.

consecuencia de la derivación de tal derecho por parte del TC del art. 24.1 CE¹³⁷¹. El error patente y la arbitrariedad son manifestaciones del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que, en ocasiones, se dan casi la mano. Puede constatarse en la jurisprudencia constitucional, que una buena parte de los casos en los que se solicita la tutela del derecho a no sufrir error patente, acaban amparándose por el TC por incurrir en arbitrariedad o en irrazonabilidad, toda vez que el yerro manifiesto se produce, no en relación con la cuestión fáctica, sino con la selección y aplicación de la norma. Esta situación, como ya he expuesto en otras partes de la tesis, demuestra que el conflicto de la jurisdicción ordinaria con la Constitucional (que no viceversa) lo es solamente por decir la última palabra en relación con el Derecho, pero con los hechos¹³⁷². El que esto sea así no se explica muy bien teniendo en cuenta que la jurisdicción ordinaria juega un papel absolutamente relevante en el conocimiento de los hechos. Por lo que respecta a las quejas del Tribunal Supremo, aunque es la ley la que le impide entrar a revisar los hechos a través del recurso de casación, tiene atribuida la competencia para conocer de las demandas por error judicial. Sin embargo, el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria nunca ha achacado al TC una invasión competencial como consecuencia de la inclusión en el art. 24.1 CE de un derecho a no sufrir error fáctico patente.

En definitiva, más allá de que resulte o no acertada la conclusión del TC a propósito del derecho a obtener resoluciones judiciales no incursas en error fáctico patente, no

¹³⁷¹ Es cierto que algún Magistrado sí ha alertado de esta situación. E. Cancer Lalanne, Magistrado de la Sala Tercera del TS ha escrito en relación con este asunto: “De la jurisprudencia constitucional últimamente citada viene pues, a inferirse que los supuestos de error judicial patente, por arbitraria aplicación de la legislación ordinaria, irrazonada o irrazonable argumentación interna de la sentencia, permiten al TC anular las sentencias de la jurisdicción ordinaria que incurran en esta clase de error, que por sus características corresponde al que tradicionalmente ha entendido la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo como fundamento bastante para el planteamiento de las pretensiones por error judicial a que alude el art. 121 CE y los artículos 292 sgs de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De modo que, doctrinalmente, ha llegado a sostenerse que de esa posición del Tribunal Constitucional se deduce la apertura ante el error judicial de una vía independiente y paralela a la judicial ordinaria, con el mismo fundamento pero con distinta finalidad, pues los tribunales ordinarios, si prospera la pretensión de error judicial seguida por el cauce de los artículos 292 sgs. LOPJ, no anularán la sentencia que incurrió en el error, sino que se limitarán a abrir la vía administrativa indemnizatoria, mientras que en el amparo constitucional por error se anula la sentencia pero no se hacen en la constitucional estimatoria pronunciamientos indemnizatorios”. Lo anterior en “La Constitución como motivo de casación”, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, pág. 124.

¹³⁷² Comparto en este sentido lo manifestado por muchos autores a propósito de que los denominados conflictos entre jurisdicciones han sido siempre unidireccionales. *Vid*, por todos, P. Cruz Villalón, (“El estado del Tribunal Constitucional”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 191, pág. 8) que afirma “para ser más exactos”, que existe “un antagonismo de dirección única”. Más dudas muestra al respecto F. Rubio Llorente (“El Tribunal Constitucional”, *REDC* núm. 71, 2004, pág. 28) que ha señalado al respecto: “Seguramente, en algunas ocasiones la actuación del juez constitucional hubiera podido ser distinta, y es él en consecuencia el responsable de la fricción, pero en la mayor parte de los casos su actuación ha sido la única posible y los reproches que desde la otra parte se le hacen carecen de justificación”.

tiene ningún sentido que el amparo sea en ocasiones el *primer* instrumento a través del cual impetrar la tutela del derecho. Al igual que ya se ha puesto de manifiesto en relación con el derecho a que un mismo litigante no obtenga resoluciones contradictorias emanadas de un mismo órgano judicial, no se sostiene que el derecho a obtener una resolución no incurso en error fáctico patente no se haya incluido entre las causas legales que pueden dar lugar a la nulidad de las resoluciones judiciales a pesar de que lleva años asentado como una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

La modificación del incidente de nulidad de actuaciones en los términos en los que lo ha hecho la LO 6/2007, de 24 de mayo, puede considerarse un instrumento idóneo para la reparación de la vulneración de esta vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva toda vez que un yerro de estas magnitudes en relación con las cuestiones fácticas, obedece a un despiste o un error involuntario del órgano judicial.

No hay que desconocer, sin embargo, que el hecho de haberse abierto esta vía para la corrección de dichos supuestos, puede engendrar solicitudes ajenas por completo a la corrección de un error fáctico patente. En efecto, pretensiones que tengan por objeto una nueva revisión o valoración de la prueba por parte del órgano judicial, deben ser inadmitidas *a limine* por el juzgador, incluso en aquellos casos en los que el juez considere que la propuesta formulada por una de las partes sea más acertada que la consignada en la sentencia. Sólo los errores fácticos patentes que según la doctrina constitucional pueden dar lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial, deben corregidos a través de esta vía ya que, en otro caso, podría producirse una vulneración del derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Es cierto que el órgano judicial puede encontrarse a la hora de enfrentarse con esta situación con los mismos problemas que ha tenido el TC. En efecto, como ya se ha dicho anteriormente no es ninguna novedad el hecho de que en ocasiones no es fácil discernir cuando una cuestión pertenece al terreno de lo fáctico o excede de éste para entrar en el de lo jurídico. Los mismos problemas que ha encontrado el TC a la hora de trazar esa frontera y quizás de equivocarse van a residenciarse ahora en el juez ordinario. A pesar de que puede haber casos problemáticos, no creo que este sea un argumento de peso para no dejar a los tribunales corregir este tipo de errores, ya que, como se ha escrito en relación con esta cuestión, “los juristas tenemos instrumentos conceptuales suficientemente afinados como para reducir estos supuestos inciertos a un

número prácticamente irrelevante de casos”¹³⁷³. No obstante, si el TC es el último intérprete de la Constitución y considera que este tipo de errores son capaces de vulnerar el art. 24.1 CE, debe correrse el riesgo de dotar a los órganos judiciales de vías para su reparación. Lo que no tiene sentido es que el TC, una vez clara en la doctrina cuáles son los errores capaces de vulnerar el 24.1 CE, tenga que juzgar en cada caso, si concurre o no en el caso concreto, con el alcance y la reiteración que se ha expuesto anteriormente.

Por otra parte, un mal uso reiterado de este instrumento por parte de los órganos judiciales, que supondrá en definitiva un desconocimiento o una deficiente aplicación de una doctrina constitucional reiterada, puede dar lugar a que el TC admita a trámite un recurso de amparo en el que concrete, aún más si cabe, el contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental.

c) Derecho a obtener una sentencia razonable y no arbitraria.

Como es sabido y ya se expuso en el capítulo tercero de este trabajo, el TC también ha considerado contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva aquellas resoluciones judiciales irrazonables y arbitrarias. Los requisitos para determinar cuando nos encontramos ante esta proyección del art. 24.1 CE ya han quedado más o menos esbozados en el capítulo tercero de este trabajo al que me remito con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Un sector doctrinal importante así como buena parte de los órganos judiciales han censurado incluso que el TC entre, a través de esta vía, a corregir la interpretación que los órganos judiciales realizan de la legalidad ordinaria no procesal. En esta línea, A. de la Oliva, a pesar de comprender que el amparo podría convertirse en una supercasación respecto de cualquier norma de carácter procesal, ha criticado duramente el hecho de que el TC, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, haya conocido de cuestiones de la legalidad ordinaria no referidas a ningún derecho fundamental de los tutelables en amparo, incluido claro está, el art. 24 CE¹³⁷⁴. Entre los segundos, los

¹³⁷³ C. Viver i Pi-Sunyer, ““El proceso constitucional de amparo...””, cit. pág. 1793.

¹³⁷⁴ “Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, cit. págs. 32 y ss. También en este sentido, entre muchos otros, I. Borrajo Inieta, I. Díez-Picazo Giménez y G. Fernández, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo...*, cit. págs.. 62-73

jueces y magistrados, también han sido importantes las críticas formuladas en este sentido¹³⁷⁵.

Más allá del acierto del TC en seguir manteniendo en la órbita del artículo 24.1 CE esta dimensión concreta del derecho, lo cierto es que el reconocimiento de tal doctrina no deja de ser un tanto contradictoria con la también reiterada jurisprudencia constitucional que niega que del art. 24.1 CE se derive un derecho al “acuerdo judicial” o al triunfo de las propias pretensiones¹³⁷⁶. Teniendo en cuenta que la línea que separa la existencia o no de la vulneración de esta vertiente del derecho, hubiera sido deseable que el TC hubiera sido especialmente estricto a la hora de apreciar la vulneración de esta proyección del derecho, cosa que no siempre ha sido así¹³⁷⁷. No obstante y como es sabido, el TC, con fundamento en esta vertiente del derecho, ha corregido interpretaciones de la legalidad respecto de las cuales era dudoso sostener que incurrieran en tal grado de arbitrariedad o irrazonabilidad que fueran vulneradoras del derecho a la tutela judicial efectiva. A pesar de esta realidad, no es habitual en la actualidad que el TC se caracterice por emitir este tipo de resoluciones en las que se hace patente una extralimitación en su actividad jurisdiccional.

No obstante, el hecho de que el TC haya manejado un concepto ciertamente flexible de lo que ha de considerarse arbitrario o irrazonable resulta especialmente problemático en este momento debido a que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones permite al mismo órgano judicial que dictó una resolución judicial, tacharla de arbitraria a través del auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones. Más allá de los casos considerados dudosos, un estudio en profundidad de la doctrina constitucional a propósito de cuándo el TC considera que se ha vulnerado esta vertiente del derecho, me

¹³⁷⁵ Vid. entre otros, E. Cancier Lalanne, “La Constitución como motivo de casación”, La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, págs. 124-125 y 130-132.

¹³⁷⁶ Tanto esta vertiente del derecho como la que se ha expuesto anteriormente referida a no sufrir error fáctico patente, han llevado a algunos autores, entre ellos a M. Pulido Quecedo, (*De la negación del derecho al acuerdo del Juez... al error patente como motivo de amparo. A propósito de la STC 107/2002, de 6 mayo (RTC 2002/107), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, núm. 8.) a afirmar que “no se distingue bien del nebuloso e inexistente “Derecho al acuerdo del Juez” (no susceptible de tutela en amparo) y del error judicial”.

¹³⁷⁷ Recuerdo, en este sentido, el voto particular de P. Cruz Villalón a la STC 126/1994 en el que afirmó que “no debería quedar excesivo espacio para discrepar sobre lo arbitrario, o manifiestamente irrazonable; en otros términos, la irrazonabilidad manifiesta no debería requerir un excesivo esfuerzo de argumentación”. Cuando existe discrepancia en cuanto a la apreciación de la existencia de arbitrariedad, podría afirmarse su falta de concurrencia.

permite afirmar que esta proyección del genérico derecho a la tutela judicial efectiva cumple con la función de corregir el error evidente o manifiesto en el proceso de selección y aplicación de la legalidad ordinaria, por lo que se asemeja de forma considerable al derecho a no sufrir error patente fáctico. Es decir, a través de esta vertiente del derecho no sólo se amparan aquellos supuestos en los que existen vicios lógicos en el razonamiento, sino también lo que podríamos denominar el error patente jurídico. Así, si el error patente es fáctico, se estimará el recurso de amparo por vulneración del art. 24.1 CE en relación con el derecho a no sufrir error patente fáctico y si, por el contrario, el error evidente o manifiesto recae sobre la *quaestio iuris*, se entenderá infringido el derecho a obtener una sentencia arbitraria o irrazonable. Se puede decir que son las distintas caras de una misma moneda: la corrección del error manifiesto o evidente. La similitud y la cercanía entre la existencia de error patente fáctico y la arbitrariedad es, en ocasiones, cercana. Tan es así, que una parte importante de las sentencias de amparo en las que se alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente a obtener una resolución judicial fundada en Derecho debido a la concurrencia de error fáctico patente, han sido estimadas por el TC al considerar que incurrían en arbitrariedad¹³⁷⁸.

Aunque podría pensarse, *prima facie*, que es ciertamente difícil que el mismo órgano judicial que dicta una resolución judicial arbitraria pueda él mismo llegar a anularla y a dictar otra no incurso en tal causa de inconstitucionalidad, la jurisprudencia constitucional pone en evidencia que no es así siempre. Al igual que ya se ha indicado respecto al derecho a no sufrir error patente, no han sido pocos los casos en los que un órgano judicial, tras dictar sentencia, ha sido advertido mediante un recurso de aclaración, de un error “de bulto” en la aplicación del derecho. En algunos de esos casos, el órgano judicial, mediante auto, ha modificado el fallo y el contenido de algunos fundamentos de su resolución. Generalmente, cuando esto sucede, la parte perjudicada por la sentencia, ya sea un particular o una administración pública en el caso del contencioso-administrativo, presenta recurso de amparo por vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones. Y de la misma manera que ya se ha

¹³⁷⁸ Son varias las sentencias en las que, a pesar de haberse invocado por el recurrente en amparo o por el Ministerio Fiscal la concurrencia de un error patente, finalmente el TC estima el amparo por incurrir la resolución en arbitrariedad o irrazonabilidad. Pueden verse en este sentido las SSTC 109/2006, 276/2006 290/2006 308/2006 132/2007. Asimismo, en la STC 158/2006, el TC estima el amparo por la concurrencia de ambos vicios: irrazonabilidad y error patente.

expuesto en relación con el error fáctico patente, el TC, reconociendo el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales, acaba por estimar el recurso de amparo.

El estado de la cuestión ha llegado incluso al absurdo. El 11 de septiembre de 2006, mientras que una Sala del TC declaraba vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales como consecuencia de la corrección por parte del órgano judicial de un fallo en lo referente al derecho aplicable en materia de costas procesales (STC 257/2006), la otra Sala declaraba irrazonable otra resolución judicial por la forma en la que órgano judicial había aplicado la legalidad reguladora las costas procesales (STC 261/2006). Cabe la posibilidad de que, si en el primer caso –resuelto por la STC 257/2006, el órgano judicial no corrige el error a través de un cauce inadecuado y el perjudicado por la resolución judicial acude al TC, éste podía haber amparado el caso al considerar que la sentencia incurrió en arbitrariedad. También podría concluirse que si en el segundo caso, el órgano judicial hubiera corregido la aplicación arbitraria de la ley, probablemente se hubiera generado un amparo en el que el derecho invocado como infringido hubiera sido el de la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Basten estos ejemplos para advertir que no hay que descartar *a priori* que los órganos judiciales puedan declarar a través de la tramitación del oportuno incidente, la nulidad de aquellas resoluciones que incurran en tal grado de error, que las conviertan en arbitrarias. Ahora bien, si ya se ha expuesto en el caso del error patente fáctico los problemas que entraña dotar a los órganos judiciales de un instrumento que les permita flexibilizar los efectos de cosa juzgada como consecuencia de su utilización por el juez para modificar el sentido de un fallo basado, no en un error patente, sino en una valoración de las pruebas, más aristas se plantean en los casos en los que hay que apreciar la existencia de arbitrariedad. Y parte del problema hay que buscarlo en el diseño que el TC ha venido realizando del derecho a obtener una resolución irrazonable o no arbitraria. Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a lo que ya se ha expuesto anteriormente respecto al error fáctico patente a propósito de los problemas que puede generar esta situación

Quizás por eso no está demás plantearse si el último control sobre lo que debe entenderse por arbitrariedad debe estar en manos del TC.

Si dejar en manos del juez la tutela del derecho a no obtener sentencias arbitrarias o irrazonables genera problemas desde esta perspectiva, también surgen en

aquellos casos en los que el órgano judicial, de forma deliberada y consciente, es decir no como consecuencia de un despiste, basa un fallo en una doctrina que el TC ha tildado de arbitraria o irrazonable, ya sea de la legalidad ordinaria procesal o sustantiva. En estos casos, es evidente que el incidente de nulidad de actuaciones pasa a ser un instrumento carente de utilidad para la reparación del derecho. Como ya se ha expuesto anteriormente, en estos casos la respuesta del juez puede tener su origen en la defensa judicial de la ley. Con el fin de evitar reiteraciones, me remito a lo ya expuesto al principio de este capítulo en relación con este asunto.

3. El futuro del amparo en materia de 24.1 CE.

3.1. Punto de partida: el artículo 24.1 CE como derecho amparable.

El Magistrado Pascual Sala Sánchez, actual Presidente del Tribunal Constitucional y ex Presidente del Consejo General del Poder Judicial, abogó en 1994, año en el que ostentaba la Presidencia de este último órgano constitucional, por residenciar la tutela de los derechos procesales contenidos en el art. 24.1 CE exclusivamente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria¹³⁷⁹. Las razones aducidas entonces por el citado jurista eran de diverso orden. Tras considerar que tal opción legislativa forma parte de las posibilidades que la Constitución brinda al legislador democrático por la previsión de la expresión del art. 53.2 CE “en su caso”¹³⁸⁰, defendió que en la medida en que este tipo de infracciones se cometen sólo en sede judicial y además con carácter intraprocesal, de la misma manera deberían ser reparadas sólo en esa misma sede por los órganos judiciales ordinarios¹³⁸¹. Naturalmente, esta propuesta venía a admitir que de la Constitución no se deriva la obligación de mantener bajo la

¹³⁷⁹ “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, Madrid, 1994, págs. 35-37. Recientemente, esta misma opinión vuelve a ser sostenida por P. Sala Sánchez en un libro colectivo que salió a la luz el mismo año en el que fue nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional. Me refiero a su trabajo “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, 2004, págs. 266-267.

¹³⁸⁰ Sobre el significado que atribuyó el constituyente al inciso “en su caso” del art. 53.2 CE, *vid.* F. Rubio Llorente, “El recurso de amparo”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, con J. Jiménez Campo, Madrid, 1997, págs. 33-34. La tesis del citado autor, según la cual el constituyente previó un amparo alternativo, no es compartida por G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, publicado por la Fundación Alternativas, documento de trabajo 58/2004, Madrid, 2005, págs. 15-16.

¹³⁸¹ Con la sola excepción de que a través del recurso de amparo se diera la oportunidad al TC de controlar la conformidad de la ley a lo previsto en el art. 24.1 CE a través de lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC, *ibíd.*, pág. 37.

órbita del amparo constitucional todos los derechos a los que se refiere el art. 53.2 CE¹³⁸². Asimismo, el Magistrado condicionaba la exclusión del art. 24.1 CE de la tutela dispensada a través del amparo a la implantación de un proceso preferente y sumario con el fin de que los órganos judiciales pudieran reparar las lesiones de las distintas vertientes del art. 24.1 CE, lo que implicaba reconocer que nuestro sistema procesal, al menos en el año en que se formuló tal propuesta, aún no contaba con un ordenamiento procesal suficientemente garantista de los derechos insertos en el art. 24.1 CE¹³⁸³.

Las tesis sostenidas por quien en la actualidad ostenta la presidencia del Tribunal Constitucional no han sido acogidas, afortunadamente en mi criterio, por el legislador. En efecto, el hecho de que se hayan reforzado –al menos en teoría– los mecanismos de tutela ante la jurisdicción ordinaria mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no ha traído como consecuencia que el legislador, mediante la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, haya considerado conveniente excluir a los derechos del art. 24.1 CE de la órbita del amparo constitucional. Esta decisión ha de conllevar necesariamente que el TC no deba desentenderse de los derechos previstos en el artículo 24.1 CE cuando su infracción es invocada a través de los recursos de amparo. Si una demanda de amparo en la que se alega infracción del art. 24.1 CE tenga “especial trascendencia constitucional” y cumpla con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la LOTC, deberá ser objeto de admisión a trámite y de un pronunciamiento sobre el fondo. Ahora bien, el hecho de que el art. 24.1 CE sí pueda hacerse un hueco en el recurso de amparo, debe

¹³⁸² Son varios los autores que se han pronunciado en el mismo sentido que el indicado en el texto principal. Otra cuestión es que no todos los que sostienen tal tesis estén a favor de su puesta en práctica. Vid, entre otros, F. Rubio Llorente, “El recurso de amparo”, cit., pág. 58. Aunque manifiesta que es constitucionalmente posible tal opción, se muestra en contra de su adopción, al considerarla un “error gravísimo”, dado que “alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria”. Vid. también F. J. Matía Portilla, “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, *REDC* núm. 86, 2009, pág. 347, quien considera conforme a la Constitución la exclusión del amparo algunos derechos referidos en el art. 53.2 CE. Naturalmente, también hay autores que opinan que el legislador no puede excluir del amparo los derechos del art. 24 sin vulnerar la Constitución. Vid., entre otros, G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994, págs. 15 y ss; P. Cruz Villalón, “Sobre el amparo”, cit., pág. 499, nota 10; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 112; M. Aragón Reyes, “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coords. J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa, México, 2002, pág. 30, 34-35.

¹³⁸³ En este sentido, P. Sala Sánchez afirmó en el año 1994 en referencia a las lesiones de los derechos del art. 24 producidas por el órgano judicial: “(...) lo cierto es que no existe, para estos supuestos, un procedimiento preferente y sumario como exige la Constitución. No es que se esté postulando aquí una duplicación de las vías judiciales, que ningún resultado positivo aportaría, sino que, simplemente, se destaca que, *para este supuesto, se carece, las más veces, de una respuesta ágil y adecuada a la presunta violación*”. “La delimitación de funciones...”, cit., pág. 30.

llevar a cuestionarnos qué es lo que podemos esperar del Tribunal Constitucional en relación con los amparos en los que se invoca la infracción de este derecho fundamental ya que, en buena medida, la reforma tiene su origen en el elevado número de demandas que acceden al TC y, en esto, tiene una gran responsabilidad el art. 24.1 CE.

3.2. Un apunte sobre lo que se puede esperar del nuevo amparo en la tutela de los derechos del art. 24. 1 CE.

Como se ha visto anteriormente, el amparo del art. 24.1 CE ha sido un instrumento en manos del TC que le ha permitido llevar a cabo una importante amalgama de funciones en relación, sobre todo, con la forma en que los órganos judiciales ejercen la función jurisdiccional. El amparo ha sido el vehículo a través del cual el TC ha corregido meros errores fácticos, ha impuesto al juez un determinado modelo de motivación de las resoluciones judiciales, ha revisado y controlado la aplicación de la legalidad –ya fuera ésta procesal o sustantiva—, ha impuesto su propia doctrina sobre la mantenida por los órganos judiciales, ha controlado el arbitrio y la arbitrariedad judicial, etc. También, como se ha expuesto ampliamente en páginas previas, ha suplido los déficits de tutela que en cada momento se han ido generando como consecuencia de las diferentes reformas procesales. Respecto de esta última cuestión, la reforma operada sobre el recurso de amparo en el año 2007 impide que vuelvan a repetirse situaciones como las que se han venido señalando a lo largo de este trabajo, en las que el TC ha tenido que suplir al juez ordinario, ya sea por la actuación legislativa –mediante la supresión de mecanismos de tutela sin prever otros en su lugar— o por sus omisiones. La nueva configuración del amparo, salvo en el caso de los interpuestos con base en el art. 42 LOTC, debería impedir que el TC volviera a convertirse en un tribunal común y general de tutela de derechos fundamentales. Y como se ha visto, eso pasa sólo por arbitrar remedios judiciales ante la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, el hecho de que la nueva configuración del recurso de amparo haya venido acompañada de medidas que pretendan –aún de forma quizás insuficiente— reforzar la tutela de los derechos del art. 24.1 CE ante los órganos judiciales ordinarios, no va a suponer que el número de amparos interpuestos se reduzca de forma sensible teniendo en cuenta que un número importante de éstos han venido solicitando al

Tribunal Constitucional una revisión de la respuesta del órgano judicial en relación con la alegada vulneración de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE. En esta actuación, ahora sí, verdaderamente revisora, el TC ha utilizado el amparo como un instrumento de tutela del caso concreto, de tal manera que de lo que se trataba era, sobre todo, de dispensar una tutela individualizada, a partir de las circunstancias concretas, lo que ha dado lugar al surgimiento de un cuerpo doctrinal importantísimo. Las sentencias reiterativas han sido una constante en la doctrina constitucional, en las que el amparo era el vehículo para imponer de *facto* su *status* de supremo intérprete de la Constitución. También, aunque en menos ocasiones, ha sido el medio que le ha permitido al TC verificar la existencia de un problema de inconstitucionalidad de una determinada ley procesal y ha facilitado que fuera el TC, y no los órganos judiciales ordinarios, el que acabara planteando la autocuestión de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC.

El hecho de que se haya modificado de forma sustancial el régimen jurídico del amparo no cierra ni mucho menos el debate a propósito de cual va ser su nueva *funcionalidad*. En efecto, la interpretación que el TC realice en relación con las nuevas líneas maestras de la actual configuración del amparo puede incidir en resaltar, en unos casos, o abandonar en otros, algunas de las finalidades a las que ha tenido que servir hasta ahora el amparo.

Antes de entrar de lleno en centrarme en algunas de ellas, conviene apuntar que el amparo *debe* seguir preservando su carácter tutelador de los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 CE. Más adelante, cuando aborde el estudio de los nuevos requisitos de admisibilidad del amparo, trataré *in extenso* esta cuestión.

Una vez dicho lo anterior, considero que en un futuro el TC puede poner el acento en tres cuestiones distintas en relación con el control de los derechos del art. 24.1 CE. Por un lado, en convertir al amparo del art. 24.1 CE en un instrumento, sobre todo, de control del juez para asegurar la necesaria vinculación de éste a la doctrina constitucional, o enfocarlo como un instrumento dirigido, más bien, hacia la defensa frente la ley procesal inconstitucional aplicada en un proceso, o en fin, como un instrumento de interpretación del art. 24.1 CE, de su contenido esencial y de su configuración legal en cada uno de los momentos, a modo de recurso de casación en *interés de doctrina constitucional*.

Por lo que se refiere al primero de los puntos señalados, un sector doctrinal se ha pronunciado ya en esa dirección. En esta línea, el Magistrado Aragón Reyes escribió

un año después de la entrada en vigor de la LO 7/2006, de 24 de mayo que “no conviene olvidar que una de las funciones constitucionales que el amparo desempeña (antes y después de la reforma) es la de servir de instrumento que garantiza la necesaria vinculación de la jurisdicción ordinaria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”¹³⁸⁴. Una de las vías que sirve a tal finalidad, según el Magistrado constitucional, es la interposición del recurso de amparo basado en la vulneración del art. 24 CE, ya que “debe sostenerse que procede el recurso de amparo por vulneración del artículo 24.1 cuando un órgano judicial ordinario aplique una ley declarada inconstitucional, aplique una ley apartándose de la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional o inaplique una ley sin plantear cuestión de inconstitucionalidad”¹³⁸⁵. Los fenómenos a los que alude M. Aragón Reyes pueden tener un distinto origen. Así, no es lo mismo que el órgano judicial, por desidia o por desconocimiento, aplique una ley declarada inconstitucional, que aquellos otros en los que el órgano judicial, de forma consciente y deliberada, manifieste un rechazo a acatar una determinada doctrina constitucional para manifestar su adhesión al tenor literal de la ley que aquélla pretende interpretar en un determinado sentido. En muchas ocasiones, el apartamiento del juez a la doctrina constitucional tiene su origen en la defensa judicial de la ley. El amparo que surja tras la reforma debe discriminar estos fenómenos, ya que la forma en que el TC pueda imponer su primacía en uno o en otro caso no tiene porqué ser la misma. Quizás el segundo de los fenómenos apuntados, en el que el juez muestra su apego al tenor literal de la ley y repudia su interpretación en el sentido constitucional, pueda alertar al TC de que el problema está en la ley y, quizás, en los excesos en los que él mismo haya podido incurrir a la hora de interpretar aquélla. En estos supuestos, el control sobre el juez podría desplazarse al control sobre el legislador. Este deslizamiento del control no se da, por el contrario, en el resto de los supuestos apuntados por M. Aragón, ya que es evidente que cuando el TC estima un amparo por inaplicación de una ley postconstitucional sin plantear cuestión, lo que en realidad está protegiendo es, no sólo la Constitución y la ordenación del sistema de fuentes, sino también la ley misma. Con todo lo anterior, quiero poner de manifiesto que el amparo dirigido a controlar al juez

¹³⁸⁴ “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *REDC* núm. 85, pág. 36. Otros autores, por el contrario, no comparten esta visión de las cosas y consideran que el apartamiento de la doctrina constitucional por parte del juez ordinario no es vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. Es de esta opinión M. Carrasco Durán, “El concepto constitucional del recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del amparo”, *REDC* núm. 63, 2001, pág. 105.

¹³⁸⁵ “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 36.

puede terminar, en algunos supuestos –aunque no en todos—, en un control hacia el legislador. Me parece que esto es una concreción de la propuesta de P. Cruz Villalón cuando reclamaba más amparo frente al legislador y menos frente al juez. Lo que se quiere subrayar es que no todos los supuestos en los que, a *priori*, el amparo aparezca un instrumento adecuado para controlar al juez, deban proyectarse o quedarse tan sólo en esto. En alguna ocasión se ha dicho que el amparo es el lugar al que llegan las patologías de sistema. Sin ser eso incierto, el amparo también es un buen observatorio para apreciar el fenómeno de la inconstitucionalidad de la ley. Las quejas de amparo reiteradas y continuadas en relación con una determinada cuestión pueden hacer que el TC, donde en un principio veía tan sólo un problema de legalidad ordinaria o de mala interpretación judicial, acaba por apreciar la existencia de un problema de constitucionalidad y situar –o, en su caso, resituarse— el problema que tiene entre manos en el lugar adecuado y este no pasa siempre por el control judicial.

Resulta del máximo interés plantearse en serio la segunda de las funciones apuntadas, sobre todo teniendo en cuenta que no contamos con un amparo frente leyes, de tal manera que a lo único que podemos aspirar los ciudadanos es a confiar en que el juez ordinario que conozca del acto aplicativo de una ley procesal con visos de inconstitucionalidad tenga a bien plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y ya se ha expuesto en anteriores capítulos que, por regla general los órganos judiciales son reacios a cuestionar las leyes procesales y, especialmente las que regulan los medios de impugnación. El TC, a través del amparo, puede amortiguar esta reticencia a través de lo dispuesto en el art. 55.2 CE, tal como hizo, por ejemplo, en relación con el art. 240.1 LOPJ en su redacción original. El hecho de que el TC, como consecuencia del planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad, controle la constitucionalidad de las leyes procesales, no supone dar por zanjado el problema. En efecto, tal posibilidad no resulta del todo satisfactoria como consecuencia del tipo de juicio que el TC lleva a cabo a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Y es que, es posible, como ya se ha dicho en otro lugar de este trabajo, que la aplicación de una ley perfectamente constitucional arroje resultados inconstitucionales aplicada *ad casum*¹³⁸⁶. Teniendo en cuenta esta posibilidad, el recurso de amparo se convierte en el único proceso “que hace posible la inaplicación *ad casum* de leyes inconstitucionales,

¹³⁸⁶ Y como bien apunta J. Jiménez Campo (*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 119), puede darse el fenómeno inverso: que una ley contraria a la Constitución no cause lesión de derechos.

con satisfacción inmediata de la pretensión deducida”¹³⁸⁷. Así, y en relación con los casos patológicos, siempre que afecten a un número importante de litigantes, pueden recabar la necesaria tutela a través del amparo constitucional. Más adelante me ocuparé de este asunto.

Otra cosa es, sin embargo, deducir del derecho a la tutela judicial efectiva un derecho a la aplicación del Derecho no contrario a cualquier precepto de la Constitución¹³⁸⁸. A pesar de las ventajas que arrojaría su reconocimiento como derecho fundamental inserto en el art. 24.1 –en cuanto reconoce el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho—, plantea problemas importantes en nuestro sistema. Como se ha dicho con acierto, el fenómeno de la inconstitucionalidad no es evidente y el reconocimiento de tal derecho obligaría quizás a cambiar nuestro sistema de control de constitucionalidad¹³⁸⁹. Lo que quizás resulta menos problemático es que, no se considere vulnerador del art. 24.1 CE el hecho de que los jueces no reaccionen, mediante el oportuno planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, en aquellos supuestos en los que el legislador aprueba una ley que contraviene una doctrina constitucional consolidada. Aunque es evidente que el TC siempre puede cambiar de opinión, el juez ordinario también debe tener en cuenta que la tutela de los derechos del particular en el caso concreto pasa necesariamente por la declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo que debe resultar decisivo a los efectos del planteamiento de la cuestión.

Por lo que se refiere a la tercera de las funcionalidades apuntadas, esto es, que el amparo del art. 24.1 CE sea un recurso de casación a modo de fijación de doctrina constitucional, ya sea de la ley o del contenido esencial del derecho fundamental, permitirá al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo ser el último intérprete en materia de garantías constitucionales. Según lo que dispone el art. 123.1 CE, es el TC y no el TS el último intérprete en materia de garantías constitucionales y es evidente que los derechos insertos en el art. 24.1 CE forman parte de aquéllas. Debido a los problemas que genera el hecho de los derechos del art. 24.1 CE sean de

¹³⁸⁷ *Ibidem.*, pág. 119.

¹³⁸⁸ Como es sabido, tal propuesta cuenta con sólidos apoyos doctrinales. *Vid.* por todos, R. Punset Blanco, “Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución”, *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Santiago de Compostela, 1996, pág. 23. El mencionado autor acoge tal propuesta respecto de las normas constitucionales sustantivas.

¹³⁸⁹ Tal como ha señalado, entre otros, M. Ahumada Ruiz “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *REDC* núm. 62, 2001, págs. 340 y ss., la inconstitucionalidad no es algo evidente, por lo que la ley es constitucional hasta que el TC no diga lo contrario.

configuración legal, el TC ha hecho importantes esfuerzos en ocasiones por no invadir el capo interpretativo de los órganos judiciales ordinarios en relación con las leyes procesales. En todo caso, y como ya se ha apuntado anteriormente, los órganos judiciales quedarán vinculados por la doctrina constitucional que recaiga en estos supuestos.

3.3. El nuevo amparo tras la reforma de LO 6/2007, de 24 de mayo.

3.3.1. La unanimidad en la necesidad de la reforma y el disenso doctrinal a propósito de su contenido.

Todos los autores que se han acercado al problema del amparo se han encargado de resaltar que el motivo que está en el origen de su reforma es el posible colapso del TC por el número creciente de demandas de amparo que, año tras año, iban haciendo cada vez más insostenible la carga de trabajo del Tribunal. El problema del amparo es, desde esta perspectiva, el problema del Tribunal Constitucional¹³⁹⁰. No insistiré en el texto principal en hacer especial hincapié en esta cuestión que ya ha sido suficientemente estudiada y acreditada, aunque se echa de menos un análisis estadístico que tenga en cuenta cómo ha influido el progresivo aumento de la litigiosidad ante los órganos judiciales ordinarios en el amparo constitucional¹³⁹¹. Quizás el aumento de

¹³⁹⁰ Lo expresado en texto principal no debe considerarse un problema exclusivo del amparo, sino que, siguiendo en este caso a G. Fernández Farreres (“Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, *La reforma de la Justicia Constitucional*, con E. Espín Templado y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006, pág. 52) “trasciende el propio amparo para afectar globalmente al normal desarrollo de las demás funciones del Tribunal, las relativas al control de constitucionalidad de las leyes y a la resolución de las controversias competenciales”. También en el mismo sentido, M. Aragón Reyes, (“La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *REDC* núm. 85, 2009, pág. 13) para quien “el Tribunal Constitucional español se había convertido *de facto*, en un Tribunal de amparo, en perjuicio de sus competencias principales”. También procede traer a colación las palabras de L. M^a Díez Picazo (Introducción a la Mesa 2: «Tribunal Constitucional y derechos fundamentales», *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2007, pág. 508) en relación con los problemas que el importante número de recursos de amparo produce en el retraso en la resolución de los recursos y las cuestiones de inconstitucional. A pesar de que L. M^a Díez Picazo ha sido un firme defensor del amparo, cree que el número creciente de éstos y el trabajo que genera al Tribunal está llevando “*de facto* a la inmunidad del legislador”. Por esta importante razón ha afirmado: “Si el precio a pagar por el restablecimiento de una fiscalización efectiva sobre el legislador es la desaparición del recurso de amparo —o, cuanto menos, su transformación radical—, creo que deberíamos estar dispuestos, aunque nos duela, a pagarlo.”

¹³⁹¹ Pueden verse en este sentido, además de las Memorias anuales publicadas por el Tribunal Constitucional, hoy de acceso público a través de la página web del TC, los trabajos que se citan a continuación. G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*,

demanda de amparo no ha sido proporcional al aumento de la litigiosidad. Sí conviene no obstante, poner sobre el papel que este hecho ya ha trascendido allende nuestras fronteras y que el TEDH, en varias sentencias, ha condenado al Reino de España por haber incurrido el TC en dilaciones indebidas en la tramitación de varios recursos de amparo¹³⁹².

Sólo este hecho, de una gravedad considerable, debía obligar al legislador a tomar cartas en el asunto. Y así se urgió, tanto por el propio Tribunal Constitucional por boca de quien en cada momento ostentaba su presidencia, como por la doctrina científica¹³⁹³. La reforma, como se ha dicho, no sólo era conveniente sino necesaria para la supervivencia de la propia jurisdicción constitucional¹³⁹⁴.

Ahora bien, el hecho de que se instara con apremio la reforma no significaba que hubiera un consenso sobre el nuevo modo de organizar el recurso de amparo constitucional. Los distintos trabajos doctrinales que en los últimos años han profundizado en la nueva deriva que debía tomar el amparo no han sido unidireccionales.

Un sector doctrinal ha venido apostando por remarcar lo que se ha denominado la vertiente objetiva del amparo sobre la subjetiva¹³⁹⁵. Según éstos, debido a que el amparo ya no se justifica por una de las razones históricas que dieron lugar a su previsión en la Constitución, cual es la desconfianza hacia el Poder Judicial existente tras la aprobación de la Norma fundamental, se hace necesario mantener el amparo a los sólo efectos de permitir al TC cumplir con su función de ser el último y supremo intérprete de la Constitución, lo que ha de tener una influencia decisiva en la admisión de los asuntos (art. 1.1 LOTC). Según esta corriente doctrinal, para lograr tales objetivos hay que limitar de forma importante el número de casos que el TC conoce y

cit., pág. 25 y 26; más recientemente M. Hernández Ramos, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo*, Madrid, 2009, págs. 22-25 y 370-371.

¹³⁹² Entre otros, SSTEDH de 11 de octubre de 2001 (*Soto Sánchez c. España*), de 3 de enero de 2003 (*Caldas Ramírez de Arellano c. España*) y de 25 de noviembre de 2003 (*Soto Sánchez c. España*).

¹³⁹³ Ya se ha hecho referencia en el Capítulo IV de este trabajo, a la constante petición de los últimos Magistrados constitucionales que han ostentado la Presidencia del TC en los últimos años. Por lo que se refiere a la doctrina, sería inagotable tener que citar a todos los autores que se han pronunciado en este sentido. A modo de ejemplo, pueden verse M. Aragón Reyes “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, cit., pág. 30; P. Pérez Tremps “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, pág. 1664.

¹³⁹⁴ M. Aragón Reyes, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 12.

¹³⁹⁵ Un clásico sobre la discusión de hacia dónde debería encaminarse el amparo, la protagonizaron hace ya más de una década L. M^a Díez-Picazo y P. Cruz Villalón en sendos trabajos publicados en la *REDC*. Entre los autores que han apostado por primar la vertiente objetiva del amparo, *vid.*, entre otros, E. Espín Templado, “Comentarios al Anteproyecto de reforma de la LOTC”, *La reforma de la justicia constitucional*, con G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006, pág. 30.

resuelve través del recurso de amparo: las sentencias dictadas en este tipo de proceso deben ser pocas y los casos deben ser previamente escogidos por el TC en los términos que la Ley establezca. De acuerdo con esta idea, el amparo debe encaminarse, más que a reforzar la protección subjetiva de los derechos fundamentales, a resaltar su vertiente objetiva, esto es, a procurar la defensa e interpretación de la Constitución¹³⁹⁶, a dar cumplimiento al art. 123.1 CE asegurando al TC ser el último intérprete respecto a las garantías constitucionales, a establecer doctrina constitucional sobre cuestiones relevantes no resueltas¹³⁹⁷, etc. Como se deduce de lo que se acaba de exponer, tal cosa sólo pasa por incidir sobre el trámite de admisión del recurso de amparo o por limitar de forma considerable el tipo de actos que pueden tener acceso al mismo. Incluso, como han señalado algunos autores, podría pensarse en una combinación de ambos instrumentos.

Respecto de la primera de las opciones apuntadas, hay que señalar que todos los autores que están de acuerdo en la objetivación del amparo y en incidir sobre su fase de admisión, no comparten las posibilidades que la Constitución ofrece a la hora de llevar a cabo este cometido. Como se verá más adelante, hay autores que, aun apostando por un amparo marcadamente objetivado, mantienen que en la Constitución no cabe la implantación de un sistema de selección de casos, esto es, un verdadero *certiorari*. Otros, por el contrario, apuestan decididamente por este mecanismo de selección de casos, del que afirman, tarde o temprano se instalará en la práctica del Tribunal¹³⁹⁸.

Para algunos autores, estas propuestas de remarcar la vertiente objetiva del amparo sin incidir en limitar su demanda sino sólo en la fase de admisión, no constituyen la solución al problema del Tribunal. Este sector doctrinal apoya su planteamiento en la experiencia de otros Estados, en los que una apuesta por un sistema de selección de casos (EEUU) o de una fuerte objetivación (Alemania) no han servido para reducir el número de asuntos que acceden al Alto Tribunal¹³⁹⁹. Según éstos, el hecho de que el TC sólo deba pronunciarse en relación con los asuntos que tengan una

¹³⁹⁶ P. Pérez Tremps, "Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, pág. 1654.

¹³⁹⁷ G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: Una propuesta de reforma*, cit., pág. 18.

¹³⁹⁸ *Ibidem*.

¹³⁹⁹ En relación con la experiencia americana, puede verse M. Ahumada Ruiz, "Certiorari y criterios de selección en la última instancia: qué casos, cuántos casos", *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. (...), cit, pág. 78. Según la autora cada año llegan al TS más de 9000 peticiones de revisión.

importancia objetiva sólo en el trámite de admisión no en la interposición, no terminará con el problema de la sobrecarga de trabajo en la medida en que no va a tener como consecuencia la disminución del número de demandas que acceden al Tribunal Constitucional, esto es, que se presentan en el Registro del Tribunal sito en la c/ Domenico Scarlatti de Madrid¹⁴⁰⁰. A tal efecto, ha habido quien ha abogado por excluir algunos derechos fundamentales del ámbito protegido por el recurso de amparo¹⁴⁰¹, o por limitar el acceso al amparo a las resoluciones emanadas de algunos órganos judiciales ordinarios¹⁴⁰², o incluso por crear una Sala Especial en el TS para conocer de las vulneraciones del art. 24.1 CE con el objeto de que sólo pudieran ser ulteriormente recurridas en amparo si la vulneración aducida hubiese sido apreciada por el Ministerio Fiscal o por algún Magistrado que a lo largo del proceso judicial hubieran conocido del asunto¹⁴⁰³. Según los autores que sostienen estas tesis, estas medidas sí serán capaces de disminuir el volumen de amparos que ingresan en el Tribunal que es en realidad el objetivo que debe perseguir el legislador para remediar la situación de sobrecarga de trabajo del TC.

Si bien es cierto que la implantación de cualquier de estas medidas tendría su traducción en un descenso importante de la demanda de amparo constitucional, no me parece oportuna su adopción. Como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, resulta muy difícil organizar la casación para que ésta pueda cumplir con su función de “garantizar la unidad del sistema jurídico, de su armonía con los sistemas supraestatales y la efectividad de los principios de igualdad en los procesos de concreción de normas y de seguridad en la resolución de conflictos jurídicos”¹⁴⁰⁴. Conseguir tal objetivo pasa por restringir su acceso a determinadas materias o a imponer limitaciones por razón de la cuantía, lo que imposibilita que el TS pueda tener la última palabra respecto de determinadas materias que también deben ser objeto de unificación doctrinal. Se ha

¹⁴⁰⁰ Una propuesta en este sentido la ha realizado G. Fernández Farreres en varios trabajos. Vid, entre otros, “Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005”, cit., págs. 53-55.

¹⁴⁰¹ Vid, por todos, por todos, P. Sala Sánchez, *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, cit., págs. 36-37.

¹⁴⁰² Vid. entre otros, P. Pérez Tremps, (“Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, cit., págs. 1666-1667) propuso que una buena fórmula para disminuir considerablemente la demanda de amparo era limitar las resoluciones recurribles a las dictadas por las distintas Salas del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia.

¹⁴⁰³ Esta propuesta ha sido formulada por G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, cit., págs. 37 y ss.

¹⁴⁰⁴ Acojo aquí la definición de las funciones que debería tener el TS a juicio de J.A. Xiol Ríos, “La posición del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornada en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004, pág. 106.

dicho que diseñar la casación perfecta, es tanto como intentar la cuadratura del círculo. Trasladar los problemas que ha arrojado el diseño de la casación al recurso de amparo constitucional, no haría más que complicar aún más las cosas, ya que, respecto de determinados asuntos y materias, ninguno de los órganos situados en la cúspide del sistema podría decir algo al respecto. Tal opción, en definitiva, supondría hacer arrastrar a la jurisdicción constitucional los mismos problemas que tiene el TS relacionados con la selección de los asuntos que deben acceder a su sede. Además, debido a las constantes restricciones que se están imponiendo al recurso de casación —la última, mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre— dejaría excesivamente restringido el ámbito del amparo. Por otra parte, sería una fuente adicional de conflictos el hecho de que el TS interpretara de forma absolutamente restringida los supuestos legales que permiten el acceso a la casación, y que decisión tuviera trascendencia en el ámbito competencial del TC. Es más, dicha opción agravaría el problema actual ya que impediría que ninguno de los Tribunales situados en la cúspide del sistema pudiera pronunciarse en relación con determinados asuntos o materias que pueden plantear cuestiones del máximo interés desde el punto de vista constitucional y, especialmente, del contenido y la eficacia de los derechos fundamentales. Me parece, en definitiva, que no es una buena idea trasladar los mismos criterios de selección de asuntos que ingresan al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional.

De no acogerse estas limitaciones, la única solución al alcance del legislador para aliviar la situación del TC sólo pasa por una nueva regulación de la fase de admisión. Apostar por esta vía resulta especialmente coherente debido a que, tal como ha señalado un importante sector doctrinal, es la que más trabajo y más esfuerzos genera al Tribunal¹⁴⁰⁵.

Resulta evidente que el legislador en la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha optado por esta segunda vía y ha tratado de dotar al TC de instrumentos que le permitan, agilizar la inadmisión de un lado, y limitar fuertemente la admisión, de otro¹⁴⁰⁶. La primera de las dos cuestiones apuntadas se realiza mediante dos medidas principalmente. Por un lado, y a pesar de haber sido una cuestión tremendamente debatida en la doctrina, se prevé en los apartados 1 y 3 del art. 50 LOTC que el

¹⁴⁰⁵ Vid. C. Viver i Pi-Sunyer, “Diagnóstico para una reforma”, para quien el exceso de trabajo “radica en la fase de admisión del amparo”, V.V. A.A., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia 2004, pág. 37. También en este mismo sentido y en esa misma obra J. García Roca, “La cifra del amparo constitucional y su reforma”, pág. 276.

¹⁴⁰⁶ M. Aragón Reyes, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 18

instrumento procesal adecuado para las decisiones de admisión a trámite del recurso de amparo será la providencia y, en el caso de que determine la inadmisión del mismo, se limitará a especificar el requisito incumplido. Parece que se pone fin así a la necesidad de que las decisiones de inadmisión deban estar motivadas, aun de forma sucinta¹⁴⁰⁷.

3.3.2. Caracteres del nuevo recurso de amparo tras la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo

Tratar de aproximarse al nuevo amparo tras la reforma de 2007 obliga, sobre todo, a estudiar el nuevo trámite de admisión. Como hace ya tiempo apuntó A. Gómez Montoro, las normas procesales reguladoras de inadmisión del recurso de amparo adquieren una doble importancia, tanto cualitativa como cuantitativa¹⁴⁰⁸. Respecto a la primera, apunta el citado autor que “el entendimiento de las causas de inadmisión (de algunas de ellas, al menos) está estrechamente vinculado con la concepción que se tenga del recurso de amparo y, en última instancia, con la manera de entender la articulación entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales ordinarios en el ejercicio de su función de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadano”. Desde un punto de vista cuantitativo, las normas regladoras de la inadmisión de los amparos, se caracterizan por la reiteración en su aplicación.

En las siguientes páginas, me ocuparé ahora de exponer someramente las nuevas exigencias previstas en la LOTC en relación con la admisión del recurso de amparo, así como de la forma en que han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional.

a) La especial trascendencia constitucional: un nuevo criterio para la admisión del amparo.

¹⁴⁰⁷ Esta conclusión, no obstante, es discutible. *Vid.*, en relación con este asunto J. Matía Portilla, (“La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, cit., págs. 356 y ss.) para quien no está tan claro que de dicho precepto no se derive la necesidad de motivación, aun sucinta, de las providencias de inadmisión.

¹⁴⁰⁸ “Comentario al artículo 50”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. J. L. Requejo Pagés, Madrid, 2001, pág. 800.

La principal novedad que la LO 6/2007, de 24 de mayo ha introducido en relación con el recurso de amparo constitucional es que ya no es suficiente con que en un amparo se acredite que ha existido una vulneración de un derecho fundamental de los previstos en los arts. 14 a 29 CE para determinar su admisión, sino que además es preciso que el “recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional” (art. 50.1 b LOTC). La propia LOTC, en el mismo precepto, concreta que tal trascendencia se apreciara “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Es evidente que se trata de conceptos tan abiertos que es difícil determinar con exactitud la *voluntas legislatoris* a la hora de su establecimiento.

Lo cierto es que la reforma ha instaurado una inversión del juicio de admisibilidad tal y como estaba regulado anteriormente: si antes el Tribunal tenía que entrar a conocer si el recurrente en amparo cumplía con los requisitos exigidos entonces por la LOTC para determinar la inadmisión del recurso, en el sistema actual la regla general es la inadmisión, a no ser que el TC, constatada la especial trascendencia constitucional del asunto así como el resto de los requisitos para su admisión, decida que ese amparo merece una respuesta por su parte.

Naturalmente, el hecho de que la especial trascendencia constitucional sea un criterio sustantivo o material necesario para admitir el recurso a trámite, no significa que éste sea el único para acordar su admisibilidad. Además de los que ya se exigían antes de la reforma, que siguen siendo los mismos con alguna variación de carácter menor¹⁴⁰⁹, el art. 49.1 *in fine*, establece además que, “[e]n todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del asunto”. Como se verá más adelante, no hay que derivar de lo que se acaba de afirmar, que el TC sólo deba atenderse a la hora de acordar la admisión del recurso a la apreciación de la especial trascendencia constitucional del asunto y al cumplimiento de los requisitos de carácter

¹⁴⁰⁹ El resto de los requisitos exigidos en la LOTC para la admisión del amparo están previstos en los arts. 41 a 46. Aunque son prácticamente idénticos a los que se exigían antes de reforma, me parece conveniente hacer referencia a ellos, someramente, en nota: 1) Que los derechos fundamentales cuya tutela se impetire sean susceptibles de amparo constitucional (arts. 14-29). 2) Que se haya dado oportunidad a los órganos judiciales de reparar el derecho fundamental vulnerado. Tal exigencia requiere, no sólo agotar la vía judicial previa mediante la interposición de todos los medios de impugnación, sino también la invocación de la vulneración del derecho fundamental vulnerado tan pronto como se tenga oportunidad para hacerlo. 3) Que la demanda se presente en el plazo de 20 días si el amparo que se pretende interponer lo es al amparo del art. 43, o de 30 días si se trata de un recurso del art. 44. Respecto a los amparos mixtos, tal y como ha tenido ocasión de aclarar el TC en su jurisprudencia, el plazo aplicable será el de 30 días.

formal establecidos por la LOTC. También resulta ineludible que un análisis liminar del asunto permita apreciar que en el caso concreto se produjo una vulneración de alguno de los derechos amparables. El hecho de que la reforma del amparo haya remarcado su carácter objetivo mediante la exigencia de que para su admisión tenga “especial trascendencia constitucional” no implica que el recurso de amparo sea un instrumento dirigido únicamente a satisfacer esta dimensión. No puede admitirse un amparo, por más trascendencia constitucional que tenga, si en el primer examen realizado en la fase de admisibilidad se constata que no habido lesión del derecho fundamental. Comparto la opinión de aquellos que han sostenido que nuestra Constitución no da cobertura a un amparo que tenga por único objeto la interpretación y defensa de la Constitución, o expresado en palabras de J. Jiménez Campo “su reconstrucción hermenéutica en atención a intereses exclusivamente objetivo”¹⁴¹⁰. Tal modelo resultaría inconstitucional, porque su diseño tal como resulta de la Constitución está previsto como un remedio que cabe accionar *para la protección* de algunos derechos cuando han resultado inútiles otras vías de tutela. Es preciso en todo caso que en el examen de admisibilidad del recurso se aprecie la vulneración del derecho fundamental para que éste merezca una resolución de fondo por parte del Tribunal. Esta conclusión no sólo se apoya en lo que ha sostenido un sector importante de la doctrina, sino en una interpretación sistemática de los preceptos de la LOTC que regulan el recurso de amparo. El TC también ha asumido esta tesis al afirmar que “si en el examen liminar de la demanda y de los documentos unidos a ella se apreciara una manifiesta falta de apariencia de la lesión en las quejas aducidas, ello excluiría por sí mismo la justificación de una resolución sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional y determinaría la inadmisión del recurso de amparo por ausencia de especial trascendencia constitucional ex art. 50.1.b) LOTC, haciendo innecesario, al tratarse de exigencias acumulativas, interrogarse acerca de la concurrencia en el recurso de una especial trascendencia constitucional a la vista de los criterios previstos en el citado precepto”. (ATC 272/2009)

El que esto sea así, permite afirmar que el amparo, tras su nueva configuración, sigue manteniendo de alguna manera su carácter de instrumento dirigido a la protección de situaciones subjetivas. Ahora bien, creo que esto no quiere decir que el amparo *es*, dentro del conjunto de garantías del sistema, un instrumento en el que cabe recabar la

¹⁴¹⁰ *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 107. *Vid.*, también en este sentido, P. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Valencia, 2004, pág. 31.

tutela de los derechos fundamentales una vez que ésta no ha sido dispensada por los órganos judiciales. Esta faceta tuteladora de situaciones subjetivas, aún latente e imprescindible en el nuevo amparo, creo que no permite afirmar que el recurso de amparo constituya hoy por hoy un instrumento instaurado para tutelar derechos fundamentales. Es solamente un instrumento eventual de tutela, en la medida en que el caso planteado al TC logre, remotamente, tener “especial trascendencia constitucional”.

En este sentido, se echa en falta que el legislador no haya contemplado expresamente en la LOTC que también se podrá admitir a trámite el recurso de amparo en aquellos casos en los que la lesión de derechos cuya tutela se impetire haya causado un perjuicio especialmente grave al recurrente. Es decir, acoger la fórmula alemana incluyendo un supuesto de admisión, distinto y diferenciado al de la especial trascendencia constitucional, que permitiera al TC tutelar determinados casos por la especial gravedad de los perjuicios generados. Resulta problemático, pero quizás no imposible, que el TC acoja en un futuro tal motivo al considerar que tiene encaje en la cláusula general de “especial trascendencia constitucional”.

La especial trascendencia constitucional, además de erigirse en un requisito sustantivo *sine qua non* para la admisión de la demanda de amparo, parece exigir también, por los términos en los que está redactado el art.49.1c) LOTC, que el demandante de amparo justifique en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que pueda considerarse de aplicación, en los casos en los que se produce una omisión al respecto, la posibilidad de subsanación prevista en el art. 49.4 LOTC¹⁴¹¹. La interpretación de este último precepto fue una de las primeras cuestiones que abordó el TC en relación con las modificaciones introducidas en el recurso de amparo por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Una aproximación al significado que este requisito impone a los recurrentes, exige un somero análisis de la doctrina constitucional recaída al respecto y, de forma especial, del ATC 188/2008. Hay que aclarar previamente que el requisito de hacer constar en la demanda de amparo la “especial trascendencia constitucional” y el hecho de su concurrencia no son idénticos, ya que aunque en la demanda se exponga con la claridad exigida en la Ley que el

¹⁴¹¹ Así lo ha considerado el TC, entre otros muchos, en el ATC 188/2008, al señalar: “habida cuenta de que la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 *in fine* LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia, precedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)”.

recurso goza de trascendencia constitucional, sólo puede apreciar que concurre dicha causa de admisión el propio TC. Razonar sobre la trascendencia constitucional y que el asunto tenga especial trascendencia constitucional son cosas distintas¹⁴¹². El hecho de que esto sea así, no ha impedido que el TC exonere a los recurrentes en amparo de cumplir con la obligación de razonar en la demanda a propósito de la especial trascendencia constitucional.

En efecto, argumentar sobre la especial trascendencia constitucional en la demanda de amparo se convierte así en un requisito para la admisión de la demanda de amparo o, en su caso, para estimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de inadmisión del recurso de amparo¹⁴¹³, al margen de que el asunto tenga de *facto* especial trascendencia constitucional, cuya apreciación, como se ha dicho, le corresponde en última instancia al TC¹⁴¹⁴. El problema que generó tal exigencia tras la entrada en vigor de la reforma se acrecentó como consecuencia de dos factores. Por un lado, por el hecho de que la LO 6/2007, de 24 de mayo, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Por otro, por el carácter excesivamente abierto de los términos legales explicativos de lo que debía entenderse por especial trascendencia constitucional. En efecto, parece que hubiera sido aconsejable que la LO 6/2007 hubiera dispuesto una *vacatio legis*, así como que el TC hubiera contribuido desde el primer momento a despejar las incertidumbres a propósito del significado de la cláusula de la “especial trascendencia constitucional”¹⁴¹⁵.

Si bien es cierto que el TC ha aplicado de forma rigurosa tal requisito, se han introducido algunos matices que deben ser objeto de un breve comentario. El TC ha flexibilizado en algunos casos la carga que impone el art. 49.1 *in fine*, en relación con la justificación de la especial trascendencia constitucional. Son tres, principalmente, las

¹⁴¹² A la vista del número importante de autos en los que el TC estima recursos de suplicación interpuestos por el Ministerio Fiscal contra providencias en las que se acordaba la inadmisión del recurso de amparo por carecer de especial trascendencia constitucional, cabe dudar de si en los primeros meses de aplicación de la ley, el TC procedió a la inadmisión de asuntos que, a pesar de haber argumentado el recurrente sobre la especial trascendencia constitucional del recurso, el TC, por el contrario, determinó que no gozaban de tal calificación.

¹⁴¹³ Vid, entre otros, el ATC 26/2012.

¹⁴¹⁴ Como es sabido, el ATC 188/2008 contiene un voto particular del Magistrado E. Gay Montalvo en el que señala precisamente que el requisito de hacer constar en todo caso la especial trascendencia constitucional del asunto en la demanda de amparo se convierte en un formalismo enervante en la medida obligará al TC a inadmitir aquellos amparos que, a pesar de tener trascendencia constitucional, no hayan razonado sobre este extremo en la demanda de amparo. Según el autor del voto, tal forma de actuar supone “una inversión entre las funciones de quienes deben juzgar y de quienes deben defender los derechos de aquéllos que les han confiado su defensa”.

¹⁴¹⁵ Un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto ambos inconvenientes y los efectos que generaron en los demandantes de amparo. *Vid.*, por todos, F. J. Matía Portilla, “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, cit., en especial págs. 350 y ss.

causas que ha aducido el alto Tribunal para mitigar las exigencias que se derivan de la mencionada carga.

Por un lado, el TC ha tomado en consideración si la demanda de amparo se interpuso antes o después de que se publicara en el BOE la importante STC 155/2009, en la que el TC concreta, aun sin agotarlos, los supuestos que pueden otorgar a un determinado supuesto la especial trascendencia constitucional a la que se refiere en el art. 50.1.b) LOTC¹⁴¹⁶. Naturalmente, esta flexibilización no alcanza a dispensar al recurrente de la carga de justificar, aun de forma deficiente, la especial trascendencia constitucional del recurso. Por otro, se afirma en la STC 17/2011 que el mandato previsto en el art. 49.1 LOTC “tiene un alcance instrumental, en cuanto se dirige a proporcionar al Tribunal elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de la demanda; si *ab initio* el Tribunal se consideró suficientemente ilustrado, no cabe sino hacer un uso prudente de la facultad de inadmitir posteriormente la demanda por meros defectos en el modo de redactarla. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 (*caso Sáez Maeso c. España*) apreció que el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales había sido vulnerado por la decisión del órgano judicial nacional que, pese a haber declarado admisible inicialmente un recurso de casación, cinco años más tarde lo declaró inadmisibile a causa de que su escrito de interposición adolecía de un defecto formal de carácter instrumental; y por nuestra parte, hemos hecho aplicación de esta doctrina en la STC 248/2005”¹⁴¹⁷. Todo parece indicar, en consecuencia, que si el TC se vio suficientemente ilustrado acerca de la especial trascendencia del recurso hasta tal punto de superar la fase de admisión, no será con carácter general motivo de inadmisión en sentencia, siempre y cuando, claro está, se pueda inferir del escrito que el recurrente ha cumplido con la carga impuesta por la LOTC, aunque al hacerlo haya incurrido en algunos defectos. Ya en esta fase, es probable que el TC utilice su poder de inadmisión, más para censurar al recurrente por la forma en que justificó en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, que para apreciar que, de *facto*, el recurso carece materialmente de aquella.

En último lugar, también admite el TC que la justificación de la especial trascendencia constitucional, aun no argumentándose en la demanda de amparo, sea

¹⁴¹⁶ Pueden verse en este sentido las SSTC 15 y 143/2011.

¹⁴¹⁷ En el mismo sentido que esta sentencia, pero sin hacer alusión expresa a la jurisprudencia del TEDH, se pronuncia la STC 145/2011.

objeto de subsanación por el recurrente mediante la presentación de un escrito complementario¹⁴¹⁸.

b) ¿Un sistema de selección o de admisión de asuntos?

Si como se ha visto, el disenso en cuanto a lo que necesitaba el amparo era extendido en la doctrina, también lo es ahora en cuanto al alcance que ha tenido la reforma. Concretamente, el punto más discutido lo constituyen las posibilidades que el legislador, tras la nueva configuración del recurso de amparo, brinda al TC. Para un sector doctrinal, el nuevo sistema establecido por el legislador lo que impone es un sistema de admisión de asuntos pero no de selección, de ahí que el alto Tribunal no disponga de absoluta libertad para inadmitir a trámite todo aquello que quiera¹⁴¹⁹. Esta forma de razonar lleva a afirmar que el TC debe admitir aquellos asuntos que cumplan los requisitos legalmente establecidos para ser admitidos. Naturalmente, no hay que derivar de lo anterior que la ley no otorgue al Tribunal Constitucional un amplio margen de libertad a la hora de considerar qué casos revisten o no la trascendencia constitucional requerida para la admisión del recurso. La apreciación de la concurrencia de este requisito, de un marcado carácter abierto, deja un amplio margen al TC.

Otros autores, por el contrario, consideran que la ley confiere una gran libertad al Tribunal Constitucional, en el sentido que podría equipararse, si el Tribunal en algún momento así lo considera, a una implantación del *certiorari*.

Cuestión bien distinta es lo que el Tribunal ha hecho con la reforma que, considero, sólo en apariencia ha apostado por un sistema de admisión, pero no de selección¹⁴²⁰. En efecto, el hecho de que la STC 155/2009 haya establecido un catálogo de supuestos que determinan si un asunto tiene trascendencia constitucional, no implica que, en realidad, el TC esté administrando también un *certiorari*, en la medida en que es prácticamente imposible conocer lo que el TC inadmite por considerar que carece de trascendencia constitucional. La necesaria publicación de las sentencias en el BOE puede permitir conocer cuál es la política de admisión, pero tal cometido resulta

¹⁴¹⁸ El reciente ATC 24/2012 confirma este extremo.

¹⁴¹⁹ Vid. en este sentido M. A. Montañés Pardo “La «especial trascendencia constitucional» como presupuesto del recurso de amparo”, *Otrosí* núm. 1, enero, 2010, pág. 32. M. Hernández Ramos, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009, pág.177.

¹⁴²⁰ Vid. en este sentido, J. Luis Requejo Pagés (“Debate sobre las crónicas”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 514) para quien la reforma “podría llevar al *certiorari* o a cualquier otra cosa”

imposible en relación con lo que el Tribunal considera inadmisibile. Tampoco ayuda a tener una aproximación a lo que inadmite el TC el hecho de que los amparos se inadmitan mediante providencia inmotivada. El que en realidad se haya instalado un *certiorari* en la práctica del Tribunal no es de extrañar, ya que, como han sostenido algunos autores, el TC venía operando de esta manera ya antes de la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo en relación con lo que accedía al Tribunal¹⁴²¹. No obstante, tal como ha señalado también J. L. Requejo Pagés el concepto de “especial trascendencia constitucional” está “al alcance de todos, de cualquier ciudadano inteligente, y por ello susceptible de crítica” de ahí que el Tribunal no puede utilizar el amplio margen de libertad que le confiere el término “especial trascendencia constitucional” para deshacerse “de aquéllos [amparos] que le pueden resultar incómodos. Eso no es certiorari tampoco. Eso es otra cosa”¹⁴²².

A pesar de lo que se ha escrito, la reforma operada sobre el amparo no sólo exige que el concepto “trascendencia constitucional” opere *sólo* en la fase de admisión, sino también, y *sobre todo*, en la de decisión¹⁴²³. El hecho de que un asunto merezca una decisión del Tribunal Constitucional no debe estar sólo en manos del aplicado y excelente abogado que es capaz de argumentar en la demanda que el asunto que se le somete al TC tiene trascendencia constitucional y, en consecuencia, ha de ser objeto de estudio y conocimiento por parte del TC. Sin duda, tal tarea puede ayudar al Tribunal, pero no puede ser definitiva. Tampoco puede admitirse que la trascendencia constitucional sirva sólo al objeto de “agilizar” el trámite de admisión. Las razones enumeradas en el art. 50.1.b) han de hacerse visibles, o al menos intuirse o deducirse, del contenido de la sentencia resolutoria del amparo. Desde este punto de vista se echa de menos una mayor concreción por parte del TC en las sentencias resolutorias de

¹⁴²¹ Vid. en este sentido J. Luis Requejo Pagés (*El recurso de amparo constitucional, una propuesta de reforma*. Fundación Alternativas, Documentos Seminarios y Jornadas 11/2005) que en 2005 afirmó lo siguiente: “Para desconuelo de sus críticos, he de decir que *certiorari* ya existe. El Tribunal admite lo que quiere porque todo lo que el TC inadmite por el 50.1c) (carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que ese artículo opera como una válvula que le permite inadmitir lo que no le interesa”. En contra de esta opinión, sin embargo, C. Viver i Pi-Suyet, “Diagnóstico para una reforma”, *La reforma del recurso de amparo*, coord.. P. Pérez Tremps, Valencia 2004., pág. 38.

¹⁴²² “Debate sobre las crónicas”, *La defensa de los derechos fundamentales...*, cit., pág. 515.

¹⁴²³ Algunos autores que se han referido a la reforma del amparo, han incidido en que la objetivación se produce “sólo en su fase de admisión”. C. Izquierdo Sans (“La inesperada relevancia del incidente excepcional de nulidad de actuaciones”, cit., pág. 20) afirma respecto a la LO 6/2007, de 24 de mayo que ésta estableció “las bases para modificar el carácter subjetivo predicable hasta entonces del recurso de amparo y establecer un recurso objetivo, *aunque sólo en su fase de admisión.*” La cursiva es añadida.

amparos de los motivos que llevaron le llevaron a admitir el caso por revestir trascendencia constitucional.

c) La STC 155/2009: una aproximación al concepto de trascendencia constitucional y su posible deriva en los amparos en los que se invoque el art. 24.1 CE.

Aunque más tarde que pronto, el TC decidió clarificar a través de una importante sentencia¹⁴²⁴ del Pleno algunos criterios para determinar cuando un asunto revestía la trascendencia constitucional para poder ser admitida a trámite. Se trata de la famosa STC 155/2009, y más concretamente de su FJ 2º. Lo primero que hay que apuntar, es que el catálogo de motivos que contiene no es cerrado. El TC se reserva así la posibilidad de modificar los motivos, ya sea ampliando, restringiendo o matizando su contenido, en el futuro¹⁴²⁵. Algunos autores que se han ocupado del estudio de esta importante sentencia, ya han sugerido la necesidad de que el TC amplíe los supuestos enunciados en ella¹⁴²⁶.

Lo supuestos que, según la meritada sentencia gozan de trascendencia constitucional y en consecuencia pueden ser merecedores de una sentencia sobre el fondo por parte del TC, son los siguientes: a) Que el recurso plantee una cuestión nueva sobre alguno de los derechos amparables; b) Que el amparo permita al TC rectificar o aclarar su doctrina debido a “un proceso de reflexión interna”, al “surgimiento de nuevas realidades sociales”, “de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental” o “a un cambio en la doctrina de los órganos

¹⁴²⁴ Tal como ha señalado M. Aragón Reyes (“Debate sobre las ponencias”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit.), la concreción de los criterios que determinan que un asunto tiene trascendencia constitucional podrían haberse adoptado a través de Reglamento. Algunos autores, entre ellos, M. Nogueira Guastavino (“La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007, *Revista de Derecho Social* núm. 51, pág. 165) han sostenido que tal cometido debía haberse llevado a cabo muy probablemente por la vía de un acuerdo no jurisdiccional. *Vid.*, sobre este tema, P. Rodríguez-Patrón Rodríguez, *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, 2004.

¹⁴²⁵ El TC ha establecido al efecto: “sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, de definir supuestos contemplados, añadir otros nuevos, o excluir alguno de los incluidos”

¹⁴²⁶ J. C. Cabañas García (“El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”, *REDC* núm. 88, 2010, págs. 39 y sigs.) aboga por que el TC incluya también como supuesto con trascendencia constitucional “la conveniencia de ratificar una doctrina previa del Tribunal”, en el bien entendido de que en este último caso, tal conveniencia no puede estar basada en el propósito de tutela subjetiva del recurrente.

de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE”; c) Que la vulneración del derecho fundamental tenga su origen, no en la forma en que ha sido interpretada por los operadores jurídicos, sino en la ley o disposición de carácter general; d) Cuando la vulneración del derecho fundamental lo sea como consecuencia de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere inconstitucional; e) Cuando la vulneración del derecho fundamental lo sea como consecuencia del incumplimiento reiterado y generalizado de la doctrina judicial, o existan resoluciones contradictorias sobre el derecho fundamental; f) Cuando la vulneración del derecho se deba a la negativa manifiesta de un órgano constitucional a acatar la doctrina del Tribunal Constitucional, es decir, al incumplimiento del art. 5.1 LOPJ; g) “Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales”, con expresa mención en este caso a los amparos electorales o parlamentarios.

El catálogo elaborado por el TC, tal como han señalado algunos Magistrados, no “inventa nada nuevo”. Las causas contenidas en el FJ 2º la STC 155/2009 se han elaborado a partir de la experiencia de otros Tribunales situados en la cúspide del sistema y de forma especial, del Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁴²⁷. Con todo, la enumeración o formulación del catálogo parece más propia de la labor del legislador que de un Tribunal Constitucional, a pesar del amplio margen que el primero otorga al segundo.

Aunque brevemente, conviene hacer algún comentario a los supuestos que, según ha indicado el TC, pueden otorgar la necesaria “trascendencia constitucional” a la demanda de amparo desde la perspectiva de los recursos en los que el derecho supuestamente infringido sea alguno de los insertos en el art. 24.1 CE.

Por lo que respecta al primero de ellos, esto es, que el recurso plantee una cuestión nueva en relación con los derechos amparables, no debe asimilarse necesariamente a que se trate de supuestos fácticos novedosos y sobre los que el TC no se hubiera pronunciado nunca. Más bien creo que la novedad puede recaer sobre el contenido o régimen jurídico del derecho fundamental cuya protección se insta a través

¹⁴²⁷ En este sentido, el Magistrado M. Aragón Reyes ha señalado (“Debate sobre las Ponencias”, *La defensa de los derechos fundamentales...*, cit., pág. 95): “el Tribunal no ha inventado casi nada, el Tribunal sabía bien las cosas que se han estado fuera (especialmente en Alemania) y ha intentado obtener de ellas las mejores enseñanzas posibles. Nada más”.

del amparo. En este sentido, puede tener especial trascendencia constitucional un supuesto fáctico que, aun habiendo dado lugar a un importante número de resoluciones por parte del TC, resulta novedoso en la medida en que quien resulta conculcado en sus derechos es un menor de edad, o un incapaz¹⁴²⁸.

Teniendo en cuenta ahora a los derechos del art. 24.1 CE, este motivo dador de trascendencia constitucional, puede originarle serios problemas al TC. Tal como se expuso en el capítulo 3º de este trabajo, son muchas las vertientes del artículo 24.1 CE en las que el enjuiciamiento a propósito de si se produce o no lesión del derecho dependen, en buena medida, “de las circunstancias que concurran en cada caso”. Bajo esta premisa, el TC elude elaborar una doctrina que sirva de guía para todos los casos y apostar por el control de cada caso concreto. Ciertamente, esta forma de enfocar las cosas no es exclusiva de nuestro Tribunal Constitucional. También el TEDH apela a esta necesidad de analizar las circunstancias del caso concreto e incluso de la naturaleza de la decisión judicial para determinar si se vulneró algún derecho de los previstos en el art. 6 CEDH¹⁴²⁹. Esta circunstancia, que invita al TC al “puntillismo” y al casuismo – quizás de forma comprensible y hasta necesaria en algunos casos—, puede convertir este motivo de trascendencia constitucional en un autentico “coladero”, si se le permite la expresión.

Por lo que se refiere apartado b), esto es, que el amparo permitiera al TC rectificar o aclarar su doctrina, podría traerse a colación lo que se ha denominado como el caso patológico. Es una obviedad afirmar que determinadas leyes, aun contando con la declaración expresa del TC de su conformidad a la Constitución, pueden resultar inconstitucionales aplicadas a determinados supuestos. Ejemplos no faltan en la doctrina constitucional¹⁴³⁰. ¿Podrán estos casos subsumirse en el primer apartado de los

¹⁴²⁸ Es cierto que, como señala M. Nogueira Guastavino (“La trascendencia constitucional de la demanda de amparo...”, cit., pág. 185) muy probablemente casuísticas nuevas puedan revestir también la necesaria trascendencia constitucional ya que pueden producirse problemas a la hora de trasladar una doctrina existente que sólo ha sido aplicada a otros supuestos.

¹⁴²⁹ El TEDH, entre otras muchas, establece en su sentencia de 7 de abril de 2005 (*Alija c. Grecia*) en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales: “El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia constante que refleja un principio vinculado con la buena administración de justicia, las decisiones judiciales deben indicar de manera suficiente los motivos sobre los que basan. El alcance de esta obligación *podrá variar según la naturaleza de la decisión y deberá analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso* (Ruiz Torija c. España, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, serie a, núm. 303-A, pg. 12, ap. 29)”. La cursiva es añadida.

¹⁴³⁰ Sin indagar especialmente sobre ello, me vienen a la memoria tres sentencias dictadas en cuestiones de inconstitucionalidad en las que el TC se remite al amparo expresamente para tratar de resolver aquellos casos en los que la aplicación ley puede arrojar resultados inconstitucionales. En dos de ellas se declaró la constitucionalidad de la ley; en la tercera, se declaró su inconstitucionalidad pero dos votos particulares pusieron de manifiesto que lo que se debería haber hecho era declarar la constitucionalidad

enumerados por el Tribunal en la STC 155/2009? De no ser así y existiendo una sentencia que declara la constitucionalidad de la ley, ¿a qué se atenderá el juez ordinario?, ¿podrá en esos casos aplicar consecuencias jurídicas distintas a las que prevé la ley declarada constitucional? Mucho me temo que no quedará más remedio que abrir el amparo a estos casos patológicos, a no ser que el Tribunal, como hizo en la STC 113/2006, sea especialmente riguroso con el legislador a la hora de realizar el control de constitucionalidad. Naturalmente, el que se abra esta posibilidad dependerá de la cantidad de asuntos patológicos que genere la ley que debe considerarse, con carácter general, ajustada a la Constitución.

Por lo que se refiere al tercero de los motivos –que la vulneración del derecho tenga su origen en la ley o disposición de carácter general—, me parece puede dar lugar a que el TC admita aquellos amparos en los casos en los que una alteración o modificación en la ordenación del sistema impugnativo afecte a la garantía de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE. Un cambio o modificación legal en el sistema de garantías de los derechos insertos en el art. 24.1 CE puede conducir a través del amparo, a un control de la ley, como sucedió en relación con la STC 185/1990. Además de este supuesto, que se contempla expresamente aquí por motivos evidentes, podría dar lugar a que cualquier amparo que tuviera por objeto cuestionar, de manera fundada, una norma de carácter procesal que presentara problemas de colisión con cualquiera de los derechos o proyecciones del art. 24.1 CE, pudiera ser admitida a trámite por el TC. Como se ha dicho anteriormente, más problemas presenta intentar convertir este motivo en un cauce para afirmar un amparo frente a leyes que vulneren preceptos constitucionales distintos a los protegidos por el recurso de amparo constitucional. Hoy por hoy, esto parece imposible.

de la ley y derivar al amparo los casos patológicos. Una de ellas, varias veces traída a colación en este trabajo es la STC 3/1983. Me remito a lo que ya se ha dicho anteriormente para evitar repeticiones innecesarias. La segunda es la STC 38/2007 en la que se declara la constitucionalidad de los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento el 4 de diciembre de 1979. El TC, en el último fundamento jurídico de la sentencia, remite el control de los actos concretos aplicativos del Acuerdo, además de a los órganos judiciales ordinarios, al amparo constitucional. La última de las resoluciones a las quiero aludir es la STC 113/2006. Aunque en este caso la ley se declaró inconstitucional, dos magistrados sostuvieron lo siguiente en el voto particular que formularon a la sentencia: “Pero la marginalidad y excepcionalidad de esa hipótesis no puede referirse al precepto en sí en su supuesto general y normal, sino a su aplicación inadecuada fuera de ese supuesto, aplicación desorbitada, enervadora de un juicio negativo, que bien pudiera hacerse valer en el procedimiento administrativo, y de no prosperar el planteamiento en él, en la vía jurisdiccional ulterior y, en su caso, en el recurso de amparo constitucional, sin merma de tutela judicial efectiva. La hipotética patología de la aplicación de un precepto legal no puede determinar su inconstitucionalidad”. Un caso prácticamente idéntico a este lo constituye la STC 113/2006.

El cuarto de los motivos que pueden conferir a un amparo trascendencia constitucional –lo cual ocurrirá cuando la vulneración del derecho fundamental lo sea como consecuencia de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere inconstitucional—, permitirá al Tribunal controlar aquellas interpretaciones de la ley procesal o sustantiva que el TC considere inconstitucionales. No hay problemas en admitir la revisión de la jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes de carácter procesal si vulneran alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. No pasa lo mismo, sin embargo, con las leyes de carácter sustantivo. Si se admite, como lo ha hecho el TC, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el obtener una resolución judicial no arbitraria o irrazonable, este motivo podría dar lugar a censurar aquellas interpretaciones de las leyes que, aun sin ser procesales, incurrieran en dichos vicios. No hay que perder de vista, sin embargo, que para admitir la especial trascendencia constitucional es necesaria la reiteración, lo cual hace improbable, aunque no imposible, que este supuesto pueda darse con frecuencia.

Los apartados e) y f) están dirigidos a corregir a los órganos judiciales en el caso de que la vulneración del derecho fundamental tenga su origen en el incumplimiento de la doctrina constitucional. El TC ha distinguido entre aquellos casos en los que el incumplimiento es “reiterado y generalizado”, de aquellos otros en los que existe una negativa manifiesta a acatar la doctrina constitucional. A través de estos supuestos el TC podrá en relación con los derechos del art. 24.1 CE asegurarse la primacía a la que se refiere el art. 123 CE en relación con “las garantías constitucionales”. El primer caso apuntado –el incumplimiento reiterado y generalizado— puede plantear problemas para el recurrente a la hora, no ya de probar su concurrencia, sino incluso de apreciarla. Quizás el motivo esté pensado para censurar o corregir prácticas muy extendidas y además objeto de reiteración, por lo que no bastará para su concurrencia el control de un sólo órgano judicial (incluida una sola Sala del Tribunal Supremo).

Por último y respecto al apartado g), también puede verse involucrado el derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión. Piénsese, por ejemplo, en una situación de indefensión o de denegación de tutela en un contencioso-electoral.

d) Los amparos con trascendencia constitucional dictados en materia de 24.1 CE.

Si existían dudas acerca de cómo iba el TC a gestionar el nuevo amparo¹⁴³¹, éstas se van disipando con el tiempo y sobre todo a la vista de las nuevas sentencias que se han dictado en aplicación de la nueva ley. En efecto, las sentencias analizadas en las que se ha alegado la vulneración de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva o la prohibición de indefensión, es posible descubrir en la mayoría de ellas la “especial trascendencia constitucional” a la que alude el art. 50.1 b) LOTC en los términos en los que ha sido interpretada en la STC 155/2009.

No suele ser habitual, sin embargo, que el TC explicita en los fundamentos los motivos por los que aprecia en el caso concreto “la especial trascendencia constitucional del asunto”. De las 35 sentencias¹⁴³² que, salvo error por mi parte, han sido dictadas en amparo tras la reforma operada por la LO 6/2007, desde el año 2009 hasta 2011 y en las que se aduce la sola vulneración de alguno de los derechos del art. 24.1 CE, tan sólo en 10 de ellas se razona acerca de si el asunto reviste o no la necesaria trascendencia constitucional para merecer una resolución de fondo por parte del TC o, al menos si la demanda cumplía o no con la exigencia de argumentar sobre este aspecto¹⁴³³.

Como ya se ha dicho, las sentencias dictadas en relación con los derechos del art. 24.1 pueden subsumirse en alguno de los motivos previstos en la STC 155/2009 en los que se contienen los supuestos que según el TC gozan de trascendencia constitucional. El TC ha resuelto cuestiones nuevas, como por ejemplo, si las personas jurídico públicas tienen derecho a personarse como acción popular en los procesos de violencia de género¹⁴³⁴, si surten efecto las comunicaciones procesales a través de fax¹⁴³⁵, si se vulnera el derecho del menor a ser oído en relación con el régimen de visitas de uno de sus progenitores¹⁴³⁶, si las garantías del art. 24 CE son aplicables en la

¹⁴³¹ Las dudas tenían sobre todo su origen en que el TC, tras la reforma llevada a cabo en el 1988, podía haber dado otro giro al amparo. Sin embargo, las cosas no fueron así. Los temores a que sucediera lo mismo tras esta segunda reforma han sido puestos de manifiesto por la doctrina.

¹⁴³² Tal y como apunto en texto principal, sólo he tomado en consideración aquellas en las que se aduce la lesión del art. 24.1 CE, por lo que no se incluyen en las que dicha vulneración se vinculaba con la lesión de otros derechos fundamentales de carácter sustantivo. Las sentencias son: Año 2009: 43, 44 y 163; Año 2010: 40, 43, 58, 59, 95 y 140. Año 2011: 16, 17, 24, 38, 44, 57, 58, 59, 60, 67, 69, 89, 105, 106, 107, 123, 132, 133, 143, 145, 155, 165, 181, 182, 183 y 191.

¹⁴³³ Estas son: 58 y 95/2010 y 17,59, 60, 89, 143, 145, 165 y 186/2011.

¹⁴³⁴ STC 67/2011, en el que se toma en cuenta el elemento teleológico de la protección integral.

¹⁴³⁵ STC 58/2010.

¹⁴³⁶ STC 163/2009. Aunque el Tribunal ya se había pronunciado antes sobre esta cuestión, la relevancia del asunto surge como consecuencia de la modificación del marco legal, operada por la LO 5/2005, de 8

conciliación civil –que ni es preceptiva ni persigue el ejercicio de la jurisdicción civil¹⁴³⁷– y si, a pesar del silencio de la Ley, es necesario dar trámite de audiencia al interesado en el proceso de autorización judicial de la ampliación de una orden de detención y entrega¹⁴³⁸.

Me parece que genera problemas identificar las sentencias que se han dictado como consecuencia del incumplimiento reiterado de la doctrina constitucional. Quizás puedan subsumirse en este grupo las SSTC 106/2011 y 40/2010. En la primera de las apuntadas, se denunciaba por el recurrente contrario al art. 24.1 CE el archivo de una causa penal que tenía por objeto la investigación de un caso de abuso de poder en el ámbito militar. El segundo también se dirige contra un archivo de una causa penal iniciada por la denuncia de malos tratos sufridos en un centro penitenciario. En ninguna de las dos sentencias se contiene en los fundamentos jurídicos alusión alguna a propósito de la trascendencia constitucional del asunto. En ambos casos, el TC no hace más que aplicar al *caso concreto* una doctrina que ha sido incorporada de forma relativamente reciente como consecuencia de la jurisprudencia del TEDH en relación con la necesidad de que las denuncias sobre tratos inhumanos o degradantes sean eficaz y suficientemente investigadas¹⁴³⁹.

Aunque se trata de una doctrina ya reiterada por el TC y que, en consecuencia, deberían tener ya interiorizada los órganos judiciales, quizás haya dado lugar a la admisión y posterior estimación de estos casos el hecho de que el TC entendiera que se trata de supuestos de incumplimiento o desconocimiento generalizado de la doctrina constitucional. Si esta interpretación del motivo de admisión de estos dos amparos fuera correcta, se echa en falta una justificación por parte del Tribunal. Y lo anterior por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, porque una lectura atenta de las sentencias nos permite corroborar que se trata de amparos en los que el TC se limita a reiterar su doctrina y a aplicarla al caso concreto, corrigiendo al órgano judicial. Se trata, en definitiva, de unos amparos que parecen responder a un modelo de jurisdicción

de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁴³⁷ STC 155/2011.

¹⁴³⁸ STC 181/2011. Aunque el TC se había pronunciado en varias ocasiones sobre las autorizaciones de orden de detención y entrega, en esta sentencia analiza si en los supuestos de ampliación, a pesar de no preverse en el art. 24.3 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, el deber de oír al interesado, puede accederse por el órgano judicial a autorizar tal ampliación sin la debida audiencia.

¹⁴³⁹ Hay que señalar, no obstante, que en la STC 106/2011, el TC no hace referencia la doctrina del TEDH, sino solamente a su doctrina sobre la motivación reforzada que es exigible a las resoluciones judiciales que versen sobre derechos fundamentales sustantivos, en especial en este caso, los previstos en el art. 15 CE.

constitucional de amparo de casos, en el que el TC impone su doctrina sobre la de los órganos judiciales en todos los recursos de amparo que le son sometidos a examen. La omisión del Tribunal a propósito de la trascendencia constitucional basada en que existe un desconocimiento generalizado de la doctrina constitucional, puede echar por tierra el objetivo pretendido por el TC cuando elaboró el FJ 2º de la STC 155/2009, que creo que no es otro que hacer explícito y alertar a la generalidad de los órganos judiciales que determinados asuntos se están resolviendo con contravención de su doctrina. Pero además, amparos de este tipo, en los que hay que averiguar por qué tienen trascendencia constitucional, pueden generar dudas acerca de si el TC ha adoptado sin titubeos el nuevo modelo de amparo diseñado en la LO 6/2007 y explicitado o concertado por él mismo en la STC 155/2009. En segundo lugar, porque tal como ha señalado la doctrina, el recurrente en amparo ha de probar que respecto de una cuestión concreta los órganos judiciales están desconociendo de forma generalizada la doctrina constitucional¹⁴⁴⁰. En efecto, la única manera de que se admita un amparo por esta causa pasa por, o bien que los recurrentes prueben este extremo, o bien que el TC, debido a la reiteración de varios recursos de amparo que llegan a su sede, concluya que se da el supuesto de desconocimiento o incumplimiento reiterado y general de la doctrina constitucional. Creo que el TC debería explicitar en estos casos, no sólo que se cumple el requisito para su admisibilidad, que no es otro que el de constatar que se produce el incumplimiento o el desconocimiento, sino también la forma en que el recurrente lo ha probado.

Asimismo, ha sido también importante el número de amparos en los que corregido las resoluciones judiciales que han sido dictadas por órganos judiciales que han mostrado su negativa a acatar doctrina constitucional reiterada¹⁴⁴¹. Por último, la posible lesión del artículo 24.1 CE también ha dado lugar a varias sentencias que plantean cuestiones jurídicas de relevante y general repercusión social o económica o

¹⁴⁴⁰ Vid. M. Nogueira Guastavino, “La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007”, cit., págs. 189-190.

¹⁴⁴¹ SSTC 59 y 195/2010 y 59 y 133/2011.

que tenga unas consecuencias políticas generales. Es el caso de las SSTC 183/2011¹⁴⁴², 123/2011¹⁴⁴³, 60/2011¹⁴⁴⁴ y 43 y 44/2009¹⁴⁴⁵.

No obstante, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya dictado sentencias en materia de 24.1 CE en las que es posible percibir la trascendencia constitucional del asunto, no evita que haya algunas resoluciones en las que, según mi criterio, volvemos a reencontrarnos con el antiguo amparo, esto es, con un modelo de amparo de casos. Aunque quizás se me escape algún elemento que sí ha tomado en consideración el TC — que es en realidad el único que puede apreciar si un asunto reviste o no trascendencia constitucional—, no logro encontrar ésta en los asuntos que dieron lugar a las SSTC 182/2011, 89/2011, 132/2011 y 38/2011. Hay que tener en cuenta que todas han sido dictadas por la Sala Segunda, por lo que podría concluirse que, quizás, no se trata tanto de casos aislados, como de que hay disparidad de criterios entre la Sala Primera y la Segunda a propósito de los criterios de admisión del nuevo modelo de amparo. Naturalmente, se trata de una suposición, pues lo cierto es que aún no ha pasado el tiempo suficiente para hacer valoraciones definitivas al respecto.

Para permitir al lector contrastar mis conclusiones analizaré a continuación, aun de forma somera, las sentencias que creo, carecen del requisito de la especial trascendencia constitucional.

La doctrina contenida en la STC 89/2011 versa sobre el derecho a la inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes y en ella, me parece, no se aclara o se añade nada a lo que ya había puesto de manifiesto la doctrina constitucional al respecto. Debido precisamente a una vulneración tan evidente del derecho, parece que el recurso responde más a un amparo *de casos* que a un modelo de amparo objetivado¹⁴⁴⁶. Lo mismo hay que decir de la STC 38/2011. Debido a que

¹⁴⁴² En esta sentencia es el propio TC el que aprecia la especial trascendencia constitucional en este motivo al afirmar: “supuesto que podía apreciarse en este caso, al impugnarse una sentencia anulatoria de disposiciones generales en materia de titulación universitaria habilitante para el ejercicio de una profesión regulada, con eventual incidencia en el desarrollo objetivo del espacio europeo de educación superior de adoptar un sistema de títulos académicos fácilmente comprensibles y comparables en los Estados miembros de la Unión Europea”.

¹⁴⁴³ Se modifica un fallo a través de un auto aclaratorio que afectaba a los resultados de las elecciones al Ayuntamiento de Barcelona.

¹⁴⁴⁴ Se trata de un amparo electoral.

¹⁴⁴⁵ Estas dos últimas interpuestas contra sentencias dictadas por la Sala 61 del TS en relación con ilegalización de partidos políticos.

¹⁴⁴⁶ La Sala de lo Contencioso-Administrativo de un TSJ, a través de un auto de aclaración de sentencia, acuerda dejar sin efecto varios autos recaídos en otros procesos contencioso-administrativos en los que se acordó el desistimiento instado en su día por los recurrentes. Precisamente por tratarse de una vulneración tan palmaria y tan evidente, no logro averiguar las razones que llevaron al TC a su admisión a trámite. El hecho de que haya apelaciones a que el TSJ persiguiera hacer justicia material en el caso

constituye uno de los últimos coletazos de la STC 179/1994, en cuanto tiene por objeto el control de determinadas resoluciones judiciales que revisan la exigibilidad de determinadas cuotas camerales, no parece que tenga interés ni por el tipo de control que realiza el Tribunal sobre la argumentación del tribunal *a quo* ni tampoco porque pueda dar lugar a un número importante de supuestos iguales. Por lo que se refiere a las dos restantes, el control que se ejerce por parte del TC es si la interpretación de la legalidad ordinaria referida a normas sustantivas no reguladoras de derechos fundamentales incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. En ambas, el TC llega a la conclusión de que el órgano judicial incurrió en arbitrariedad al interpretar o aplicar al caso la legalidad.

El hecho de que existan de forma aislada algunas sentencias del TC que *no aportan nada* y a las que es difícil buscarles encaje en alguno de los supuestos enumerados en la STC 155/2009 no debe extrañarnos en exceso. En los ordenamientos que han apostado por un sistema de selección de casos, como el americano, en el que la práctica del *writ of certiorari* está firmemente asentada, no es tampoco inusual. Como apunta M. Ahumada Ruíz es posible descubrir entre los casos decididos por el Tribunal Supremo americano algunos supuestos “extravagantes de puro «ordinarios»: ni particularmente importantes, ni especialmente llamativos, ni peculiarmente adecuados para servir de vehículos para la formulación de doctrina”¹⁴⁴⁷. Ahora bien, como ya he dicho antes, no está claro si las sentencias a las que he aludido constituyen casos aislados o si, por el contrario, ponen de manifiesto que la Sala Segunda está manejando unos criterios en el trámite de admisibilidad que se alejan de los expuestos por el Pleno del Tribunal en la STC 155/2009.

Cabe aún una tercera posibilidad y es que el TC se haya reservado el control de la arbitrariedad siguiendo en este caso también la práctica del TCF alemán. Como ha apuntado P. Häberle, “[C]onforme a la «teoría de la arbitrariedad», el Tribunal Constitucional Federal corrige también los fallos de los tribunales ordinarios en la

concreto no me parecen convincentes, ya que el TC, en una doctrina reiteradísima, había llegado incluso a sostener que el juez no puede variar sus propias equivocaciones aun siendo consciente después de su emisión de la magnitud de su error.

¹⁴⁴⁷ Según M. Ahumada Ruíz (“*Certiorari* y criterios de selección de casos en la última instancia: qué casos, cuantos casos”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 66) “[E]s posible que con la aceptación de estos casos el Tribunal esté simplemente confirmando el carácter «discrecional» (no reglado, no predecible) de la resolución del *certiorari*, aun a riesgo de provocar las críticas de quienes estiman que el valioso tiempo del Tribunal no debería emplearse en la decisión de apelación corrientes, a costa del sacrificio de otros de impacto mayor”.

interpretación del Derecho ordinario, formal y material, si la aplicación errada ya no es comprensible en una estimación sensata de la idea dominante en la Ley Fundamental y se impone por ello la conclusión de que esa aplicación se basa en consideraciones objetivamente ajenas a la Ley Fundamental (BVerGe 4,1, 7; 42,64, 73 y ss, jurisprudencia constante)”¹⁴⁴⁸. No obstante, de ser así, no podríamos saber con certeza si la admisión a trámite de estos asuntos se asienta en la imperiosa necesidad de ir perfilando cada vez más qué debe entenderse por arbitrariedad, o en si el TC está reservándose, en todo caso, el control de todo aquello que podría considerarse arbitrario.

De cualquier modo, y al margen de esto último, quizás pueda afirmarse que en la actualidad hay tres modalidades de amparo instaladas en el TC: un *certiorari* en la admisión –ya que es imposible conocer lo que el TC no admite—; un amparo de casos, en el que lo prioritario es la tutela subjetiva de los derechos en el supuesto concreto, en su Sala Segunda; y un amparo objetivado en la Sala Primera.

Habrà que esperar un tiempo para comprobar cuál de ellos se instala definitivamente en el Tribunal.

4. La piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular.

En el año 1984, concretamente en la STC 10/1984, el TC inadmitió a trámite un recurso de amparo contra un auto que anulaba otro anterior resolutorio de un incidente de nulidad de actuaciones. Los motivos en los que se basó la inadmisión se justificaron así en su día por el TC: “(...) el inicio de una vía extraordinaria, como es la nulidad de actuaciones, no [es] exigible como presupuesto para acudir al Tribunal Constitucional”. Se adujo entonces que el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC antes de su supresión por la Ley 34/1984, no podía ser considerado como uno de los recursos a los que se refería el art. 44.1.a) de la LOTC entonces vigente. Tan sólo el entonces

¹⁴⁴⁸ “El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, *El derecho de amparo en el mundo*, coords. H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor, México D.F., 2006, págs. 747-748. El gran jurista alemán señala los riesgos que entraña realizar este tipo de control, al afirmar: “En el fondo, recurre aquí el Tribunal Constitucional Federal a una competencia general de justicia, respecto de la cual ciertamente existe el peligro de que sean dejadas de lado los ámbitos de protección de cada derecho de libertad y de igualdad de la Ley Fundamental y las diferenciadas regulaciones de sus límites en la Ley Fundamental [respecto de cada uno de ellos]. En todo caso, el Tribunal Federal está aquí peligrosamente cerca de una decisión de revisión, por más «justo» que ello pueda ser en el caso particular. Una vez más, es clara la posición sobresaliente del Tribunal Constitucional Federal en la vida jurídica alemana”.

Magistrado F. Rubio Llorente, que formuló voto particular a la sentencia, se opuso a que la utilización de tal vía como previa al amparo constitucional tuviera como consecuencia la inadmisión del recurso por haber acudido a un remedio extraordinario. Según el Magistrado F. Rubio, a pesar de compartir con la Sala que el incidente no formaba parte de los recursos a los que se refería el art. 44 LOTC, cuando se ha acudido a tal remedio y ha resultado útil, no puede desconocerse su existencia.

En el año 1990 y tras declarar conforme a la Constitución que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones que impedía al juez su declaración una vez recaída sentencia, el Alto Tribunal rectifica en parte su postura anterior y anima al legislador, si no a ampliar las posibilidades que brindaba el incidente de nulidad de actuaciones tal y como resultaba de su regulación en la redacción original de la LOPJ, sí a permitir que otros mecanismos sirvan a la tutela de las situaciones de indefensión cuando éstas se produzcan como consecuencia de vicios procedimentales causados por el órgano judicial en la tramitación en los procesos judiciales.

Ya por fin veintitrés años después de la primera resolución constitucional referida al incidente de nulidad de actuaciones, el legislador, seguramente en sintonía con el TC, elige ampliar de forma considerable el incidente de nulidad de actuaciones como contrapartida a la objetivación del amparo.

Puede decirse entonces, que la piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular. Tanto el legislador como el TC, arquitectos del sistema, han coincidido en hacer del incidente una pieza clave en el sistema de garantías de tutela de los derechos fundamentales y, especialmente, de los del art. 24.1 CE. Ahora bien, conviene valorar en su justa medida el incidente de nulidad de actuaciones y la función a la que ha de servir. Si bien no se acaba de comprender que en año 1984 fuera un instrumento que según el TC no podía utilizarse como una vía idónea para interesar la tutela de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, no creo tampoco que hoy haya que valorarlo como un mecanismo lo suficientemente eficaz para dar tutela a la infracción de los derechos fundamentales y, especialmente, a alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva.

4.1. La contrapartida a la objetivación del amparo: la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, advierte que la reforma del amparo se lleva a cabo “al tiempo que [se] otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Seguidamente se afirma que ambas medidas van encaminadas “a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”. O sea, que el legislador por fin viene a reconocer que la tutela de todas las vulneraciones de los derechos fundamentales no tenía su obligada y necesaria protección ante los órganos judiciales ordinarios, sino sólo ante el TC. Vuelvo a recordar que esta situación es llamativa si se considera –aunque esta no es la única solución posible— que el modelo de amparo instituido por el constituyente en el art. 53.2 es el de la subsidiariedad. De admitirse esta tesis, la situación que hasta ahora ha arrojado nuestro sistema no deja de resultar paradójica: no se reconoce por el legislador el ejercicio de un derecho fundamental, que es la defensa de los derechos e intereses legítimos ante los órganos *judiciales ordinarios*, lo equivale a la negación del derecho mismo y, por el contrario, sí se posibilita el acceso a un medio de tutela que sí puede ser modulado y configurado con más libertad por el legislador. Hay un sector doctrinal que desmiente la premisa de la que parte la reforma. L. Bachmaier Winter se ha pronunciado en este sentido. Aun reconociendo que en algunos casos –con mayor incidencia en el proceso penal— pueden darse vulneraciones de derechos respecto de los cuales la única vía de tutela es el amparo, no por ello puede afirmarse que nuestro sistema procesal en su conjunto adolece de instrumentos adecuados para tutelar los derechos procesales¹⁴⁴⁹. No es este el momento de volver a incidir sobre esta cuestión, por lo que me remito a lo que ya se ha dicho al respecto en relación con este tema en páginas anteriores. No se trata de buscar la cuadratura del círculo y hacer un sistema perfecto, sino simplemente de permitir que los casos en los que las lesiones de derechos fundamentales en que incurran las resoluciones judiciales sean los menos¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁹ “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, pág. 4.

¹⁴⁵⁰ No obstante, L. Wachmaier Winter, *op. cit.*, pág. 6, admite que el sistema procesal debe procurar minimizar el número de lesiones que no tengan la posibilidad de ser reparadas por los órganos judiciales ordinarios.

La Exposición de Motivos de la Ley vuelve a insistir más adelante en esta misma idea al señalar que “la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de *aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria* para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones (...). Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones *previo al amparo* busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”¹⁴⁵¹.

Como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, la reforma sobre el art. 241.1 LOPJ ha consistido en la ampliación del objeto del incidente de nulidad de actuaciones. En la actualidad podrá interponerse contra cualquier vulneración de los derechos previstos en el art. 53.2 CE siempre y cuando tal vulneración tenga su origen en una resolución judicial firme y, en consecuencia, irrecurrible. No podrán ventilarse por esta vía ni las vulneraciones de derechos cometidas por los órganos judiciales en resoluciones judiciales que puedan ser reparadas a través de los medios de impugnación, ni tampoco respecto de aquéllas que no sean inmediatamente imputables a la resolución judicial firme.

La primera aclaración que me parece debe hacerse en relación con el incidente de nulidad de actuaciones es que no hay que sobredimensionar ni mitificar su importancia resaltando su carácter *central* como instrumento procesal en la tutela de los derechos fundamentales del artículo 24.1 CE. En primer lugar, porque la tutela de estos derechos se dispensa a través de *todos* los medios de impugnación cuando su vulneración es imputable al poder público. El incidente es un instrumento más y su importancia o diferencia respecto del resto de los medios de impugnación es que se sitúa como un *mecanismo de cierre en la regulación de las garantías judiciales de los derechos fundamentales y especialmente de los del art. 24.1 CE*. Hay que tener en cuenta, en consecuencia, que la apelación, la suplicación, y, en menor medida debido a las importantes restricciones para su acceso, la casación y el recurso extraordinario por infracción procesal sirven también a esta finalidad. La entrada en acción del incidente sólo será posible en la medida en que estos instrumentos no puedan ya ser remedio a la vulneración del derecho. Naturalmente, la importancia del incidente radica en que

¹⁴⁵¹ La cursiva la he añadido yo. Adelanto ya, en relación con la segunda cursiva (previo al amparo) que no creo que debiera haberse incluido en el citado texto por lo perturbador de la expresión.

permite *la primera* y quizás única tutela que existe frente a las vulneraciones de derechos fundamentales que se cometen en una resolución judicial irrecurrible. Es cierto que el incidente podrá adquirir mayor o menor relevancia dependiendo de cómo ordene el legislador el sistema impugnativo que quizás debería llevar consigo también una reforma orgánica¹⁴⁵². Si éste decide implantar de forma generalizada la única instancia con un control casacional restringido, la importancia que adquirirá el incidente será extraordinaria. Por el contrario, si el legislador diseña un sistema procesal en el que se generaliza el acceso a vías recursivas o rescisorias que permitan corregir la mayoría de las infracciones del art. 24.1 CE, el incidente de nulidad de actuaciones verá seriamente atenuada su importancia en el sistema general de garantías. Por ejemplo: estoy prácticamente convencida de que si en el orden civil se aplicara algún día el recurso extraordinario por infracción procesal en los términos en los que está regulado en el articulado de la LEC –no en su Disposición Transitoria—, el incidente de nulidad de actuaciones sería un instrumento claramente residual. La centralidad en el sistema general de garantías lo ocuparía en ese caso el recurso extraordinario por infracción procesal. Lo mismo sucedería si el legislador le devolviera a la casación su función histórica de “querrela de nulidad”.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la gran novedad que aporta la última modificación del incidente de nulidad de actuaciones no es de índole procesal, sino sustantiva. En efecto, las causas que pueden dar lugar a la nulidad de los actos judiciales no son solamente ya las contenidas en el art. 238 LOPJ y en el resto de las leyes procesales, sino que la nueva regulación del art. 241.1 LOP, en cuanto prevé que puede interesarse la nulidad de actuaciones en relación con la vulneración de cualquiera de los derechos a los que alude el art. 53.2 CE, está en realidad posibilitando que el juez declare la nulidad de actuaciones de toda resolución judicial que sea vulneradora de cualquiera de las vertientes o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva según resulte de la interpretación del TC. Una cláusula abierta como la consignada en el art. 241.1 LOPJ, que hace referencia a los derechos consignados en el art. 53.2 CE,

¹⁴⁵² P. Cruz Villalón ha señalado (“Acotaciones al proyecto de reforma constitucional”, *La reforma de la justicia constitucional*, con E. Espín Templado, G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006, pág. 76) que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no sería tan necesaria si se consolidara algún día un amparo judicial en sentido orgánico con atribución de competencias a los Tribunales Superiores de Justicia. Ahora bien, señala P. Cruz, “[M]ientras no sea ése el caso, la reforma tiene sentido en cuanto inserta en la lógica de un amparo desligado en la medida de lo posible a situaciones individuales de desamparo”. Se deduce de lo expuesto que el autor asume que el protagonismo del incidente dependerá de cómo se regulen en un futuro los mecanismos de tutela de todos los derechos, incluidos naturalmente, los del 24.1 CE.

permite que el legislador no tenga que actualizar el contenido de las causas de nulidad, a las nuevas vertientes del derecho creadas por el TC a partir de la interpretación del art. 24.1 CE. El precepto que sirve de referencia en la actualidad para determinar las causas de nulidad de las actuaciones judiciales no es el art. 238 LOPJ, sino el 241.1 del mismo texto legal.

Hecha esta aclaración, creo que fundamental porque obliga a trasladar algunas cuestiones de las que aquí se expongan respecto al incidente de nulidad de actuaciones al resto de los medios de impugnación, procede retomar de nuevo el estudio de este instrumento procesal.

Teniendo en cuenta lo que se dice en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica y lo que se ha expuesto anteriormente respecto al trabajo que ha tenido que asumir el TC en relación con los errores judiciales evidentes o patentes, me parece que la reforma llega muy tarde¹⁴⁵³. No alcanzo a comprender el motivo por el que el legislador no ha posibilitado hasta la fecha dotar a los órganos judiciales de una herramienta que les permitiera, al menos, corregir los errores evidentes en los que incurrieran en sus resoluciones en aquellos casos en los que éstos no pudieran ser depurados por no ser recurribles. Es de esperar que no tengamos que volver a ver en los repertorios de jurisprudencia constitucional sentencias que tienen por objeto la corrección de meros errores, aunque tal expectativa no ha de derivarse del hecho de que se haya objetivado el amparo, sino de que los jueces procedan a su corrección a través de este mecanismo procesal.

Pero insisto, la reforma llega tarde. En efecto, los órganos judiciales han interiorizado que el TC siempre “ha estado ahí” y, lo más grave, que ha sido un órgano que no ha realizado respecto de algunos casos una función muy distinta a la que ellos tienen encomendada. Cuando esta situación se mantiene durante un tiempo considerable se hace cada vez más difícil situar al juez en el lugar en el que siempre debió haber estado¹⁴⁵⁴. Sin duda hubiera sido deseable otra cosa, no sólo desde el punto

¹⁴⁵³ Esta opinión no es compartida por un sector doctrinal importante. Como expondré más adelante, hay autores que se han pronunciado radicalmente en contra de la introducción del incidente. No obstante, entre quienes lo ven un acierto del legislador, hay quien considera que la reforma llega en el momento oportuno. En este sentido, C. Izquierdo Sans (“La inesperada relevancia del incidente de nulidad de actuaciones”, *Otrosí* núm. 8, octubre-diciembre de 2011, pág. 25) ha señalado al respecto: “Como tantas veces ocurre en la vida, la mayor virtud del incidente ha consistido en estar en el sitio adecuado en el momento adecuado.”

¹⁴⁵⁴ Esta misma idea parece compartirla también A. Garrarena Morales (“La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas par una crítica”, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, con M. Carrillo, G. Fernández Farreres y E. Fosas”, Valencia, 2008, pág. 232) al afirmar que trasladar a la jurisdicción ordinaria buena parte del trabajo que venía realizando el TC “repone, en fin, a los jueces

de vista de la jurisdicción constitucional, sino también desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria. Si es evidente que el TC nunca debió haber invertido un minuto de su valioso tiempo en corregir meros errores que los órganos judiciales estaban en condiciones de reparar, también lo es que esta competencia siempre debió haber estado en manos de los órganos judiciales por diversos motivos. En primer lugar, porque tiene poco sentido que el TC amplíe cada vez más las vertientes o contenidos del art. 24.1 CE y que el legislador no dote de instrumentos a los órganos judiciales ordinarios para dar tutela a éstas. En segundo lugar, porque esta función, la de la depuración de los errores, es más propia de un órgano judicial ordinario que del Tribunal Constitucional. El juez ha de tener herramientas procesales en su haber para poder cumplir fielmente no sólo la ley, sino también la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en relación con el art. 24.1 CE.

El establecimiento de un mecanismo de cierre en la regulación de las garantías de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE, que es lo que en realidad es el incidente de nulidad de actuaciones desde un punto de vista sustantivo –no sólo procedimental—, debió haberse ampliado mucho antes respecto, al menos, a los errores fácticos patentes, o, haber previsto un instrumento similar que sirviera a tal finalidad. Que los jueces querían y estaban dispuestos a reparar tales infracciones lo demuestra el hecho de que utilizaron, es cierto que infringiendo la ley procesal, la vía de la aclaración de resoluciones judiciales. Estos intentos, como ya se ha expuesto, fueron cercenados por el TC con el argumento de que tal instrumento no podía ser utilizado para estos fines.

Dicho lo anterior, hay que aclarar que sería iluso pensar que todos los casos responden a este patrón. Es de sobra conocida otra realidad: la de aquellos supuestos que evidencian cómo algunos órganos judiciales son reacios a acatar la doctrina constitucional. El mayor protagonismo que, según el legislador, le confiere a los órganos judiciales ordinarios no va a terminar de la noche a la mañana con este fenómeno. Esta realidad no se modifica sólo con medidas de carácter procesal, sino que requieren también de otro tipo de intervención. También hay supuestos en los que, como ya se ha visto, la no exacta concordancia entre lo ordenado por la ley y lo exigido por el TC pone al juez en serios apuros a la hora de elegir la solución más acertada.

ordinarios en su condición de efectivos garantes «naturales» de los derechos de los ciudadanos, ahí incluidos sus derechos fundamentales, lo que, de paso, es una buena forma de corregir esa imagen inexacta e injusta que, sin quererlo, ha ayudado a generar el recurso de amparo al inducirnos a pensar que la defensa de nuestros derechos fundamentales y libertades públicas no encuentra suficiente satisfacción en el trabajo de nuestros jueces y que por eso existen el recurso de amparo y el Tribunal Constitucional”.

Quizás por ello hubiese sido procedente que esta ampliación o devolución a los órganos judiciales de las herramientas para tutelar todos los derechos fundamentales se hubiera dosificado o llevado a cabo de otra manera más dilatada en el tiempo.

Ahora bien, el hecho de que se haya realizado esta reflexión tendente a poner de manifiesto el gran retraso con el que llega la filosofía de la reforma, no impide afirmar que ésta, aunque tarde, llega en un momento crucial: la reforma del amparo, quizás, no dejaba otra opción, en la medida en que requiere un mayor protagonismo del juez. Así, matizando lo que se dice en la Exposición de Motivos de la norma respecto a que se incluye para otorgar el máximo protagonismo a los órganos judiciales ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales, me parece que más bien es la fórmula acogida por el legislador para salvar la constitucionalidad de la reforma. Otra cosa es, naturalmente, si la forma concreta que el legislador ha elegido para llevar a cabo tal cometido resulta del todo eficaz.

Tal como señaló hace unos F. Rubio Llorente, el recurso de amparo “ha de ser objeto de una nueva regulación, no sólo para liberar al Tribunal Constitucional de una carga que manifiestamente excede de sus posibilidades, *sino para devolver a la jurisdicción ordinaria una responsabilidad a la que ya puede hacer frente sin ayuda*”¹⁴⁵⁵.

4.2. ¿Un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales? Las repercusiones de su establecimiento en el amparo constitucional.

Si en relación con la nueva regulación del amparo hay importantes discrepancias doctrinales, los desencuentros son aún más importantes en relación con la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. Son muchos los juristas que se han mostrado firmemente contrarios a su establecimiento. Los argumentos esgrimidos al efecto son de diverso orden. Por un lado, no sin cierta razón, se ha aducido que elegir el incidente de nulidad de actuaciones como el mecanismo idóneo para residenciar una función tan importante como ser una garantía esencial de los derechos fundamentales no parece una decisión acertada habida cuenta los antecedentes de este instrumento procesal. Su papel histórico como un incidente al servicio únicamente de la reparación

¹⁴⁵⁵ “El Tribunal Constitucional”, cit., pág. 32.

de vicios formales casa mal con la nueva orientación que ahora pretende atribuirse¹⁴⁵⁶. A lo anterior, habría que añadir además que ha sido un mecanismo maltratado en exceso por el legislador. Por otro, se ha apelado a su inutilidad en la mayoría de los casos ya que su conocimiento se atribuye al mismo órgano judicial causante de la lesión del derecho¹⁴⁵⁷. Además, acabará generando un problema muy grave en la jurisdicción ordinaria y, en especial, en el Tribunal Supremo, en la medida en que supondrán una sobrecarga de trabajo para los órganos judiciales¹⁴⁵⁸. Por si lo anterior fuera poco, hay quien ha añadido además que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no será capaz de acabar con el problema del amparo. Su implantación no reducirá el número de recursos de amparo sino que por el contrario generará también un problema adicional de sobrecarga en los órganos judiciales ordinarios¹⁴⁵⁹.

La ampliación del incidente y su inserción en el ordenamiento jurídico como un remedio al servicio de la tutela de los derechos fundamentales también ha tenido apoyo en la doctrina. A pesar de los problemas que pueda generar en orden a su eficacia, un sector doctrinal ha considerado imprescindible tal decisión legislativa¹⁴⁶⁰. Las razones que se han manejado al efecto son, básicamente, las que se enuncian en la Exposición

¹⁴⁵⁶ Vid. en este sentido, A. Garrorena Morales, *op. cit.*, pág. 234. G. Fernández Farreres, “Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española”, *El futuro de la justicia constitucional...*, *op. cit.*, pág. 45. También en este sentido P. García Manzano en “Respuesta a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., pág. 119.

¹⁴⁵⁷ En este extremo coincide la práctica totalidad de la doctrina que ha estudiado esta figura, tanto los detractores de la misma como los que aplauden su ampliación en la forma en que lo ha hecho la Ley Orgánica de 2007.

¹⁴⁵⁸ Vid. A. Desdentado Bonete “La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo”, *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007, pág. 27 y 28. También se ha pronunciado en este sentido J. Almagro Nosete (“Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., pág. 115) para quien se trata de una medida “inapropiada”. Añade a continuación: “Cuando todo el Derecho Procesal moderno, camina por la vía de la eliminación de los incidentes, en España, después de la supresión del incidente de nulidad de actuaciones, se empeñaron en resucitarlo y aún aumentar sus causas. Ahora se pretende una nueva ampliación, que sólo genera perspectivas de incremento de la litigiosidad y dilaciones, pues el parapeto que se crea, no impedirá, en último extremo la formulación del amparo constitucional”. Tampoco lo considera un acierto del legislador I. Borrajo Iniesta, aunque reconoce su utilidad en los casos en los que se cometen errores graves en la redacción de las sentencias o en el emplazamiento de litigantes (“Respuestas a la encuesta”, cit., págs. 115-116).

¹⁴⁵⁹ A. Desdentado Bonete, “La reforma del recurso de amparo...”, cit., pág. 28, señala expresamente que “[E]l efecto de filtro será mínimo y habremos duplicado los procesos y demorado la solución definitiva”

¹⁴⁶⁰ Podemos situar en este sector doctrinal a P. Cruz Villalón, “Acotaciones al proyecto de reforma de la LOTC”, cit., págs. 78. C. Viver Pi-Sunyer (“Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, cit., pág. 125) también apoya la ampliación del incidente porque puede resultar beneficiosa para el TC al igual que ocurrió con la anterior regulación del citado instrumento, que resultó útil a pesar de las críticas que recibió su instauración. No obstante, y siguiendo a P. Cruz, considera que la medida debería ir acompañada de reformas orgánicas que afectarían a los TSJ y al TS. También T. Vives Antón (“Respuestas a la encuesta”, cit., pág. 125) considera que la medida “complementa las oportunidades que la jurisdicción ordinaria tiene para remediar las vulneraciones de derechos constitucionales”.

de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. No sólo un sector doctrinal ha salido en su defensa sino también algunos jueces, entre otros R. de Mendizábal Allende, que han resaltado la necesidad de contar con un instrumento de estas características que permita “enderezar entuertos notorios y en la mayor parte de los casos, producto de las disfunciones que provoca la masificación de asuntos”¹⁴⁶¹. También se mostraron favorables a su ampliación tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal¹⁴⁶².

La médula de la reforma ha consistido en su ampliación a cualquier vulneración de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE que se haya producido en una resolución judicial irrecurrible y “que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso”. Es casi un lugar común dudar de la idoneidad de este instrumento procesal para la tutela de los derechos sustantivos debido a que serán absolutamente extraordinarios los supuestos en los que la lesión del derecho sustantivo no haya podido alegarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso. Se trata, en consecuencia, de un mecanismo que está pensado, sobre todo, para dar la necesaria tutela a las vulneraciones de las vertientes de los derechos reconocidos en el art. 24 CE. Ahora bien, el que sea un instrumento idóneo para la tutela de estos derechos también hay que ponerlo en cuestión.

En efecto, los flancos débiles del incidente de nulidad de actuaciones en la forma en que está regulado en la actualidad han sido destacados ya por la doctrina en relación con la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Si efectivamente resulta un instrumento de gran utilidad en aquellos casos en los que la lesión del derecho se produce como consecuencia de un despiste o un error voluntario del juzgador –que como ya se ha visto no son pocos—, resulta ciertamente ineficaz en aquellos otros en los que la lesión del derecho lo es como consecuencia de la actitud reflexiva del órgano judicial. Por ejemplo y respecto a casos muy evidentes: realizar

¹⁴⁶¹ Según el magistrado (“Respuesta a la encuesta”, cit., págs.120-121), “[L]os escritos trasapelados, los errores en series de procesos con sentencias estereotipadas, y tantas otras deficiencias, pueden ser corregidas rápida y eficazmente, con dos beneficios: uno, drenar la avalancha sobre el Constitucional y dos, evitar que se consolide la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por inadmisión del recurso de amparo, estadísticamente muy probable”. No obstante, hay también varios jueces que, con base en su experiencia personal, consideran que la ampliación del incidente traerá más problemas que beneficios. En este último sentido, P. García Manzano, (“Respuestas a la encuesta”, cit., pág. 119) se basa en su experiencia jurisdiccional para concluir que la medida debe ser negativa.

¹⁴⁶² Vid. el Informe elaborado por el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 13 octubre de 2005 (disponible en la página web del CGPJ: www.poderjudicial.es). Vid. también el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, de 24 de octubre de 2005.

una interpretación irrazonable o arbitraria de una causa de inadmisión ya sea en el caso del acceso a la jurisdicción o a un recurso; resolver mediante formulario con una motivación de carácter general desoyendo la doctrina constitucional que veda su utilización en determinados supuestos; interpretación irrazonable de la legalidad ordinaria; etc. En estos supuestos es improbable que el incidente sea un vehículo adecuado para que el órgano judicial rectifique su respuesta. Algunos juristas, conscientes de esta dificultad, han propuesto algunos retoques legislativos para reforzar la eficacia del incidente. En este sentido, M. Aragón Reyes ha manifestado recientemente que la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación de los incidentes de nulidad de actuaciones podría amortiguar el problema¹⁴⁶³. A pesar de que tal posibilidad no está expresamente prevista en el art. 241.1 LOPJ, una interpretación sistemática de los artículos 124.1 CE y 3.11 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, podría dar lugar a que su intervención parecería obligada¹⁴⁶⁴. Esta propuesta necesitaría según M. Aragón de determinadas modificaciones organizativas en el seno del Ministerio Fiscal y, quizás, aunque no necesariamente, de algunas reformas normativas. Más tarde volveré sobre esta sugerente propuesta.

Aunque ha pasado poco tiempo desde que se introdujo la reforma que amplió el incidente de nulidad de actuaciones ya pueden traerse a colación datos estadísticos para comprobar si su ampliación ha servido para mitigar las cifras del amparo. Me parece que para obtener datos mínimamente fiables no hay que tener sólo en cuenta los amparos que cada año registra el TC, sino también los que ingresan en la jurisdicción ordinaria, ya que un aumento significativo de estos últimos puede tener su reflejo en el amparo constitucional. Se contiene a continuación una tabla en la que se comparan ambos datos teniendo asimismo en cuenta el año inmediatamente anterior a la reforma.

AÑO	AMPAROS ¹⁴⁶⁵	JURISDICCIÓN ORDINARIA ¹⁴⁶⁶	INCREMENTO AMPAROS	INCREMENTO JURISDICCIÓN ORDINARIA

¹⁴⁶³ “El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal”, *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 28, 2011, pág. 377.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, pág. 378.

¹⁴⁶⁵ Los datos manejados se han obtenido de las Memorias anuales elaboradas por el TC y que pueden consultarse en su página web: www.tribunalconstitucional.es.

2006	11471	8043809		
2007	9840	8343687	-14,3%	3,7%
2008	10279	9048785	4,4%	8,4%
2009	10792	9567280	4,9%	5'7%
2010	8947	9355526	-17%	-2'3%

De los datos consignados puede advertirse un decrecimiento, aunque no importante, de los recursos de amparo en relación con el progresivo incremento que experimenta el número total de asuntos que acceden a la jurisdicción ordinaria, con la salvedad de lo acaecido en 2010 en el que se observa una ligera reducción de asuntos no equiparable a la que experimenta el número de amparos que accedieron al TC. Téngase en cuenta que si realizamos una comparación en términos porcentuales entre los datos existentes en 2006 y 2010 (antes de la reforma y una vez que ésta ya está en pleno funcionamiento) los resultados son aún más clarificadores. Frente a un incremento de asuntos en la jurisdicción ordinaria del 16,3 %, se produce una reducción del 22,1 % en el número de amparos que acceden al TC.

Quizás podría pensarse que es solamente la reforma del amparo, en especial de su objetivación, la que ha arrojado estos datos, pero este hecho queda desmentido por los datos anuales, que si bien son de crecimiento en el amparo, nunca llegan a alcanzar las cotas que en este sentido experimenta la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, el descenso operado en el número de amparos también podría achacarse a los resultados de la política de admisión del TC. Sin embargo, creo que aunque ello ha podido influir, no se ha hecho especialmente visible hasta 2010, ya que sólo desde ese año se ha podido corroborar qué casos han sido admitidos a trámite por el TC y, en consecuencia, han sido resueltos mediante sentencia. Antes del año 2010 ha sido difícil verificar cual iba a ser el tratamiento que el TC le iba a dar al requisito de la “especial trascendencia constitucional”, a pesar de lo que se establece en la STC 155/2009.

¹⁴⁶⁶ Los datos de cada uno de los años los he tomado de las estadísticas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial y que pueden encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/ci.La_justicia_dato_a_dato_ano_2010.formato3
http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ESTAD%C3%8DSTICA/JUSTICIA%20DATO%20A%20DATO/FICHERO/Justicia%20Dato%20a%20Dato%20A%C3%B1o%202009_1.0.0.pdf
http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ESTAD%C3%8DSTICA/JUSTICIA%20DATO%20A%20DATO/FICHERO/Justicia%20Dato%20a%20Dato%20A%C3%B1o%202008_1.0.02.pdf
http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ESTAD%C3%8DSTICA/JUSTICIA%20DATO%20A%20DATO/FICHERO/Justicia%20Dato%20a%20dato%202006def_1.0.0.pdf

Considero que en los datos arrojados puede tener alguna responsabilidad el incidente de nulidad de actuaciones. En todo caso, las cifras parecen desmentir los augurios de algunos juristas que preveían que la reforma no sólo iba a suponer un incremento notable de los incidentes, sino también del amparo constitucional. Aunque los servicios estadísticos del Poder Judicial no recogen cifras sobre los incidentes de nulidad de actuaciones que se interponían con anterioridad al año 2008, lo cual nos impide conocer el impacto que ha tenido la reforma sobre la utilización de este instrumento procesal, las cifras correspondientes a los años 2008, 2009 y 2010 no denotan un abuso en su interposición¹⁴⁶⁷. No obstante, el tiempo dirá si las cifras tanto del amparo como de los incidentes de nulidad de actuaciones pueden tener alguna interrelación o, por el contrario, no permiten observar una mejora en el mayor protagonismo que los órganos judiciales adquieren en la tutela de los derechos fundamentales como consecuencia de la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. Quizás sea demasiado pronto para extraer conclusiones definitivas en este sentido.

4.3. La “trascendencia constitucional” del incidente de nulidad de actuaciones según el TC.

En todo caso, al margen de las opiniones doctrinales y de las cifras antes referidas en relación con el número de amparos y de incidentes de nulidad de actuaciones, me parece que se necesita un cambio de orientación en el discurso doctrinal en relación no sólo con el incidente de nulidad de actuaciones, sino también con el resto de los medios de impugnación. Éstos son instrumentos necesarios para la tutela de los derechos del art. 24.1 CE.

Se ha dicho, no sin razón, que el incidente de nulidad de actuaciones se ha considerado durante los últimos años, no un instrumento al servicio de la tutela de algunos derechos fundamentales (antes de la reforma sólo los vicios de forma causantes de indefensión y la incongruencia omisiva), sino el recurso inútil que cabía interponer antes de acudir al amparo. Esta tendencia a remarcar el carácter subsidiario respecto del amparo debe irse modificando por un discurso que haga predominar su importancia dentro del sistema de garantías judiciales de los derechos fundamentales. Nadie

¹⁴⁶⁷ En el año 2008 se interpusieron 5582 incidentes; en 2009 fueron 4832 y en 2010 la cifra asciende a 4533.

presenta a la apelación o a la suplicación como un recurso subsidiario de la ulterior casación o incluso del amparo. Se trata de recursos útiles cuya interposición procede en los casos previstos en las leyes procesales para corregir no sólo las vulneraciones de derechos en las que haya podido incurrir el juez *a quo*, sino también para corregir otros posibles errores. Las referencias constantes al incidente de nulidad de actuaciones como remedio de necesaria utilización *para poder acudir posteriormente al amparo* revela, en el fondo, una concepción de instrumento inútil por el que hay que transitar antes de alcanzar la única y verdadera jurisdicción capaz de tutelar los derechos: el Tribunal Constitucional¹⁴⁶⁸. Este discurso debería sustituirse por aquel según el cual el incidente de nulidad de actuaciones es, en realidad, el único medio *general y universal* para la tutela de los derechos que hayan sido vulnerados en resoluciones judiciales irrecurribles. Sin duda, podría haberse pensado en otra solución más eficaz por parte del legislador, pero mientras ésta llega, es necesario remarcar más este carácter protector que la relación de subsidiariedad que guarda en relación con el recurso de amparo. La cuestión no está, sobre todo, en que el asunto llegue al TC, sino en que los jueces comprendan la nueva virtualidad del incidente. En buena medida, su éxito o fracaso dependerá de cómo lo gestionen los propios órganos judiciales¹⁴⁶⁹. Naturalmente, el posible abuso en su utilización, que puede convertirse en un obstáculo considerable, debe ser eliminado de raíz para que no pierda su esencia y me parece que la ley, en cuanto lo contempla como un mecanismo excepcional, permite a los órganos judiciales despachar de forma rápida las solicitudes infundadas.

Esta necesidad de resaltar la vertiente tuteladora del incidente se ha puesto también de relieve por el propio TC en alguna de sus últimas sentencias dictadas en amparo en aplicación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. En

¹⁴⁶⁸ La idea expuesta en el texto principal ha sido resaltada por M. Carrasco Durán (“El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, *REDC* núm. 63, 2001, pág. 118) no sólo respecto del incidente de nulidad de actuaciones, sino de todos los medios de impugnación al afirmar: “Así, en algunas ocasiones se tiene incluso la impresión de que el agotamiento de la vía judicial es mirado como un mero requisito procesal, quizás un tanto enojoso, previo al recurso de amparo, en el que se confía encontrar la verdadera protección al derecho fundamental, en vez de cómo cauce procesal dispuesto para la obtención de la protección plena al derecho fundamental del que se trata en cada caso”. El autor cita en nota 35 propuestas doctrinales tendentes a eliminar la segunda instancia en el proceso contencioso-administrativo preferente y sumario con la finalidad de que los asuntos lleguen cuanto antes al TC.

¹⁴⁶⁹ M. Carrillo ha señalado a propósito de esta cuestión (“La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, con G. Fernández Farreres, E. Fossas Espalader y A. Garrorena Morales, Valencia, 2008, pág. 124) que el éxito de esta medida se cifra en la asunción —en este caso— por los jueces y tribunales de una nueva cultura jurisdiccional, en la que se asuma con menos traumatismo profesional, la posibilidad de la nulidad de los propios actos.”

efecto, se puede afirmar que la trascendencia constitucional apreciada por el TC en alguno de los últimos amparos ha sido precisamente hacer saber a los órganos judiciales el nuevo papel que debe cumplir la nulidad de actuaciones –y el resto de los recursos y acciones de rescisión, añadiría yo— tras la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, tanto en el recurso de amparo como en el incidente de nulidad de actuaciones. Basta traer a colación las SSTC 43/2010 y 107/2011 para dar cuenta de ello¹⁴⁷⁰.

La primera de ellas resuelve un supuesto claro de indefensión en el que se aplica doctrina reiteradísima del derecho a ser oído en juicio¹⁴⁷¹. El juez ordinario celebró juicio ejecutivo sin oír a los titulares registrales de la finca que fue objeto de subasta y adjudicación a un tercero, a pesar de que el deudor puso de manifiesto en el proceso que había procedido a la venta del inmueble. Una vez personados los titulares registrales de la finca, que además, tenían su domicilio fuera de España, presentaron incidente de nulidad de actuaciones a través del cual interesaban la reparación de su derecho a ser llamados y oídos en el proceso. El órgano judicial denegó el incidente con base en dos tipos de razonamientos. Por un lado, indicó a los recurrentes que tenían abierta la vía del juicio declarativo ordinario para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, tal como había establecido el TC en jurisprudencia reiterada; por otro, se adujo que no todo defecto procesal lleva acarreada la declaración de nulidad con base en razones de economía procesal. Parece obvio que la trascendencia constitucional de este amparo no tiene sustento en el problema de fondo planteado, sino, como cabe deducir de los establecido en los FFJJ 4º y 5º, fue admitido por el TC con la intención de resaltar la importancia del incidente de nulidad de actuaciones en el sistema de garantías de los derechos fundamentales. A tal efecto se establece en el FJ 4º *in fine* en relación con la respuesta judicial: “Pues bien, tal forma de argumentar –además de no reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión sufrida

¹⁴⁷⁰ En relación con la STC 43/2010, M. Hernández Ramos (“¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el TC? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión”, *Revista de las Cortes Generales* núm. 81, 2010, pág. 274) también ha entendido que la especial trascendencia constitucional del asunto le venía dada al caso por el nuevo significado del incidente de nulidad de actuaciones tras la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo.

¹⁴⁷¹ El hecho de que se trataba de un asunto que no presentaba ninguna novedad desde el punto de vista del derecho fundamental vulnerado, se recoge en el FJ 2º de la sentencia, que dice al respecto: “En definitiva, de nuestra doctrina se desprende con *absoluta claridad* que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales el deber de velar por que quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en un proceso de ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso principal, puedan comparecer y ser oídos en el mismo para garantizar su defensa, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer y de la posible existencia de otras acciones que puedan corresponder a los afectados.” He añadido la cursiva.

por los recurrentes—, *resulta abiertamente incompatible con el papel que el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) desempeña en el sistema de tutela de los derechos fundamentales, una cuestión jurídica relevante y sobre la que el Tribunal considera necesario hacer una última consideración*”¹⁴⁷². Y, a continuación, dedica el último fundamento jurídico de la sentencia, a explicar cuál es ese nuevo papel que el mencionado incidente “desempeña en el sistema de tutela de derechos fundamentales” y a poner de manifiesto como la actuación del órgano judicial se apartó de forma incontrovertida de la misma¹⁴⁷³.

Esta la importancia del incidente de nulidad de actuaciones, que es objeto de generar sentencias de amparo por considerar que se trata de un instrumento que genera problemas con “trascendencia constitucional”, se observa también en la STC 107/2011. Al igual que en el caso anterior, el fondo del asunto planteado en el amparo no podía subsumirse en ninguno de los criterios establecidos en la STC 155/2009, ya que se trataba de un caso evidente de irrazonabilidad por la condena realizada con base en una contradicción manifiesta entre lo declarado en los hechos probados y en los fundamentos jurídicos de la sentencia¹⁴⁷⁴. Se trataba, en suma, de un error manifiesto en el que, atendido lo expuesto en la primera parte de este capítulo, no puede revestir, trascendencia constitucional. Interpuesto incidente de nulidad de actuaciones por el condenado en defensa de sus derechos fundamentales, la Sala de lo Penal de Audiencia Provincial se pronunció en los siguientes términos: “no ha lugar” a su admisión, “sin perjuicio de que la parte pueda presentar recurso de amparo y ante el propio TC solicite la suspensión de la ejecución de la pena”. (Antecedente 2.c STC 107/2011). La

¹⁴⁷² La cursiva es añadida.

¹⁴⁷³ Tras apelar al FJ 2º de la STC 155/2009, en la parte en la que se refiere al mayor protagonismo que los jueces asumen en la tutela de los derechos fundamentales mediante la ampliación del objeto del incidente de nulidad de actuaciones, el TC vuelve a recriminar al órgano judicial en los siguientes términos: “el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arzúa debía haber tenido en cuenta que se estaba denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por quienes hasta ese momento no habían podido comparecer al proceso y no contaban con ningún otro recurso en ese procedimiento ejecutivo para denunciarla; que, por tanto, el incidente de nulidad de actuaciones era un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental en cuestión, y que su resolución debía tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada. Sin embargo, y lejos de asumir su papel de garante de los derechos fundamentales, el Juzgado no ofrece respuesta a la queja de indefensión que se le formula y afirma que se trata de un recurso de carácter excepcional «cuya estimación debe evitarse por razones de economía procesal, si es posible», (...) sin tomar en consideración la jurisprudencia de este Tribunal respecto de las exigencias que la interdicción de la indefensión consagra en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales en los procesos de ejecución.”

¹⁴⁷⁴ En la primera instancia el recurrente fue absuelto. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación sólo por el Ministerio Fiscal –téngase en cuenta que el absuelto no podía recurrir una sentencia por no existir un “gravamen”– la Audiencia Provincial condena. Argumenta en su resolución que no puede modificar el relato de los hechos porque ninguna parte ha solicitado su revisión.

trascendencia constitucional de este amparo vuelve ser la importancia del incidente de nulidad de actuaciones como pieza clave en el sistema de garantías. El TC vuelve a reiterar en el FJ 5º de esta sentencia los argumentos que ya había puesto de manifiesto en la STC 43/2010. En este caso, además, la indicación del órgano judicial para que el recurrente acudiera en amparo, fue considerada por el TC “incompatible e inaceptable con el sentido de la reforma legal introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”.

Esta forma de actuar del órgano judicial, remitiendo al litigante al amparo constitucional para la defensa de los derechos, vuelve a ser la misma que la que se impuso en los años 80 y 90 del siglo pasado cuando los órganos judiciales no podían amparar situaciones manifiestas de indefensión por no existir cauces procesales adecuados al efecto. Este hecho evidencia que los cauces procesales que, sin duda, deben existir no pueden suplir el necesario compromiso de los jueces con los derechos¹⁴⁷⁵. Ahora bien, éste, el compromiso de los jueces con los derechos, se debe presumir por la función de garantía que la Constitución atribuye a aquellos, lo que no impide que sigan produciéndose, esperemos que de forma aislada, casos como el que dieron lugar a esta resolución.

Se trata ahora, en buena parte, de desandar el camino por el que se avanzó anteriormente: si antes los órganos judiciales confiaban en que el TC quizás tendría algo que decir si en realidad se había producido la vulneración del derecho *en cada caso concreto*, en la situación actual, el órgano judicial debe adquirir conciencia de que, casi con toda seguridad, le corresponde a él decir la última palabra en el supuesto concreto que está juzgando, ante la improbabilidad de que el asunto pueda ser revisado posteriormente en amparo.

Esta trascendencia constitucional que el TC ha conferido en sus sentencias al incidente de nulidad de actuaciones, debería trasladarla al resto de los mecanismos de impugnación en la medida en que se interpongan con la finalidad de servir de vía para la primera tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. Y ello por los motivos que se apuntan a continuación.

En primer lugar, porque en la actualidad son más, me parece, los asuntos que son susceptibles de recurso ordinario o extraordinario a través de los que instarse la

¹⁴⁷⁵ Comparto en este sentido, aunque sólo en una parte, las palabras de I. Borrajo Iniesta (“Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo”, *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008, pág.199) afirmando que “son las instituciones, no los mecanismos procesales en sí, los que deben ofrecer amparo a los derechos y libertades fundamentales.”

tutela de los derechos del art. 24.1 CE que aquellos en los que sólo procede el incidente de nulidad de actuaciones. Los datos entre el número de amparos interpuestos y el de incidente de nulidad de actuaciones así parecen atestiguarlo¹⁴⁷⁶.

En segundo lugar, porque los recursos ya sean ordinarios o extraordinarios parecen más eficaces que el incidente de nulidad de actuaciones en cuanto su conocimiento suele estar atribuido al órgano judicial superior jerárquico al que dictó la resolución presuntamente vulneradora de derechos. Teniendo en cuenta los puntos débiles del incidente y la desidia que hasta ahora ha tenido el legislador a la hora de incidir en el sistema recursivo para mejorar la situación del amparo, no es posible esperar que en breve se produzcan las reformas sugeridas por un sector doctrinal. Hay que tener cuenta, no obstante, que las apelaciones del TC al legislador han valido de muy poco. Por ello me parece que no van a tener mejor suerte las formuladas por la doctrina aunque, como en este caso, algunas de ellas vengan de la mano de un Magistrado constitucional¹⁴⁷⁷. Por ello, hay que buscar la solución, o al menos mitigar el problema, en otras fórmulas que, creo, pueden estar en manos del Tribunal Constitucional. Si, como se ha dicho anteriormente, todos los medios de impugnación comparten con el incidente de nulidad de actuaciones que forman parte del sistema de garantías de los derechos contenidos en el artículo 24.1 CE, hay que maximizar la utilidad y efectividad de éstos para que sirvan a la función de tutela de los derechos a la tutela judicial y a la prohibición de indefensión. Es evidente que el litigante que obtiene una resolución judicial que incurre en vulneración de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE que no tenga su origen en un despiste o en un error evidente del juzgador, sino que lo sea como consecuencia de una reflexión o interpretación judicial, tendrá muchas más posibilidades de que sea reparada en aquellos casos en los que contra la resolución judicial proceda un recurso devolutivo que en aquellos otros en los que sólo quepa el incidente de nulidad de actuaciones. En efecto, es difícil admitir que un órgano judicial que de forma deliberada y consciente emite una resolución vulneradora de derechos fundamentales pueda cambiar de opinión en la resolución resolutoria del incidente de nulidad de actuaciones. Las perspectivas cambian, si efectivamente la alegación de la vulneración resulta fundada, si la competencia para juzgar del asunto se atribuye a un

¹⁴⁷⁶ Atendiendo a las cifras que se han expuesto antes, hay que recordar que en el año 2008 se interpusieron 5582 incidentes de nulidad de actuaciones, frente a 10279 recursos de amparo. Asimismo, en el año 2009, 4832 incidentes de nulidad de actuaciones y 10792 recursos de amparo. Y en el año 2010, 4533 incidentes de nulidad de actuaciones y 8947 recursos de amparo. Pueden consultarse estos datos en las direcciones electrónicas a las que antes se ha hecho referencia.

¹⁴⁷⁷ Me refiero a la propuesta realizada por M. Aragón Reyes citada anteriormente.

órgano judicial distinto que el que emitió la resolución presuntamente vulneradora de derechos. La mayor efectividad de esta vía debería tener como consecuencia que los órganos judiciales ordinarios no interpretaran las causas de admisibilidad en el sentido menos favorable para el acceso al recurso, interpretaciones que el TC, como ya se ha visto, ha considerado que caben en la Constitución. Debido a que los medios de impugnación son mecanismos de garantía más eficaces que el propio incidente de nulidad de actuaciones en ciertos casos, no resulta coherente que la doctrina del TC a propósito de la importancia del incidente y, sobre todo, su tratamiento judicial, no se extienda también al resto de los mecanismos de impugnación cuando a su través se insta la tutela de los derechos del art. 24.1 CE.

Naturalmente, esta propuesta no es antitética o contraria a las que tengan por objeto intentar maximizar la eficacia del incidente de nulidad de actuaciones para ser un instrumento eficaz en la tutela de los derechos fundamentales y especialmente, en los del art. 24.1 CE. Veremos en un futuro si la creación de la vía procesal unida al compromiso de los órganos judiciales con los derechos fundamentales arroja el resultado esperado por el legislador. Ahora, la piedra que en el año 1984 desecharon los arquitectos, parece haberse convertido por el legislador en la piedra angular en el sistema de garantías de los derechos fundamentales.

4.4. ¿Amparo contra resoluciones erróneas del incidente de nulidad de actuaciones?

Antes de finalizar, quisiera referirme a algunas dudas que pueden suscitarse en relación con el amparo y el incidente de nulidad de actuaciones. A nadie se le escapa que la ampliación del incidente no va a terminar, por sí misma, con la corrección de todas las vulneraciones de los derechos del art. 24.1 CE que se produzcan en la jurisdicción ordinaria. Por un lado, porque el juez que conoce del incidente —no olvidemos que es el mismo al que se le imputa la lesión del derecho— puede desestimar de forma errónea el incidente de nulidad de actuaciones. Es decir, se puede equivocar al resolver el incidente y ratificar a través del auto resolutorio del incidente la vulneración del derecho cuya tutela se pretendía. Por otro lado, porque en la tramitación y resolución del incidente podría vulnerarse asimismo alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. Piénsese, por ejemplo, en una infracción generadora de indefensión.

¿Podrían justificar estos casos la necesidad de una ulterior intervención del legislador? Respecto al primer supuesto, creo que debe asumirse la respuesta del TCF en relación con la creación del “*Abhilfemöglichkeit*”. Como se recordará, el TCF entendió que el error del juzgador a la hora de resolver el remedio judicial no debía conllevar una ulterior revisión en amparo, salvo si el supuesto pudiera encuadrarse en alguna de las causas de admisión previstas en la Ley reguladora del Tribunal. Son dos los argumentos que barajó el Alto Tribunal para llegar a tal conclusión. Por un lado, el hecho de que todo ordenamiento jurídico debe aceptar la existencia de algunos márgenes de error. Por otro, que la lesión del derecho había podido ser objeto de una *primera* tutela judicial, que no garantiza que el juez incurra en error. Me parece que los argumentos del TCF son perfectamente trasladables al caso español, sin perjuicio, naturalmente, de que el TC considere que alguno de estos supuestos goza del requisito de la “especial trascendencia constitucional” que le vendría dada no por el hecho de que el incidente no hubiera resultado eficaz en la tutela del derecho vulnerado, sino por otro tipo de cuestiones.

Más problemas plantea el segundo de los supuestos antes enunciados. Es evidente que estos casos no tendrán la oportunidad de una primera tutela judicial a no ser que el recurso de amparo se considere procedente en estos casos, posibilidad esta que no está expresamente prevista en la STC 155/2009. Me parece que debe admitirse la misma salida que al caso anterior. Hay que aceptar que no puede construirse un ordenamiento procesal perfecto. No obstante, no está de más recordar que antes de la reforma del año 2007, ya llegaron amparos al TC en los que la resolución judicial recurrida era un auto resolutorio de un incidente de nulidad de actuaciones que a su vez anulaba otro dictado en un anterior incidente de nulidad de actuaciones¹⁴⁷⁸. Al margen

¹⁴⁷⁸ Vid. la STC 23/2005. El supuesto de hecho que dio lugar a esta sentencia es el siguiente: Tras la modificación del fallo de una sentencia firme como consecuencia del planteamiento de incidente de nulidad de actuaciones en el que se aducía la existencia de error, el órgano judicial hace constar en el auto que es susceptible a su vez de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones. La parte perjudicada por el nuevo fallo interpone nuevo incidente de nulidad alegando la vulneración del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales. El órgano judicial inadmite el incidente y el perjudicado por la actuación judicial recurre en amparo. En el control de los requisitos de admisibilidad de éste, se analiza si el planteamiento del segundo incidente de nulidad de actuaciones hace que el amparo se haya interpuesto fuera de plazo, al haber interpuesto un recurso manifiestamente improcedente. A tal cuestión aduce el TC: “Sería también razonable que la parte hubiese entendido que, por el contrario, la nueva decisión que deba adoptar el órgano judicial tras una declaración de nulidad sea susceptible, a su vez, de incurrir por sí misma en incongruencia o pueda haberse adoptado concurriendo un nuevo defecto formal causante de indefensión, lo que permitiría, en su caso, promover *ex novo*, un incidente de nulidad de actuaciones frente a la nueva resolución que da lugar a una realidad procesal distinta”. Es evidente que se trata de un *obiter dictum*, el TC no rechaza por completo que tal interpretación de la ley pueda considerarse razonable.

de que sea o no una práctica posible, no puede admitirse una cadena indefinida de acciones de nulidad y esta posibilidad parece que apunta en esa dirección. En esta tesis se defiende que el ordenamiento procesal y en especial la ordenación de los medios de impugnación y las acciones de rescisión y de anulación de las resoluciones judiciales deben estar orientadas a la reparación del mayor número posible de vulneraciones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE que hayan sido cometidas por los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no a intentar diseñar un sistema procesal perfecto en el que quepa depurar todas las lesiones de tales derechos que potencialmente se puedan producir. Sencillamente, procurar tal cosa es imposible.

CONCLUSIONES

La objetivación del amparo como meta del legislador no puede llevarse a término sin asegurar la protección judicial ordinaria de todos los derechos, incluidos los contenidos en el artículo 24.1 CE. Esta es la idea que está latente en la última reforma del recurso de amparo operada mediante la LO 6/20027, de 24 de mayo. Y este es también el corolario principal que cabe extraer de esta tesis de las que se derivan otras que, a modo de conclusión, se exponen a continuación.

La articulación de las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE depende en buena medida de cómo esté diseñado el ordenamiento procesal, y de forma especial, los medios de impugnación, de rescisión y de anulación de las resoluciones judiciales. Si la ordenación de estos últimos instrumentos se diseña perdiendo de vista que la primera y quizás única tutela de los derechos del art. 24.1 CE sólo puede dispensarse, en una buena parte de los casos, a través de los medios de impugnación, el recurso de amparo constitucional se verá abocado a suplir los déficits de tutela que presenta el ordenamiento procesal. El diseño y la configuración del amparo dependen, en buena medida, de cómo esté configurado el sistema recursivo. Esta sintonía, tal y como se da cuenta en la tesis, no siempre se ha dado en nuestro ordenamiento jurídico.

Ha existido una evidente desproporción entre el alcance y la amplitud que el TC ha conferido a los derechos del art. 24.1 CE y la doctrina recaída a propósito de las vías a través de las que ha de dispensarse la necesaria tutela de estos derechos. Hasta tal punto ha sido así que algunas vertientes de la tutela judicial efectiva han finalizado por incorporarse como parte del contenido del derecho debido a la falta de vías para su tutela ante la jurisdicción ordinaria. El TC ha derivado del art. 24.1 CE hasta ocho vertientes o proyecciones del mismo: derecho de acceso a la jurisdicción; de acceso a los recursos legalmente establecidos; a una resolución congruente; fundada en derecho que no incurra en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad y que además sea conforme con el sistema de fuentes constitucionalmente establecido; derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y a la invariabilidad o intangibilidad de éstas; derecho a no obtener resoluciones contradictorias de un mismo órgano judicial; garantía de indemnidad; y, como derecho autónomo también incluido en el art. 24.1

CE, la prohibición de indefensión. La configuración que el TC ha realizado de los derechos del art. 24.1 CE no es, en consecuencia, sólo procesal, sino que también tiene una proyección material o sustantiva.

Si los derechos contenidos en el art. 24.1 CE son verdaderos derechos que confieren a sus titulares verdaderas facultades frente al poder público, deben tener asegurada una primera protección para el caso de que se produzca su vulneración. El hecho de que la Constitución proteja y garantice también la seguridad jurídica, y por ello la necesidad de poner fin en algún momento a las disputas judiciales, no debe sobreponerse en todo caso a la necesidad de tutela de estos derechos. Tal y como ha afirmado el Pleno del TCF alemán en su sentencia de 30 de abril de 2003, “en un Estado de derecho, constituye una garantía constitucional que exista la posibilidad de que se analice por los tribunales, al menos una vez, si las garantías de los ciudadanos han sido respetadas”. Y entre ellas están los derechos procesales. Con todo, hay que admitir que es imposible que el ordenamiento procesal pueda dotar de la primera protección judicial a todos los supuestos en los que se lesiona cualquiera de las vertientes del derecho a la tutela judicial y a la proscripción de indefensión. Hay que asumir, en los términos en los que lo ha hecho también el TCF alemán, que el sistema tiene un margen de error inherente al mismo. Ahora bien, el que esto sea así no debe impedir que el ordenamiento procesal se diseñe de tal manera que procure que la mayor parte de las lesiones del derecho a la tutela judicial tengan alguna vía de reparación ante los órganos judiciales ordinarios.

La necesaria protección de estos derechos, que se deduce simplemente de su carácter de derechos, plantea problemas en nuestro ordenamiento como consecuencia de lo dispuesto en el art. 53.2 CE. Aunque los derechos fundamentales, para ser considerados como tales, no requieren una forma específica de tutela, diferente a la prevista en la Constitución para el resto de los derechos e intereses legítimos, no hay que desconocer lo que establece el citado precepto.

A partir del entendimiento de dicho precepto en el sentido de que no obliga al legislador a crear cauces *ad hoc*, distintos y diferenciados de los comunes u ordinarios, considero que no es una buena opción crear cauces específicos, preferentes y sumarios para la tutela judicial ordinaria de los derechos del art. 24.1 CE. El criterio más razonable para proteger y dispensar la necesaria tutela a los derechos del art. 24.1 CE es el que descarta la obligación de abrir un nuevo proceso para reparar las lesiones de la tutela judicial efectiva acaecidas en el curso de otro proceso. Téngase en cuenta que, en

muchos casos, la infracción de los derechos del art. 24.1 CE está tan íntimamente conectada con el fondo del asunto que no sería ni razonable ni coherente alumbrar otro proceso para instar la protección de aquellos derechos. Lo lógico o natural, sería que las infracciones de los derechos insertos en el artículo 24.1 fueran depuradas en el mismo proceso en el que se produjeron o, en caso de no permitirlo así el ordenamiento procesal, a través de acciones de rescisión o anulación de la cosa juzgada, es decir, privando de los efectos de la cosa juzgada a una resolución judicial que no puede considerarse concreción del proceso debido por haberse dictado sin las garantías necesarias. Si a estas últimas se les quiere dar el calificativo de “amparo judicial ordinario” o de “acciones para la tutela de derechos fundamentales de carácter procesal” que son desarrollo del art. 53.2 CE, creo que no habría inconveniente. En todo caso, lo importante es que el ordenamiento jurídico tenga tales cauces o vías al margen del *nomen iuris* que se les quiera atribuir. Esta parece haber sido la opción del legislador, al incorporar en el art. 240 LOPJ el mandato según el cual “la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinan efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”. Los medios de impugnación y las acciones de rescisión y anulación de las resoluciones judiciales se convierten así en instrumentos imprescindibles para asegurar la tutela de estos derechos.

Debido a las garantías de las que está revestida la función jurisdiccional y las resoluciones judiciales firmes, la única manera de proteger la vulneración de algunas vertientes de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE consiste en anular o rescindir el acto judicial que incurre en inconstitucionalidad. Los casos en los que es posible reparar el derecho vulnerado sin alterar de algún modo lo dispuesto en el fallo son sólo algunos (así, por ejemplo de la incongruencia omisiva si ésta se produce en relación con las alegaciones sustanciales de las partes), por lo que puede afirmarse, con carácter general, que la reparación de los derechos del art. 24.1 CE en los que haya incurrido una resolución judicial sólo puede llevarse a efecto a través del sistema impugnativo. Como ya se ha dicho, las especiales características de las que está revestida la función jurisdiccional no parecen dejar otra opción. En primer lugar, porque resulta complicado —por no decir imposible— residenciar la garantía jurisdiccional del derecho a la tutela judicial en órganos que no actúen jurisdiccionalmente. Podría considerarse

inconstitucional que el legislador atribuyera, a través de vías excepcionales, la posibilidad de que el Jefe del Estado o el poder ejecutivo dejaran sin efecto sentencias civiles, laborales o contencioso-administrativas que fueran firmes. Hay otro argumento más que abunda en esta idea: las propias características de las resoluciones judiciales. Éstas gozan de unos niveles de irrevocabilidad importantes, ya que tienen, a diferencia de otras resoluciones emanadas del poder público, la “fuerza de cosa juzgada”¹⁴⁷⁹. En concreto y respecto de las resoluciones judiciales que son objeto de estudio en la tesis – las definitivas pero impugnables y las firmes y en consecuencia inatacables—, sólo pueden ser modificadas o alteradas a través del sistema de recursos legalmente establecidos –las primeras— o a través de las acciones de rescisión o anulación –las segundas—. Así se establece con carácter general en el art. 18 LOPJ, que prevé que “las resoluciones judiciales sólo se podrán dejar sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes”. Una vez que una resolución judicial ha devenido firme desde una perspectiva formal por no disponer el ordenamiento jurídico de más instrumentos para ser impugnada, sólo puede ser rescindida o anulada por los propios órganos judiciales a través de las acciones autónomas de rescisión o de anulación. Una vez que se genera el fenómeno conocido con el *nomen* de cosa juzgada formal, la resolución judicial deviene firme y resulta, en consecuencia, inatacable. Fuera de estos remedios contra la cosa juzgada, no hay posibilidad de dejar una resolución judicial sin efecto salvo, naturalmente, que se impetre la protección del Tribunal Constitucional. Pero como se ha sostenido a lo largo de la tesis, el acceso a este órgano no está cubierto por el art. 24.1 CE, que lo que garantiza es la tutela *judicial* de los derechos e intereses legítimos, por más que alguna resolución del TC se refiera al “derecho al amparo”.

Por todo ello, y a diferencia de lo sostenido por el TC en jurisprudencia reiterada, me parece que de la Constitución sí se deriva un derecho a la existencia de medios de impugnación, de rescisión y de anulación de resoluciones judiciales cuando éstas incurren en vulneración de alguno de los derechos previstos en el artículo 24.1 CE. No creo que sea posible, pese a lo que afirma el TC, que nuestra constitución tolere que sea “imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan [los recursos], salvo en lo penal” (STC 37/1995). Y es que, si en realidad los derechos insertos en el art. 24.1 CE son derechos fundamentales, necesitan de una primera tutela aun en el caso de que el responsable de su lesión haya sido el órgano judicial. En un Estado de

¹⁴⁷⁹ Con la excepción de las emanadas por otros órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, como el TC.

derecho, constituye una garantía constitucional que exista la posibilidad de que se analice por los tribunales, al menos una vez, si las garantías de los ciudadanos han sido respetadas, incluidas, naturalmente, las de carácter procesal.

No se trata, en consecuencia, de defender la necesidad de una segunda instancia, sino de permitir que las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva o a la prohibición de indefensión causadas por el órgano judicial en las resoluciones judiciales definitivas, puedan ser objeto de una primera tutela judicial, y eso sólo es posible llevarlo a cabo a través de un medio de impugnación, anulación o rescisión. La jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales, como el federal alemán o el italiano, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, están avanzando en esa dirección. Los primeros, bien instando al legislador a crear mecanismos procesales de reparación para la defensa del derecho de audiencia ante los propios órganos judiciales ordinarios (Alemania), bien a ampliar los motivos de la casación (Italia). Por lo que se refiere al TEDH, una nueva comprensión del derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH) iniciada en el caso *Kudla* –y consolidada posteriormente con en otros casos como *Sümerli*— permite, con abandono de “la teoría de la absorción”, que este derecho esté al servicio de la tutela de los reconocidos en el art. 6.1 CEDH.

El hecho de que deban existir medios de impugnación, rescisión o anulación de las resoluciones judiciales no debe confundirse con el derecho a que la Constitución garantice la existencia de unos determinados recursos. El legislador debe tener un amplio margen de libertad en el momento de su concreción e instauración en el orden procesal. Ahora bien, que el legislador sea libre para ordenar el entramado de mecanismos de tutela no puede rebajar el control de inconstitucionalidad de los mismos hasta hacerlo inútil o ineficaz. Si el legislador suprime o desfigura un buen número de recursos o acciones anulatorias, de tal suerte que impida la tutela de los derechos en número importante de casos, incurrirá en inconstitucionalidad. El control de constitucionalidad que debe realizar el TC en estos casos no deja de poner de manifiesto problemas debido a que nos podríamos encontrar –al menos en apariencia— ante una inconstitucionalidad por omisión. Probablemente, la salida más respetuosa con el legislador consistiría en formular una sentencia de inconstitucionalidad apelativa, lo que implicaría dejar la existencia del derecho mismo a merced de aquél. Tampoco sería posible en nuestro caso la tutela primaria y ordinaria del derecho a través del recurso de amparo tras la objetivación que ha sufrido éste con motivo de la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo. Al igual que en el caso alemán, sólo podría admitirse esta

salida de forma transitoria. Por ello, podría considerarse como una opción a tomar en consideración que el TC declarara la inconstitucionalidad de la ley supresora o restrictiva del medio de impugnación y ordenara la reviviscencia de la norma derogada si ésta constituyera la única vía a través de la que residenciar, con carácter universal, las lesiones del derecho inserto en el art. 24.1, ya que en estos casos, lo que se censura es que el legislador cierre, suprima o restrinja la única vía de tutela disponible y que tal decisión no vaya acompañada del establecimiento de otra que, siendo libremente configurada por el legislador, sustituya la derogada. Al margen de las salidas que puedan buscarse a esta situación, lo cierto es que los eventuales problemas que pueden surgir en orden al control de constitucionalidad de las leyes reguladoras de los medios de impugnación, no deben debilitar la exigencia del derecho a la existencia de mecanismos de tutela de la tutela judicial.

Volviendo sobre el tratamiento que el TC ha dispensado al derecho a los recursos, de esta tesis se extraen –en mi modesta opinión– algunas conclusiones de interés. Es cierto que el TC ha suavizado, que no matizado, su doctrina a propósito de cómo vincula al legislador el derecho a la existencia de recursos en el ordenamiento jurídico procesal. Y lo ha hecho mediante la supresión, en todos los recursos de amparo a partir del año 2008, de la frase transcrita líneas anteriores en la que se afirmaba de forma tajante que podría ser imaginable, posible y real que los recursos no existieran, con la salvedad de lo indicado para el orden penal. Concurren varios indicios que apuntan a que no se trata de una omisión debida a un simple despiste o a un mero error. En primer lugar, la mencionada expresión no se incluye, salvo error, en ninguna sentencia posterior al año 2008. Todo parece indicar que no estamos ante una rectificación de una Sala, pues tal desaparición se ha producido en ambas. De igual modo, el que no se deba a un despiste o incluso a que sea producto de una nueva redacción o cambio de estilo, lo confirma el dato de la fecha en que se produce tal supresión: el año 2008, momento inmediatamente posterior al que se produce la objetivación del amparo constitucional. No es ni antes ni después, sino justo en ese momento. El segundo motivo que puede indicar que estemos ante un cambio de parecer del Tribunal se debe a que la reforma operada en la LOTC por la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha ampliado, posiblemente como contrapartida a la objetivación del recurso de amparo, el incidente de nulidad de actuaciones a todos aquellos casos en los que una resolución judicial firme y en consecuencia inimpugnable, incurra en vulneración de cualquiera de los derechos previstos en el art. 53.2 CE. Así lo ha considerado un sector

importante de la doctrina y también de los Magistrados Constitucionales que en el momento de producirse tal reforma, desempeñaban dicho cargo. Puede decirse que la reforma del art. 241 LOPJ “sale del Tribunal” como una de las medidas necesarias para acometer la reforma del amparo. Y ello por la sencilla razón de que una parte de los recursos de amparo que llegaban al TC y que hasta entonces habían sido merecedores de sentencias estimatorias, tras la reforma operada sobre el amparo, no gozarían de la oportuna tutela ni en la vía judicial ordinaria, debido a la falta de vías o cauces de tipo procesal, ni tampoco a través del amparo constitucional, por no revestir los meritados asuntos el requisito de la “trascendencia constitucional” al que se refiere el actual art. 50.1.b) LOTC.

El hecho de que la reforma del art. 241 LOPJ haya que vincularla con la objetivación del amparo se debe, entre otras razones, a que la única ley, además naturalmente de la rectora o reguladora del Tribunal Constitucional, que se vio afectada por la reforma, fue la LOPJ y además, respecto de ésta, sólo su artículo 241 en el que se contiene la regulación del mencionado incidente. Llama poderosamente la atención, además, que dos meses después de aprobarse el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC, se aprobó también el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se reforma el recurso de apelación y se generaliza la doble instancia, proyecto en el que se proponía una redacción del incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC distinto al impulsado por el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC. Sin duda, este episodio se encuadra como un hecho pintoresco más de la atribulada historia reciente del incidente de nulidad de actuaciones. Pero quizás denota también que no existía una sola voluntad política a la hora de configurar dicho incidente. Parece que tal opción legislativa es la otra cara de la moneda de lo dispuesto en la STC 185/1990: en la medida en que el amparo se objetiva y deja de ser un recurso común, se hace necesaria la creación de nuevas vías ante la jurisdicción ordinaria. Todo apunta a que el TC ha caído en la cuenta de que no es posible objetivar el amparo sin incidir en el sistema impugnatorio y sin tratar de asegurar la existencia de mecanismos procesales que garanticen los derechos fundamentales –también los del art. 24.1 CE— en aquellos casos en los que son vulnerados por un órgano judicial en una resolución firme.

A partir de las consideraciones anteriores, me parece que puede afirmarse que las posiciones de nuestro Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de que existan recursos, remedios, acciones de impugnación o de rescisión para asegurar la tutela de

los derechos del proceso debido por los órganos judiciales ordinarios no dista mucho de la sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su Sentencia de 30 de abril de 2003 y que ha sido objeto de estudio en la tesis. En ambos ordenamientos se ha implantado una acción anulatoria, a modo de última *ratio*, para la tutela de derechos fundamentales en aquellos casos en los que su violación tiene lugar en una resolución judicial inatacable. También en ambos casos su conocimiento se ha atribuido al mismo órgano judicial que supuesta o fundadamente incurrió en la vulneración del derecho y sólo será procedente su interposición en la medida en que la vulneración del derecho fundamental en cuestión no pueda ser reparada a través de la interposición de otros medios de impugnación, ya sean de carácter ordinario o extraordinario.

Ahora bien, apesar de las semejanzas expuestas, existen también diferencias entre ambos sistemas, siendo una de ellas especialmente significativa. Mientras que el TCF alemán ha trasladado a su jurisprudencia la tesis según la cual de la Constitución se deriva el derecho a la existencia de remedios para la tutela de algunos derechos procesales, a nuestro Tribunal Constitucional le ha bastado –de momento— con aceptar la introducción por parte del legislador de un instrumento procesal que tiene por objeto decretar la nulidad de actuaciones judiciales en los casos en los que éstas incurran en una violación de cualquiera de los derechos a los que se refiere el art. 53.2 CE, entre los que se incluye el 24.1 CE. Sin embargo, con independencia ahora de que en la reforma del art. 241 LOPJ haya tenido más o menos protagonismo el TC, el hecho de que se haya vinculado la reforma del proceso impugnatorio con la reforma del amparo debe tener su traducción también en la doctrina constitucional. No está en absoluto garantizada la idea a la que creo responde la ampliación del incidente, que no es otra que la de asegurar la existencia de medios de impugnación para hacer valer las lesiones de los derechos fundamentales del art. 24.1 CE, entre otros, en aquellos casos en los que su vulneración se produce por primera vez en una resolución judicial de carácter irrevocable. El legislador español en un futuro y con base en la doctrina constitucional referida a los medios de impugnación, podría perfectamente suprimir hipotéticamente todos los existentes, salvo en el orden penal, o seguir apostando por una política procesal que no tuviera en cuenta que una de las finalidades esenciales que han de cumplir los medios de impugnación sea, precisamente, la de servir de cauces para dejar sin efecto o en su caso corregir aquellas resoluciones aquejadas de inconstitucionalidad. Si no se produce un giro importante en la doctrina constitucional, al TC no le quedará más remedio que volver a “universalizar el amparo”, incumpliendo entonces su Ley

reguladora, a no ser, naturalmente, que asuma que los derechos insertos en el art. 24.1 no son dignos de tutela, en cuyo caso les negará la condición misma de derechos. O dicho de modo: la nueva regulación del recurso de amparo debe asegurar la existencia de cauces de reparación de los derechos del art. 24.1 CE, lo que determinará la inconstitucionalidad de las leyes procesales reguladoras de los mismos si el legislador en su lugar no establece otros mecanismos que sirvan al mismo fin.

En definitiva, el proceso de implantación de una acción anulatoria que resulta de aplicación como último instrumento de tutela de determinados derechos procesales responde en el derecho alemán a una exigencia constitucional, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en apariencia, responde a una concreta política legislativa que puede ser abandonada sin problemas porque, de momento, no encuentra límite alguno en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de acceso al recurso. Puede suceder no obstante, que la evolución tanto de la legislación como de la doctrina en ambos países sea coincidente algún día, aunque el origen de ella, en uno y en otro caso sean inversos. Mientras que en Alemania, la instauración del “*Abhilfemöglichkeit*” se instauró por ordenarlo así el TCF, a pesar de la oposición de la Comisión Benda, en España ha sido el legislador el que ha decidido su implantación, a pesar de que podía no haberlo hecho con base en la doctrina constitucional.

Si el recurso o el medio de impugnación o la acción de anulación de resoluciones judiciales firmes es el medio a través del cual se reparan este tipo de vulneraciones, el TC no sólo tendrá que acabar reconociendo que es imposible que todos desaparezcan, sino que además, creo que deberá retomar la vigencia del principio *pro actione* cuando a su vez se trate de impetrar la primera tutela de algunos de estos derechos. Resulta incoherente afirmar la aplicación del principio *pro actione* para interesar la rescisión de una resolución judicial a través de las acciones de revisión y de la audiencia al rebelde que constituyen los cauces oportunos para interesar la tutela de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la lesión tiene origen en la actuación de un tercero, y que tal principio no resulte de aplicación, sin embargo, en los casos en los que es poder público el que vulnera el derecho fundamental. Aplicar tal diferenciación con el solo argumento de que en el primer caso lo iniciado por el litigante es en realidad una nueva acción, mientras que en el segundo es un recurso, creo que no resulta suficiente para avalar tal diferencia. En primer lugar, y sobre todo, porque tal tesis no es respetuosa con el concepto jurídico que se deriva del término “derecho fundamental”. Los derechos fundamentales, se afirman especialmente frente

al poder público, a pesar de que puedan vincular también a los particulares. Desde esta perspectiva, resulta incoherente que los tests de constitucionalidad en uno y otro caso no sólo sean desiguales, sino que el que se aplica a los casos en los que la vulneración que no es imputable al poder público, sea menos favorable que el aplicado en el resto de supuestos. Pero es que además, y sobre todo, el argumento de aplicar el *pro actione* se justifica en que es a través de los recursos donde se produce la *primera* tutela de estos derechos.

Debido a la función tan importante que cumplen los medios de impugnación, de anulación y rescisión de las resoluciones judiciales se ha dedicado el capítulo quinto a un análisis de la legalidad. Algunas conclusiones que se extraen de lo expuesto se exponen a continuación.

En primer lugar, y como dato más obvio, hay que subrayar que no todos los órdenes jurisdiccionales son igual de garantistas en cuanto a la ordenación de medios de impugnación se refiere, no sólo para que éstos sirvan de cauces para reparar las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE, sino también para intentar depurar las resoluciones judiciales de cualesquiera tipo de errores en los que hubieran podido incurrir.

Me parece que se puede afirmar que no ha habido en materia impugnativa una política legislativa de mínimos —o de constitucionalidad— que sea aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. Aun siendo desaconsejable una uniformidad de todas las leyes reguladoras de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, se echa en falta un mínimo denominador común, especialmente respecto de las que podrían considerarse “zonas comunes”. Tal es el caso, por ejemplo, del tratamiento que haya de dispensarse a las resoluciones judiciales incursas en vulneración de alguno de los derechos del art. 24.1 CE. Las contradicciones que han existido en la regulación del incidente de nulidad de actuaciones en los distintos textos legales, así como los problemas derivados de su articulación con otros instrumentos procesales, como el complemento de sentencias y autos, es buena prueba de ello. Otro dato más que apunta en esa dirección es el tratamiento que el legislador le ha dado a la casación en los distintos órdenes jurisdiccionales. Es evidente que la casación penal cumple un papel distinto que su homónima en el resto de los órdenes jurisdiccionales.

Descendiendo ya a cada uno de los órdenes jurisdiccionales, puede afirmarse que el más protegido desde el punto de vista de la ordenación de los recursos es el civil, en el que si bien se tutelan determinados derechos de la personalidad (estado civil,

capacidad, etc.) es el orden en el que por excelencia se ventilan asuntos relacionados con la propiedad.

Resulta llamativo que sea éste, el penal, el único orden jurisdiccional en el que, por los derechos fundamentales que se pueden ver involucrados, no haya llegado aún la gran reforma que se viene demandando desde hace tiempo y que vendría a despejar de toda duda la adecuación de nuestro sistema a las exigencias del CEDH y del PIDCyP. Sin duda, ha habido algún intento de avanzar en ello, tal y como lo demuestra la reforma de la LOPJ del 2003, que tuvo por objeto implantar, por fin, un doble grado de jurisdicción para los delitos más graves y que en la actualidad son objeto de conocimiento en única instancia por las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales. La adopción de esta medida, en tanto en cuanto atribuye la competencia para el conocimiento del recurso de apelación a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, seguramente llevará aparejada el abandono del sistema impugnatorio diseñado por la LEC de 2000, en especial en lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, cuya competencia para su conocimiento también atribuye la LEC a los Tribunales Superiores de Justicia. Naturalmente, la no implantación del mencionado recurso repercutirá también de forma decisiva en el diseño de la casación, toda vez que la nueva LEC lo estableció para el control del derecho sustantivo. Otra vez vuelve a ponerse manifiesto que no ha habido una reflexión pausada en la implantación del sistema impugnativo que tenga en cuenta a todos los órdenes jurisdiccionales. Habida cuenta de lo expuesto, hay que considerar que el sistema impugnativo debe ser considerado como un bien escaso, circunstancia que no se ha tenido en cuenta para acometer una reforma global del sistema, ya que lo establecido para el orden civil puede repercutir en otros órdenes jurisdiccionales. Algunas consecuencias de esta pésima política procesal han traído como consecuencia que, en la actualidad, el sistema impugnativo de la LEC sea consecuencia de un arreglo provisional, carente de la necesaria reflexión, que tuvo que introducirse mediante enmienda en el Senado para evitar que el orden jurisdiccional quedara desprovisto de algunos medios de impugnación.

Por lo que se refiere al orden contencioso-administrativo, la tardanza en la implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo trajo como consecuencia que durante años se instalara una única instancia con un ulterior control casacional limitado. Sin duda, la importancia de los derechos que se ventilan en dicho orden hubiera aconsejado otra cosa. Las importantes críticas doctrinales de las que se

ha dado cuenta no hacen más que corroborar esta idea. Aunque la Ley Jurisdiccional de 1998 vino a mejorar considerablemente las cosas, recientes reformas, como la operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, ha venido a restringir de nuevo el acceso a los recursos, especialmente el de casación.

Si, como ha señalado L. Díez-Picazo, el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido el derecho estrella del firmamento jurídico-constitucional español, me parece que el recurso de casación lo ha sido del Derecho Procesal, al menos en lo que se refiere a materia impugnativa. Así lo corrobora lo expuesto en páginas anteriores en relación con la ordenación de recursos en los distintos órdenes jurisdiccionales. La preocupación del legislador por alejarlo de constituir una tercera instancia así como por descargar de asuntos al Alto Tribunal, ha sido una de las prioridades esenciales del legislador. Las reformas de los años 1984 y 1992, la primera en relación con la casación civil y la segunda a propósito de la contencioso-administrativa, confirman esta tendencia que ha sido además corroborada por el peso atribuido a tal medio de impugnación extraordinario en la renovación de las distintas leyes de procedimiento. Al margen de que tales reformas hayan arrojado o no resultados en relación con la necesaria función de nomofilaxis del recurso de casación, que debería implicar resultados uniformizadores que garantizaran cierta igualdad en la aplicación de la ley, y de la integración del ordenamiento jurídico en su conjunto, es evidente que la casación, a diferencia de lo que sucedía en la etapa preconstitucional, ha dejado de actuar como “querrela de nulidad” por vicios de forma o de carácter procesal. O, expresado de otro modo: es innegable que el legislador ya no reserva a la casación ni al Tribunal Supremo un papel protagonista en la defensa de los derechos del artículo 24.1CE. El diseño del recurso de casación en la LEC de 2000 así lo evidencia y la regulación de este recurso extraordinario en el resto de los órdenes jurisdiccionales lo confirma. Este cambio radical en la función que ha de desempeñar la casación no ha tenido como contrapartida la instauración de otros mecanismos que, además del amparo constitucional, vinieran a colmar tal laguna. Más bien, ha habido etapas en las que ha sucedido lo contrario: el legislador no sólo alteró la casación para privarle de su papel universal de *querrela nulitatis*, sino que además suprimió simultáneamente otros instrumentos que servían a tal fin, como el incidente de nulidad de actuaciones. Es evidente que me estoy refiriendo a la reforma operada por la Ley 34/1984 sobre la LEC de 1881. Esta exaltación de la casación se ha traducido en que han proliferado en las distintas leyes procesales diversas variantes de la casación: así, además de la ordinaria y la prevista en

interés de la ley, se ha introducido en los órdenes social y contencioso-administrativo la casación para la unificación de doctrina.

Por el contrario, se ha echado en falta la preocupación del legislador por encauzar los medios de impugnación a una de sus finalidades que considero esenciales: la tutela de los derechos del art. 24.1 CE.

Hace ya tiempo se afirmó que “el Tribunal Supremo es el gran olvidado de la reforma judicial española que la norma fundamental de 1978 impuso (...). Hoy la deuda pendiente con el Tribunal Supremo se cifra, de modo principal, en haberlo dejado instalado en una paradójica situación de permanente provisionalidad en las fragmentarias reformas procesales que, de antiguo, ha experimentado o sufrido, según se mire, nuestro sistema procesal”. Las palabras que se acaban de citar fueron pronunciadas por P. Sala Sánchez en septiembre 1993 cuando ostentaba la Presidencia del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Aun reconociendo en ellas algún acierto, hay que discrepar, quizás, en relación con el lamento principal. Como se ha visto de forma detallada en el capítulo quinto de la tesis, no hay que olvidar que las reformas que hasta entonces había acometido el legislador democrático en relación con el sistema impugnativo, se habían centrado, sobre todo, en el recurso de casación y en hacer del Tribunal Supremo no un órgano judicial de tercera instancia, corrector de todo tipo de errores, sino de aproximarlo a una función de garantía de la unidad del sistema jurídico en su conjunto que cabe derivar de lo dispuesto en el art. 123 CE. Por entonces, cuando P. Sala Sánchez pronuncia esas palabras, ya se habían producido tres reformas procesales que afectaban, sobre todo, a la casación. Mediante éstas se redujo considerablemente el número de asuntos que podían tener acceso al Alto Tribunal y además se despojó a la casación del control de los errores y de la función de la *querella nullitatis* que había venido asumiendo desde antiguo. La gran importancia de la casación se tradujo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que fue desde 1992 y hasta 1998, el único recurso disponible, a excepción del amparo constitucional, que cabía interponer frente a las resoluciones de los TSJ si éstas habían incurrido en errores de hecho o de derecho cometidos por los órganos judiciales. Otra cosa es, naturalmente, que las reformas llevadas a cabo fueran o no satisfactorias y que el propio Tribunal Supremo supiera o pudiera aprovecharlas. Releyendo *El vértice ambiguo*, de M. Taruffo, y ciñéndome en este caso a la cuestión de la casación, quizás el error del legislador consistió en creer que este recurso extraordinario podría funcionar sin asegurar, en un nivel intermedio desde un punto de vista orgánico, una

primera depuración de los errores en los que incurrieran los órganos judiciales de primera instancia. Como afirma M. Taruffo, el éxito de la casación depende en buena medida de cómo se organice el sistema impugnativo y, de manera especial, la apelación o segunda instancia.

Lo cierto es que, mientras la casación trataba de “objetivarse”, el amparo no dejaba de “subjetivarse” y el TC se veía obligado a ocupar cada vez un espacio más amplio en la dispensa de la primera tutela de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y, en especial, de la prohibición de indefensión. De la casación se excluyó tempranamente el control sobre los hechos, y el TC, paralelamente, afirmaba el derecho a no sufrir error patente fáctico; también se le despojó a la casación de la función universal o general de *querella nullitatis* con el fin de posibilitar que el TS corrigiera los vicios formales causantes de indefensión y el TC, paralelamente, asumió que el recurso de amparo fuese un recurso común y general para reparar las situaciones causantes de indefensión debido, precisamente, a la falta de vías ordinarias para su tutela. En buena medida, la casación trataba de aligerarse a costa del amparo. No sé hasta qué punto el legislador, a la hora de acometer esta serie de reformas, era consciente de esta situación. Por todo lo anterior, creo que el TS, mediante las sucesivas reformas de la casación, no ha sido el gran olvidado contra lo que, como se ha visto antes, se llegó a afirmar.

A lo largo de las páginas que integran el capítulo quinto de la tesis, he intentado poner también de manifiesto si el legislador, a la hora de establecer el sistema impugnatorio en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, tuvo en cuenta la existencia del recurso de amparo y de los problemas que, año tras año, iban aquejando al Tribunal Constitucional como consecuencia del número creciente de aquellos, sobre todo en lo relativo a la tutela de los derechos del art. 24.1 CE. Aunque es evidente que ha existido abuso en la utilización del recurso de amparo, no es menos cierto que un repaso a la doctrina del Tribunal Constitucional, en especial de los años ochenta y noventa del siglo pasado, ponía en evidencia que éste estaba obligado a cubrir, a través del amparo, los déficit de tutela existentes en la jurisdicción ordinaria, incluso en los casos en los que los propios órganos judiciales ordinarios eran conscientes de la lesión cometida. Que en el año 1990 había un problema de falta de vías para la tutela del derecho de audiencia lo demuestra no sólo el importante número de amparos que tenían por objeto su tutela, sino también la STC 185/1990, que achacó esta laguna a que el legislador no había adecuado el sistema procesal a las exigencias del artículo 24.1 CE. Sin embargo,

como se ha expuesto de forma reiterada, me parece que la acentuación del problema de la falta de vías para la reparar las situaciones de indefensión se había agravado por la actuación del legislador en el año 1984, en el que limitó, por un lado, el acceso a la casación por quebrantamiento de forma, que dejó de ser un cauce universal para la tutela de los derechos del artículo 24.1; y, por otro, suprimió simultáneamente el incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC. Esta reforma contribuyó de manera decisiva, al menos en el orden civil, a que los casos en los que se producía una situación de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión fueran cada vez más numerosos. Lejos de intentar que el “agujero negro” creado tras la reforma de 1984 en el orden civil se redujera con el fin de dar más posibilidades a los órganos judiciales ordinarios de reparar las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión que llegaban al Tribunal Constitucional, no sólo lo vino a agrandar respecto de este orden jurisdiccional, sino que se instaló en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En este último orden jurisdiccional, los cambios llevados a cabo por el legislador desde la entrada en vigor de la Constitución no hicieron más que recortar o suprimir las vías que eran idóneas para la tutela de los derechos insertos en el art. 24.1 CE. No sólo se limitó el acceso a la casación que dejó de hacer las veces de una *querella nullitatis*, sino que además se suprimió el incidente de nulidad de actuaciones y se excluyeron del entonces llamado recurso extraordinario de revisión aquellos motivos en los que la injusticia de la sentencia se debía a que el órgano judicial había incurrido en la lesión de algunas proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, mientras la casación trataba de objetivarse, el amparo no dejaba de subjetivarse debido a que las sucesivas reformas procesales iban acrecentando el número de asuntos que sólo podían obtener la primera tutela de alguna de las vertientes del art. 24.1 CE a través de esta última vía.

En el único punto en el que el legislador miró a la jurisdicción constitucional a la hora de acometer la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, fue para importar a la casación tanto civil como contencioso-administrativa las causas de inadmisión del recurso de amparo conectadas con el fondo del asunto. Éstas se establecieron en la jurisdicción ordinaria con el fin de agilizar el trabajo de algunas Salas del Tribunal Supremo.

La pertinencia de preguntarse por las posibilidades de tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 CE cuando su lesión es producto de la actuación judicial,

adquiere todo el sentido en ese momento, en el que los asuntos sin otra tutela que el amparo no eran precisamente excepción.

Naturalmente y como ha debido quedar claro por lo expuesto en páginas anteriores, es absolutamente legítimo que el legislador introduzca reformas en la casación con el objeto de alejarla de una tercera instancia. Ahora bien, si el diseño de la casación que se pretende modificar asumía un papel central en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE, el legislador debe, cuando menos, establecer otros mecanismos que absorban el trabajo que dejará de realizar el Tribunal Supremo.

Sólo se ha observado un cambio en la actitud del legislador tras la nueva reintroducción del incidente de nulidad de actuaciones en el año 1997. No obstante, tal decisión, aun aliviando un poco las cosas y el “agujero negro” creado por las reformas anteriores, no se hizo con la diligencia necesaria. Si ha habido un instrumento procesal especialmente maltratado desde la entrada en vigor de la Constitución, ese ha sido el incidente de nulidad de actuaciones. Las imperfecciones en su redacción y la inseguridad jurídica que producía tanto en los litigantes como en los órganos judiciales lo presentaban, más que como un instrumento idóneo para la tutela de derechos, en un recurso inútil que debía utilizarse antes de acudir al amparo constitucional para tener por agotada la vía judicial previa. Como es sabido, el incidente ha sido constantemente tocado y retocado por el legislador, provocando incluso importantes disfunciones por haber sido objeto de regulaciones distintas tanto en la LEC como en la LOPJ. Este hecho, quizás, hace tremendamente discutible que haya sido el instrumento elegido por el legislador como contrapartida a la objetivación del recurso de amparo.

La reintroducción del incidente no ha sido el único instrumento procesal que, con más o menos acierto, ha sido establecido por el legislador con la finalidad de servir de primer cauce de reparación de los derechos del art. 24.1 CE. En el ordenamiento procesal contencioso-administrativo ha habido avances en este sentido. Por ejemplo, el hecho de que el legislador haya hecho apelables todas las decisiones de inadmisión de los Juzgados de lo contencioso-administrativo tiene por objeto la tutela de la vertiente nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva. Respecto a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social, su exposición de motivos permite comprobar cómo el legislador ha tratado de diseñar el recurso de suplicación teniendo en cuenta las disfunciones, sobre todo en orden a la vulneración de algunos derechos del art. 24.1 CE, que se habían señalado en la doctrina constitucional. Asimismo, ha incluido como motivo de

recurso de casación para la unificación de doctrina la infracción de la doctrina constitucional.

Ahora bien, no todo han sido luces en esta última etapa. Algunos instrumentos procesales, como el recurso extraordinario por infracción procesal y el incidente de complemento de sentencias y autos, aun creados únicamente para reparar las lesiones del art. 24.1 CE, no han conseguido lograr esa finalidad. El primero, porque no ha sido aplicado en los términos establecidos en el articulado de la LEC. Además y respecto del incidente de complemento de sentencias y autos, las confusiones que ha generado respecto del espacio que comparte con el incidente de nulidad de actuaciones tampoco dicen mucho a favor de la configuración que les ha dado el legislador. Debido a estas deficiencias, no pueden ser alegados por los estudiosos del Derecho para llegar a la conclusión de que, aun creadas las vías procesales por el legislador, no han dado los frutos esperados en sede constitucional.

Una de las grandes incoherencias que ha arrojado la regulación del sistema impugnativo ha sido precisamente esta: que, con la salvedad de lo dispuesto respecto a la revisión penal, en el resto de los órdenes jurisdiccionales han sido más impugnables las resoluciones judiciales que incurrieran en alguna de las lesiones de los derechos insertos en el art. 24.1 CE si habían sido vulnerados por cuestiones ajenas a la actuación del poder público que si el responsable de tal infracción había sido el juez. Tal extremo, reconocido asimismo por un sector doctrinal, lo ha resaltado el propio TC en algunas de sus sentencias en las que ha tenido que tutelar el derecho a ser oído en el proceso. De forma ilógica, la LEC siempre previó para estos casos la posibilidad de rescindir la sentencia dictada inaudita parte, mientras tal posibilidad no la tenía el litigante que no había comparecido ante el Juzgado por causas exclusivamente imputables al poder público, ya sea el órgano judicial o la Oficina judicial. Me parece que, al margen de compartirse la tesis propuesta en este trabajo acerca de que de la Constitución sí se deriva un derecho a la existencia de recursos o medios de rescisión o anulación de la cosa juzgada, se debería admitir que los casos en los que el ordenamiento permite la rescisión de las resoluciones judiciales que sean vulneradoras de algunas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión como consecuencia de la mala suerte —como acontece en relación con la audiencia al rebelde— o de la actuación de un tercero, debieran también comprender los casos en los que la lesión del derecho es imputable al poder público.

Por lo que respecta al incidente de nulidad de actuaciones como contrapartida a la objetivación del amparo, no hay que exagerar, desde un punto de vista procesal, su importancia en la tutela de los derechos del art. 24.1 CE. Será un instrumento de gran utilidad en aquellos casos en los que la vulneración del derecho se produzca como consecuencia de un error involuntario del juzgador. Ahora bien, se presenta como un mecanismo prácticamente ineficaz en aquellos casos en los que la vulneración del derecho lo sea como consecuencia de la actividad interpretadora del juez.

Me parece que no se ha resaltado suficientemente por la doctrina la importancia que el nuevo incidente de nulidad de actuaciones ha tenido desde un plano estrictamente sustantivo. Como se ha indicado en el último capítulo, durante muchos años las causas de nulidad de las resoluciones judiciales reguladas en la LOPJ no han incluido todas las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como el derecho ha sido interpretado por el legislador. Ha habido en realidad dos sedes en las que se contenían éstas: la ley por un lado y la jurisprudencia constitucional, por otra. Esta dualidad de listas determinantes de las causas de nulidad no ha dejado de crear inseguridad en los órganos judiciales y en los litigantes. En los órganos judiciales, porque a veces se han percatado de que han dictado una sentencia que debía considerarse nula por incurrir en infracción de doctrina constitucional y que, sin embargo, no podían llevar a efecto tal declaración porque el motivo de nulidad no estaba previsto en el art. 238 LOPJ y contra ellas no podía interponerse ningún recurso idóneo para su reparación. Y lo mismo ha pasado en relación con los litigantes: se han visto en la obligación de acudir al TC para instar la tutela de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de que el juez, de habérselo permitido la ley, hubiera estado en perfectas condiciones de dispensarla. En este sentido, se ha echado en falta una actualización por parte del legislador de las causas que, según la doctrina constitucional, pueden dar lugar a la nulidad de los actos procesales.

Sin embargo, el discurso doctrinal no siempre se ha movido en este plano, sino más bien en el contrario. En efecto, tal y como se ha podido comprobar cuando he explicado la evolución del incidente de nulidad de actuaciones, la doctrina procesalista ha hecho más hincapié en que los motivos que podían dar a la nulidad de actuaciones tuvieran coherencia con lo dispuesto en el art 238 LOPJ, que en que dicho instrumento procesal sirviera de cauce ampliatorio para permitir la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales vulneradoras de alguna de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión tal y como resulta de su interpretación por el TC. Sólo

desde esta perspectiva se explica que la LEC de 2000 excluyera la incongruencia omisiva de los supuestos que podían dar lugar a la nulidad de actuaciones.

Desde el año 2007, con la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, sobre el art. 241.1 LOPJ, las cosas han cambiado de forma sustancial. En realidad, el citado precepto no sólo regula un cauce procesal o procedimental anulatorio que viene a cerrar el sistema de garantías de los derechos del art. 24.1 CE, sino que además determina desde un punto de vista sustantivo o material las causas determinantes de la nulidad de las resoluciones judiciales, de tal manera que ya no son sólo las previstas en el art. 238 LOPJ, sino “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución”. Aunque el art. 241.1 LOPJ haga referencia a que a su través podrá declararse la nulidad de las resoluciones vulneradoras de cualquiera de los derechos previstos en el art. 53.2, en realidad su campo de acción tiene verdadera incidencia práctica en relación con los derechos del art. 24.1 CE.

Este nuevo tratamiento de la nulidad de los actos judiciales, insisto, desde un plano puramente sustantivo, no procedimental, tiene importantes consecuencias. La más destacable es que se reducen a la unidad las causas de nulidad de las resoluciones judiciales. La doble lista a la que antes he hecho referencia desaparece, de tal manera que ya no habrá unas causas de nulidad previstas en la Ley y otras en la doctrina del TC. Las ventajas de esta nueva regulación no pueden minusvalorarse ya que no obligan al legislador a estar mirando permanentemente al TC y a su doctrina sobre el art. 24.1 CE para verificar si éste crea nuevas vertientes del derecho y, además, le evitan caer en la tentación de ignorar o incluso repudiar la interpretación constitucional recaída en la materia. Por otra parte, el hecho de que la ley permita la declaración de nulidad en estos casos a los órganos judiciales, impide que estos supuestos deban ser tutelados por primera vez por el TC a través del recurso de amparo. Se trata, en definitiva, de dotar a los órganos judiciales de los mismos poderes que tiene el TC a la hora de aplicar la doctrina de éste.

Por lo que se refiere ya al nuevo recurso de amparo creado por el legislador orgánico a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, éste ha de alejarse de lo que ha venido siendo hasta hace bien poco. La inversión del trámite de admisión y la exigencia de que el asunto presente “especial trascendencia constitucional” así lo corrobora. Me parece que la nueva funcionalidad del amparo, una vez aclarado por el TC el concepto de “especial trascendencia constitucional” en la importante STC 155/2009, va a centrarse en relación con el art. 24.1 CE en los siguientes puntos. Por un lado, va servir

de instrumento para seguir permitiendo que el TC tenga la última palabra en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE). Naturalmente, en el nuevo modelo de amparo no puede llevarse a cabo tal cometido mediante la reiteración, tal y como era habitual hasta ahora. Es evidente que el amparo ha sido un instrumento por excelencia para afirmar de *facto* su *status* de supremo intérprete de la Constitucional. Tal función, en relación con los derechos del art. 24.1 ha sido especialmente visible, ya que ha permitido corregir a los órganos judiciales que se han apartado de su doctrina. En la actualidad el amparo sirve también a esa finalidad de diversas maneras. En primer lugar, porque de conformidad con lo establecido en los apartados a) y b) del FJ 2º de la STC 155/2009, el TC va a poder seguir teniendo la última palabra en relación con la interpretación judicial de cualquier ley que sea vulneradora de alguno de los derechos del art. 24.1 CE. Y en relación con las sustantivas, sólo para censurar por inconstitucionales aquéllas que sean arbitrarias o irrazonables, lo que sucederá de forma excepcional. El recurso de amparo se presentará, así, como una especie de recurso de casación en interés de doctrina constitucional. Algunas de las sentencias que ha dictado el TC en aplicación de la nueva Ley, lo han sido, en buena parte para cumplir esta función.

También a través de lo que disponen los apartados f) y g) del FJ 2º de la STC 155/2009, podrá el TC corregir las infracciones por parte de los órganos judiciales de la doctrina constitucional. En estos casos, el amparo seguirá sirviendo como un mecanismo de control al Poder Judicial. Ahora bien, éste, el control de los órganos judiciales a través del amparo, podrá deslizarse y acabar siendo un control al legislador en aquellos casos en lo que la doctrina constitucional se haya excedido como consecuencia del principio de interpretación conforme. Y es que me parece que una de las funcionalidades del nuevo amparo debe ser la de incidir más en la garantía frente al legislador, que frente al juez.

Las deficiencias que en la tutela de los derechos fundamentales presenta el control de la ley, también pueden ser corregidas mediante el amparo como necesario complemento para la tutela y eficacia de los derechos en aquellos casos en los que la ley, aun declarada conforme a la Constitución, sea inconstitucional *ad casum*. Los apartados b) y c) del F.J. 2º de la STC 155/2009, pueden dar cobertura a estas propuestas.

Los resultados que, de momento, arroja el nuevo recurso de amparo en relación con el art. 24.1 CE ponen de manifiesto, con carácter general, que se ha producido un

giro, no sólo en la regulación del amparo, sino también en su tratamiento por parte del TC. Quizás, aunque esto está por ver, puede observarse que la Sala Segunda del Tribunal Constitucional sigue anclada en el antiguo modelo de amparo de casos.

Antes de terminar las conclusiones, me gustaría hacer un último apunte. La tesis no ha pretendido exponer lo acontecido en el pasado. Es una tesis para el futuro. Aunque no parezca probable que el recurso de amparo vuelva ser sobre todo un amparo “de casos”, el TC español no está exento de que se le vuelva a presentar una situación en la que tutela generalizada de una determinada vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva dependa, con carácter general, de su protección o garantía a través del amparo constitucional. Como se ha expuesto en relación con el caso alemán, cuyo legislador ya dotó hace años de instrumentos al TCF para “escoger lo verdaderamente importante” en la jurisdicción de amparo, ello no ha impedido que el TCF tenga que desconocer su propia Ley reguladora, en especial los preceptos referidos a la admisión del amparo, para garantizar el genérico de derecho de audiencia en un número importante de casos ante la falta de vías procesales de tutela en la jurisdicción ordinaria. Tampoco el ordenamiento español está libre de esta posibilidad. Por ello, la regulación del sistema impugnatorio en su conjunto, incluyendo también las acciones de rescisión y anulación de sentencias así como la regulación de las causas de nulidad de las resoluciones judiciales, no pueden desconocer en el futuro las limitaciones legales que impiden al TC dispensar una tutela generalizada de determinados derechos contenidos en el artículo 24.1 CE. Y el TC, al analizar la legislación procesal, no puede ya sostener que la *mens legislatoris* o la *inteligencia de la ley*, al dejar sin las necesarias garantías de tutela determinadas vertientes del derecho, lo que hace en realidad es residenciar la tutela de determinados derechos en el TC a través del recurso de amparo constitucional.

BIBLIOGRAFIA

Aberastury, P. (coord.), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción*, Buenos Aires, 2009.

Aguado Renedo, C., “La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

Aguiar de Luque, L., “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 10, 1981.

Ahumada Ruiz, M., “El control de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 8, 1991.

Ahumada Ruiz, M., “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

Ahumada Ruiz, M. “<Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional). A propósito de <El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano>, de Ana Laura Magaloni Kerpel.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 67, enero-abril 2003.

Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Cizur Menor, 2005.

Ahumada Ruiz, M., “Certiorari y criterios de selección en la última instancia: qué casos, cuántos casos”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010.

Alcalá-Zamora Castillo, N., en adiciones sobre la doctrina y legislación española al *Derecho Procesal Civil* de J. Goldschmidt, Barcelona, 1936.

Almagro Nosete, J., “El libre acceso como derecho a la jurisdicción” *Consideraciones de Derecho Procesal*, Barcelona, 1987.

Almagro Nosete, J., “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006.

Almagro Nosete, J., *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980.

Alonso Olea, M., “Recurso de amparo y recurso de casación para la unificación de doctrina”, *El Proceso Laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, 2001.

Alonso Olea, M., “Sobre la Historia de los procesos de trabajo”, *Revista de Trabajo*, núm. 15, 1966.

Alonso Olea, M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969.

Amores Conradi, M., "Constitución Española y proceso civil internacional. Un balance", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, T. II Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid, 2005.

Aragón Reyes, M., "Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: Control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia", en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Vol I, Madrid, 1981.

Aragón Reyes, M., "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo", *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coords. J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa, México, 2002.

Aragón Reyes, M., "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009.

Aragón Reyes, M., "Debate sobre las ponencias" *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010.

Aragón Reyes, M., "El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal." *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 28, 2011.

Aragoneses Alonso, P., "Notas sobre la casación y la jurisprudencia", *Revista de Derecho Procesal*, num.1, 2005.

Arrese Iriondo, M^a.N., "Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo", *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Dir. I. Lasagabaster Herrarte, Madrid, 2004.

Bachmaier Winter, L., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1996, de 30 de enero", *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, Madrid, 1996, T. XIV.

Bachmaier Winter, L., "Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 271/1994 de 17 de Octubre", *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1996.

Bachmaier Winter, L., "Inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa: el discutible requisito de acudir previamente a la audiencia al rebelde en los casos de sentencias dictadas inaudita parte", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88. 1998.

Bachmaier Winter, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.

Bachmaier Winter, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista de Derecho Procesal*, num.1, 2007.

Bacigalupo Zapater, E. “Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada <doble instancia>)”, *Actualidad Penal*, num.12, 2002.

Bacigalupo Zapater, E. *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002.

Banacloche Palao, J., “Disposiciones Finales”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con A. de la Oliva y otros, 2001.

Bastida Freijedo, F.J., *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Barcelona, 1986.

Bilbao Ubillos, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, 1997.

Bonet Navarro, J., *Casación Penal e infracción de precepto constitucional*, Navarra, 2000.

Bonet Navarro, J., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000.

Borrajo Iniesta, I., “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 43, enero-abril 1995.

Borrajo Iniesta, I., “El empecinamiento en la nulidad de actuaciones” *Tribunales de Justicia* núm. 1, enero 1998.

Borrajo Iniesta, I., “Sombras sobre la reforma del incidente de nulidad de actuaciones: una réplica”, *Tribunales de Justicia* núm. 3, marzo 1998.

Borrajo Iniesta, I., "El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones", *El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes*, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, mayo-agosto, 2000.

Borrajo Iniesta, I., “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006.

Borrajo Iniesta, I., “¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental?”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Vol.II, 2008.

Borrajo Iniesta, I., “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo”, *Teoría y Derecho*, núm. 3, 2008.

Borrajo Iniesta, I., Díez Picazo Giménez, I. y Fernández Farreres, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la Jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995.

Burgos Herrera, E., “El recurso de suplicación por motivos procesales”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, dir. B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro, Valladolid, 2005.

Cabañas García, J.C., "Crónica de jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Septiembre 2007/Agosto 2008)", *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente? Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2009.

Cabañas García, J.C., “El recurso de amparo que queremos. (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010.

Calamandrei, P., “Vicios de la sentencia y medio de gravamen”, publicado en febrero de 1915 en Florencia, en edición fuera de comercio. Reproducido en *Studi sul processo civile*, Vol. I. (Traducción española, Buenos Aires, 1961).

Calamandrei, P., *La casación Civil*, ed. Argentina, Buenos Aires, 1945, T.I, vol. I y II y T.II.

Calderon Cuadrado, M.P., *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada, 1996.

Cancer Lalanne, E., “La Constitución como motivo de casación”, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999.

Cappelletti, M., “Le garanzie costituzionali delle parti nel processo civile italiano”, *Giustizia e società*, Milano, 1972.

Carmona Cuenca, E., “El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coords. J. García Roca y P. Santolaya, Madrid, 2009.

Carrasco Durán, M., “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001.

Carrasco Duran, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002.

Carrillo, M., “La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*.

Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC, con G. Fernández Farreres, E. Fossas Espalader y A. Garrorena Morales, Valencia, 2008.

Casas Baamonde, M.E., “Los recursos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990”, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, coord. Alarcón Caracuel, Madrid, 1991.

Casas Baamonde, M.E., “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de sentencias”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 1, 2004.

Casas Baamonde, M.E., “Nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2004.

Catalina Benavente, M.A., *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el art. 53.2 de la CE*, Valencia, 2010.

Chamorro Bernal, F., *El artículo 24.1 de la Constitución. El derecho de libre acceso a los Tribunales*, T. I., Barcelona, 2005.

Chiovenda, J., *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, 1906.

Chiovenda, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, T.II, Madrid, 2000, reimpresión de la primera ed.

Colmenero Guerra, J.A., *El recurso de suplicación*, Valencia, 2001.

Comoglio, L.P., “Commentario al art. 24 della Costituzione”, *Comentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Rapporti civili, Zanichelli-II Foro Italiano, Bolonia, 1981.

Conde-Pumpido Tourón, C. “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento Constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004.

Córdoba Castroverde, D., “El amparo judicial en los contencioso-administrativo”, *Amparo judicial. Jurisprudencia Constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 27, 1994.

Cortes Domínguez, V., *Derecho Procesal. Proceso Penal*, T. II, Valencia 2002.

CORTES GENERALES, *Documentación Preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 94, 1992.

CORTES GENERALES, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Trabajos Parlamentarios*. Madrid, 1998.

Couture, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, 3ª ed. 18ª reimp, 1997.

Cruz Villalón, J., “La unificación de doctrina legal en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral”, *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*, con F. Valdés Dal-Ré, Madrid, 1991.

Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

Cruz Villalón, P., “El recurso de amparo constitucional I. El juez y el legislador”, VVAA, *Los procesos constitucionales, Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Madrid, 1992.

Cruz Villalón, P., “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, 1994.

Cruz Villalón, P., “Justicia constitucional y jurisdicción constitucional”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999.

Cruz Villalón, P., “La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999.

Cruz Villalón, P., “Nota: Derechos fundamentales”, *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, 1999.

Cruz Villalón, P., “Constitución y tiempo: primera década”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999.

Cruz Villalón, P., “Derechos Fundamentales”, *Temas básicos de Derecho Constitucional, T. II: Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*, coord. M. Aragón Reyes, Madrid, 2001.

Cruz Villalón, P., “Acotaciones al proyecto de reforma constitucional”, *La reforma de la justicia constitucional*, con E. Espín Templado, G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006.

Cruz Villalón, P., “El estado del Tribunal Constitucional”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 191, 2009.

Damián Moreno, J., “Aspectos procesales de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ”, *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Navarra, 2006.

Damián Moreno, J., *El Derecho y su garantía jurisdiccional (estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Madrid, 2009.

Damián Moreno, J., González-Cuellar Serrano, N. y Garberí Llobregat, J., *La reforma procesal*, Madrid, 1992.

De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

De Otto, I., *Sistema de fuentes*, Barcelona, 1993.

Delgado del Rincón, L.E., “La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública durante del S XIX español: análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la Justicia”, *Revista de Estudios Políticos* núm. 98, 1997.

Delgado del Rincón, L.E., *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”; *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998.

Desdentado Bonete, A., “Introducción: las fases de la reforma procesal, su alcance y las reglas de aplicación temporal”, *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, con P. Cachón Villar, Pamplona, 1996.

Desdentado Bonete, A., “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina” *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, 2001.

Desdentado Bonete, A., “La afectación general. Una vía polémica”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro (dir.), Valladolid, 2005.

Desdentado Bonete, A., “La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo”, *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007.

Díez-Picazo Giménez, I., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, con I. Borrajo Iniesta y G. Fernández Farreres, Madrid, 1995.

Díez-Picazo Giménez, I., “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, con A. de la Oliva Santos, Madrid, 1996.

Díez-Picazo Giménez, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, 1996.

Díez-Picazo Giménez, I., "El artículo 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho Procesal: Breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital", *La Constitución y la práctica del Derecho*, Dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, T. I, Navarra, 1998.

Díez-Picazo Giménez, I., “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia* núm. 2, 1998.

Díez-Picazo Giménez, I., “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho), en *El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes*, Cuadernos de Derecho Público núm. 10, Madrid, 2000.

Díez-Picazo Giménez, I., “Libro II. Título IV.- De los recursos” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2001.

Díez-Picazo Giménez, I., “Medios de rescisión y nulidad de sentencias firmes”, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con A. de la Oliva Santos, Madrid, 2004.

Díez-Picazo Giménez, I., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007.

Díez-Picazo Giménez, L.M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid 1991.

Díez-Picazo Giménez, L.M., *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994.

Díez-Picazo Giménez, L.M., “Introducción a la Mesa 2: <Tribunal Constitucional y derechos fundamentales>”, *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2007.

Díez-Picazo Giménez, L.M., “Derecho a la tutela judicial efectiva”, *Temas básicos de derecho Constitucional. Derechos fundamentales y su protección*, dir. M. Aragón Reyes y C. Aguado Renedo, T. III, 2011.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Notas sobre el Derecho a la tutela Judicial efectiva”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1985.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010.

Espín Templado, E., "Comentarios al Anteproyecto de reforma de la LOTC", *La reforma de la justicia constitucional*, con G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006.

Fairén Guillén, V., “Las ideas de Piero Calamandrei y la recepción del recurso de casación en España”, *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. XXX-Curso 1956-57. Cuaderno III-Derecho, 1956.

Fairén Guillén, V., “Jurisdicción ordinaria y Jurisdicción de Trabajo”, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969.

Fairen Guillén, V., “Notas sobre Jurisdicciones especiales (Tribunal de Orden Público y Jurisdicción Castrense)” *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, enero-marzo 1971.

Fairén Guillén, V., “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución”, *Revista Administración Pública* núm. 89, 1979.

Fernández Farreres, G., *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 58/2004, Madrid, 2005.

Fernández Farreres, G., "Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005", *La reforma de la Justicia Constitucional*, con E. Espín Templado y P. Cruz Villalón, Cizur Menor, 2006.

Fernández Farreres, G., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el sistema de recursos contra sentencias en el proceso de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”, *La Ley*, T. 1994-4.

Fernández Farreres, G., “Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española”, *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007.

Fernández Farreres, G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994.

Fernández Rodríguez, T.R., y Santamaría Pastor, J.A., “Comentarios de urgencia a la reforma parcial de la jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 10/1973, de 17 de marzo)”, *Revista de Administración Pública* núm. 70, enero-abril 1973.

Fernández-Villaverde, L., en “Las causas de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública* núm. 104, 1984.

Ferreres Comella, V., *Justicia Constitucional y democracia*, 2º ed., Madrid, 2007.

Ferri, C., “La revocazione e l’opposizione di terzo. Il giudicato”, *Lezione sul processo civile I. Il processo ordinario*, con L. P. Comoglio y M. Taruffo, Bologna, 2006.

Flauss, J.F., “Le droit à un recours effectif. L’article 13 de la Convention européenne des droits de l’home”, *Revue Universelle des droits de l’home*, 1991.

Gabaldón López, J., “¿Hacia un amparo judicial?”, *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXVII, 1994.

Garberí Llobregat, J., “STS de 24 de febrero de 1992: Nulidad de actuaciones en el proceso civil, interpretación superada y actual del artículo 240 de la LOPJ” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28 (enero-mayo 1992).

Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, 2008.

Garberí Llobregat, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cizur Menor, 2009.

García de Enterría, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública* núm. 38, mayo-agosto 1962.

García de Enterría, E., “El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública* núm. 42, 1963.

García de Enterría, E., “Los daños colaterales del colapso judicial”, *Otrosí*, Colegio de Abogados de Madrid, 2001.

García de Enterría, E., “La Constitución, la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Constitución y Poder Judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003.

García de Enterría, E., “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003 y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos”, *Revista de Administración Pública* núm. 163, enero-abril 2004.

García de Enterría, E., Linde Paniagua, E., Ortega, L.I., Sánchez Morón, M. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1983, 2ª ed.

García Manzano, P., “Respuesta a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, E. Espín Templado, G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón, Cizur Menor 2006.

García Manzano, P., “Las vías judiciales previas al amparo”, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, 1981.

García Roca, J., “La cifra del amparo constitucional y su reforma”, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia 2004.

García Roca, J., *El margen de interpretación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, 2010.

García-Calvo y Montial, R., “El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la intermediación. A propósito de la STC 167/2002”, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. XV, 2003.

García-Maltrás de Blas, E., “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y TEDH: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible”, *InDret* núm. 2/2007.

Garcimartin Montero, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 2002.

Garrido Falla, F., “Los cambios de jurisprudencia del Tribunal Constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 97, enero-marzo 1998.

Garrorena Morales, A., “La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas par una crítica”, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, con M. Carrillo, G. Fernández Farreres y E. Fosas”, Valencia, 2008.

Gil Robles, A., *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Gimeno Sendra, V., “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, T. XVII, 1996.

Gómez Montoro, A., "El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *La Constitución y la práctica del Derecho*, Dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, T. I, Pamplona 1998.

Gómez Montoro, A., “Comentario al artículo 40”, *Comentarios a la Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, coord. J. L. Requejo Pagés, Madrid, 2001.

Gómez Montoro, A., “Comentario al artículo 50”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. J.L. Requejo Pagés, Madrid, 2001.

Gómez Montoro, A., "Los derechos procesales del artículo 24.2", *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, coord. C. Viver, Valencia, 2006.

González Cuellar, N., “Los actos procesales” en *Curso de Derecho Administrativo*, con V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y J. Garberí Llobregat, Valencia, 1994.

González Pérez, J., *Derecho Procesal Administrativo*, T. III, 1967.

González Pérez, J., *Manual de Práctica Forense Administrativa*, Madrid, 1988.

González Pérez, J., “Los obstáculos a la Justicia Administrativa”, *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994.

González Perez, J., (Dr.) *Tribuna sobre la reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1997.

González Pérez, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 2001, 3ª ed.

González Salinas, P., “Recurso de amparo prematuro, nulidad de actuaciones improcedente y recurso de amparo extemporáneo. ¿Dónde está la garantía de una tutela judicial efectiva?” *Revista Española de Derecho administrativo* núm. 116, 2002.

Guasp, J., “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, Vol. IX, Madrid, 1944.

Guasp, J., *Derecho Procesal Civil*, T.II (Parte especial) Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 3ª ed. corregida, 1968.

Guasp, J. y Aragonese, P., *Derecho Procesal Civil, t. II, Procesos Especiales y Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 1998.

Häberle, P., “El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, *El derecho de amparo en el mundo*, coords. H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor, Mexico D.F., 2006.

Hernández Ramos, M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009.

Hernández Ramos, M., “¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el TC? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión”, *Revista de las Cortes Generales* núm. 81, 2010.

Huellin Martínez de Velasco, J., "El derecho a la ejecución de las sentencias. El derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los procedimientos judiciales", *El artículo 24 de la Constitución: Algunos problemas pendientes*, Cuadernos de Derecho Público, mayo-agosto, 2000.

Izquierdo Sans, C., “La inesperada relevancia del incidente de nulidad de actuaciones”, *Otrosí*, núm. 8, octubre diciembre de 2011.

Jiménez Aparicio, E., “Sobre el principio de legalidad procesal” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 362, 22 de octubre de 1998, Navarra, 1998.

Jiménez Campo, J., “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995.

Jiménez Campo, J., “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, con F. Rubio Llorente, Madrid, 1998.

Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, 1999.

Jorge Barreiro, A., “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, *La Ley*, 1994.

Lambert Abdelgawd, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político* núm. 69, 2007.

Lorca Navarrete, A. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Valencia, 2000.

Loredo Colunga, M., *La casación civil. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2004.

Lorente Sariñena, M., “Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria”, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la revolución francesa. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1990.

Manresa Navarro, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. VII, Madrid, 1958.

Marín Castan, F., *Las causas de inadmisión del recurso de casación civil*, Madrid, 1997.

Martín Calcerrada y Gómez, L., *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril*, Madrid, 1992.

Martín Retortillo, C. “El recurso extraordinario de apelación en la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo”, *Revista de Derecho Procesal* núm. 4, 1963.

Martín Valverde, A., “La actividad jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: evolución desde 1985 a 1994”, *Relaciones Laborales* núms. 1 y 2, 1996.

Martín Valverde, A., “Naturaleza y funciones del recurso de suplicación en la jurisdicción social”, *Resoluciones recurribles en suplicación*, dirs. B. Ríos Salmerón y A. V. Sempere Navarro, Valladolid, 2005.

Martínez Escribano, A., “El marco constitucional del amparo judicial ordinario”, *Amparo Judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal civil y contencioso-administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 27, 1994.

Martín-Retortillo Baquer, S., “La desviación de poder en Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, enero-abril 1957.

Matía Portilla, F.J., “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009.

Mendizábal Allende, R. de, “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006.

Mercader Ugina, J., “«Error patente» y límites del control del Tribunal Constitucional sobre la legalidad ordinaria (breves reflexiones al hilo de la STC 43/2002, de 25 de febrero)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 118, 2003.

Mercader Ugina, J., Nogueira Gustavino, M., *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, 2005.

- Montañés Pardo, M.A., “La <especial trascendencia constitucional> como presupuesto del recurso de amparo”, *Otrosí* núm. 1, enero, 2010.
- Montero Aroca, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982.
- Montero Aroca, J., “La reforma de las Salas de lo Civil y Penal”, *Poder Judicial*, núm. 24, 1991.
- Montero Aroca, J., *La reforma de los procesos civiles: comentarios a la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal*, Madrid, 1993.
- Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991, 12ª ed.
- Moreno Catena, V. y otros, *Derecho Procesal. Parte General*, T. I, Valencia, 1991.
- Moreno Catena, V., “La revisión y la audiencia al rebelde”, *Derecho Procesal*, T.I, Vol. II, con V. Cortés Domínguez, V. Gimeno Sendra y J. Almagro Nosete, Valencia, 1991, 5ª ed.
- Moreno Catena, V., Cortes Domínguez, V., y Gimeno Sendra, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 1993.
- Moreno Catena, V., “Otros recursos de casación”, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, con V. Gimeno Sendra, J. Garberí Llobregat y N. González-Cuéllar Serrano, Valencia, 1994, 2ª ed.
- Moreno Catena, V., Prólogo a la primera edición del *Código Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación complementaria*, Madrid, 2004.
- Moreno Catena, V., "Sobre el Derecho de defensa: cuestiones generales", *El derecho de defensa*, *Revista Teoría & Derecho* núm. 8, 2010.
- Morón Palomino, M. *La nulidad en el proceso civil español*, ed. AHR, Barcelona, 1957.
- Nieto, A., “El recurso de revisión previsto en el apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963.
- Nieto, A., *El desgobierno judicial*, Madrid, 2004.
- Nogueira Gustavino, M., “La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007”, *Revista de Derecho Social* núm. 51.
- Oliva Santos, A. de la, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*. Barcelona, 1980.
- Oliva Santos, A. de la, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Barcelona, 1988.

- Oliva Santos, A. de la, *Sobre la cosa juzgada. Civil, Contencioso-Administrativa y penal, con examen de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991.
- Oliva Santos, A. de la, "Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión", *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, escrito con I. Díez-Picazo Giménez, Madrid, 1996
- Oliva Santos, A. de la, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000
- Oliva Santos, A. de la, "Comentarios a los artículos 225 a 231 de la LEC de 2000", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2001
- Oliva Santos, A. de la, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao, Madrid, 2001
- Oliva Santos, A. de la, "El derecho procesal penal", *Derecho Procesal penal*, A. de la Oliva y otros, Madrid, 2003, sexta ed.
- Oliva Santos, A. de la, Díez-Picazo Giménez, I., Vega Torres, J., Banacloche Palao, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001
- Oliva Santos, A. de la, y Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, 1996
- Ortells Ramos, M., "Los medios de impugnación y los recursos: marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración", *La justicia procesal*, Madrid, 2009
- Ortiz Díaz, J. "El precedente administrativo", *Revista Española de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1957
- Otto, I. de, *Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 3ª reimpresión, 1993
- Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989
- Padura Ballesteros, M.T. de, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, 1998
- Pera Verdaguer, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956*, Barcelona, 1969
- Pérez Ragone, A.J. y Ortiz Pradillo, J.C., *Código Procesal Civil alemán [ZPO]. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Montevideo, 2006

- Pérez Tremps, P., “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente con el legislador”, *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, vol. II
- Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985
- Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Valencia, 2004
- Picó y Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997
- Pizzorusso, A., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004
- Plaza, M. de la, “La casación civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944
- Prieto Castro, L., *Derecho Procesal Civil*, vol. I. ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1968
- Prieto Castro, L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, T. II, Primera Parte, Madrid, 1961
- Pulido Quecedo, M., “De la negación del derecho al acierto del Juez... al error patente como motivo de amparo. A propósito de la STC 107/2002, de 6 mayo (RTC 2002/107)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, núm. 8
- Punset Blanco, R., “Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución”, *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Santiago de Compostela, 1996
- Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008
- Requejo Pagés, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989
- Requejo Pagés, J.L., “El derecho de acceso a los recursos”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, vol. I, dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez-Simancas, Pamplona, 1998
- Requejo Pagés, J.L., *El recurso de amparo constitucional, una propuesta de reforma*. Fundación Alternativas, Documentos Seminarios y Jornadas 11/2005
- Requejo Pagés, J.L., “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, enero-abril 2006
- Requejo Pagés, J.L., “Debate sobre las crónicas”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010
- Requejo Pagés, J.L., “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Base de conocimiento jurídico. Derecho Constitucional III*, 2012

- Rodríguez Álvarez, J.L., “Seleccionar lo importante: La reciente reforma del trámite de admisión de la «Verfassungsbeschwerde»”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, 1994
- Rodríguez-Patrón Rodríguez, P., *La <autonomía procesal> del Tribunal Constitucional*, Cizur Menos, 2004
- Rodríguez-Piñero Royo, M.C., “El recurso de casación para la unificación de doctrina: revisión crítica”, Madrid, 1999
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Jurisdicción y justicia constitucional” en *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Proceso de Trabajo y Justicia constitucional”, *El proceso Laboral. Estudios Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, 2004
- Royo-Villanova, S., “Lo Contencioso-Administrativo en los Estados totalitarios” en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 107, 1941
- Rubio García, T., “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución* núm. 16, 2002
- Rubio Llorente, F., “Constitución y derechos fundamentales”, *La forma del poder*, Madrid, 1993
- Rubio Llorente, F., “El recurso de amparo” *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, con J. Jiménez Campo, Madrid, 1997
- Rubio Llorente, F., “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional”, *La forma del poder*, Madrid, 1997
- Rubio Llorente, F. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa” incluido en F. Rubio y J. Jiménez, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998
- Rubio Llorente, F., “Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003
- Rubio Llorente, F., “El Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, 2004
- Rubio Llorente, R. y Aragón Reyes, M. “La jurisdicción constitucional”, *La Constitución Española de 1978*, dir. A. Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1980
- Ruiz-Risueño Montoya, F. M., “El control de los decretos legislativos en el ordenamiento español”, *El Gobierno. Problemas constitucionales*, coord. M. Aragón Reyes, Ángel J. Gómez Montoro, CEPC, 2005

Sáez Lara, C., “Tutela judicial efectiva y proceso de Trabajo” *Comentarios a la Constitución Española*, dirs. M.E. Casas Bahamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Madrid, 2009

Sáez Lara, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004

Saiz Arnaiz, A., “El derecho a un proceso «dentro de un plazo razonable» y la necesaria existencia de remedios nacionales ante su vulneración. Un trascendental cambio en la jurisprudencia del TEDH”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2000

Saiz Arnaiz, A., “El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional”, *Revista española de Derecho Europeo*, 2003

Sala Sánchez, P., *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de derechos fundamentales. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el solemne año inaugural del año judicial el día 12 de septiembre de 1994*, Madrid, 1994

Sala Sánchez, P., “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, Tribunal Supremo, Madrid, 1995

Sala Sánchez, P., “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, 2004

Sánchez Blanco, A., “La unidad de doctrina en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero- diciembre 1983

Schulz, “Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 2003

Schwabe, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jurgen Schwabe*, Berlín 2009

Serra Domínguez, M. “Comentario a los artículos 742, 745 y 758”, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. V. Cortés Domínguez, Madrid, 1985

Serra Domínguez, M., “Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979

Serra Domínguez, M., Prólogo al libro de J. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997

Serra Ferrer, M., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Sierra Gil de la Cuesta, I., PÉREZ LÓPEZ, E., y Orteu Cebrián, F., *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2002.

Solozábal Echavarría, J.J., “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”, *Revista Estudios Políticos*, núm. 105, 1999.

Sommermann, K.P., “La admisibilidad del recurso de amparo en Alemania”, *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las Actas XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010.

Soriano García, J.E., “¿Alguna esperanza de flexibilización en la casación?” *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 113, enero-marzo 2002.

Taruffo, M., “La protección judicial de los derechos en un estado constitucional”, *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, 2009.

Taruffo, M., “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”, *Páginas sobre Justicia Civil*, 2009.

Taruffo, M., *Il vértice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile*, Bolonia 1991 (traducción al castellano, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra, Lima, 2005).

Trocker, N., “Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’ <azione> nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’ uomo” (Parte prima), *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 61, núm. 1, 2007, Giuffrè, Milano.

Trocker, N., “Dal giusto processo all’effettività dei rimedi; l’ <azione> nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (Parte Seconda)”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 61, núm.1, 2007.

Urías Martínez, J., “Sobre las sentencias del control de leyes, “Crónicas de jurisprudencia constitucional. (Septiembre de 2005-agosto de 2006), *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007.

Urías Martínez, J., “Crónicas de Jurisprudencia constitucional sobre las sentencias de control de leyes (septiembre 2005-agosto 2006)”, *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Cuadernos y Debates núm. 175, 2007.

Valdés Dal-Re, F., “La nueva planta de la jurisdicción del orden laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986.

Vecina Cifuentes, J., “Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Jueces para Democracia*, núm. 40, 2001.

Villa Gil, L. E. de la, “Puntos críticos del recurso de casación para la unificación de doctrina”, *Derecho y Proceso*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001.

Villar Romero, J.M^a, *Comentarios a la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1957.

Viver i Pi-Sunyer, C, “El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma”, *Democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002.

Viver i Pi-Sunyer, C., “Diagnóstico para una reforma”, V.V. A.A., *La reforma del recurso de amparo*, Valencia 2004.

Viver i Pi-Sunyer, C., “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006.

Viver i Pi-Sunyer, C. y López, H., "Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión", *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, 2006.

Viver i Pi-Sunyer, C. (coord.), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia, 2006.

Vives Antón, T. “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” en *Poder Judicial*, núm. Especial II, Justicia penal 1987.

Vives Antón, T., “Respuestas a la encuesta”, *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006.

VV.AA., *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950.

VV.AA., *Del modo de arreglar la Justicia. Informes y Propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000.

VV.AA., *La delimitación de funciones entre las Jurisdicciones Constitucional y Ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*”, Madrid, 1994.

VV.AA., *Los Jueces contra la dictadura. (Justicia y Política en el franquismo)*, Madrid, 1978.

VVAA, Informe de la “Comisión Benda”, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission*, Bundesministerium der Justiz (ed.), Bonn, 1998.

Xiol Ríos, J. A., “Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal” en *La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, Valencia, 1992, T.III.

Xiol Ríos, J. A., “El recurso de casación para la unificación de doctrina (Artículo 102-A de la Ley 30/1992, de medidas urgentes de reforma procesal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, mayo 1994.

Xiol Ríos, J.A., “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo, <Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en el proceso constitucional de amparo>”, *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1996.

Xiol Ríos, J. A., “La posición constitucional del Tribunal Supremo” en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2004.

Zapirain Bilbao, A., “La precaria delimitación de fronteras entre motivación irrazonable e incongruencia omisiva y su repercusión sobre el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ. Un recorrido por las SSTC 218/2003 y 83/2004”, *Aranzadi Social* núm. 15, 2005.