

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN TRAS LA «OBJETIVACIÓN» DEL RECURSO DE AMPARO

**ALICIA GONZÁLEZ ALONSO**

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EL** presente trabajo tiene por objeto analizar si los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española (CE), en la forma en que sean interpretados por el Tribunal Constitucional (TC), deben ser objeto de alguna protección jurisdiccional, ya sea esta ordinaria o constitucional. La reforma operada por el recurso de amparo mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, está suponiendo una pérdida de protagonismo en la tutela de estos derechos por parte del TC, lo que lleva necesariamente a asegurar la garantía de estos derechos por parte de los órganos judiciales ordinarios. Esta conclusión, en el caso español, ha llevado al legislador a ampliar el objeto del incidente de nulidad de actuaciones regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El nuevo protagonismo que los órganos judiciales deben adquirir en la garantía de estos derechos se aborda en el presente estudio teniendo en cuenta el ordenamiento alemán y especialmente la importante Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de abril de 2003, en la que el Alto Tribunal insta al legislador para crear cauce de tutela del genérico derecho de audiencia mediante el establecimiento de remedios procesales (Abhilfemöglichkeit).

**Palabras clave:** recurso de amparo, tutela judicial efectiva, garantías de los derechos del proceso, medios de impugnación.

# THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS GUARANTEED BY ARTICLE 24 § 1 OF THE CONSTITUTION AFTER THE INSTITUTION OF AN «OBJECTIVE SYSTEM» OF AMPARO APPEAL

**ALICIA GONZÁLEZ ALONSO**

*Profesora Asociada de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> *Premio Estudios Financieros 2012* en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itz'iar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**T**HIS article examines whether the rights protected by article 24 § 1 of the Spanish Constitution, irrespective of their content as interpreted by the Constitutional Court, should be protected by the courts. The reform of the amparo appeal by Act 6/2007, of 24 May, has relegated the Constitutional Court's role in the protection of these rights, the role of the ordinary courts in this regard having been strengthened by the legislature by an enlargement of the scope of the appeal for the annulment of the proceedings as laid down in the Judicature Act. This new prominent role of ordinary courts in the protection of these rights is examined having regard to the German legal system, particularly to the important Federal Constitutional Court's judgment of 30 April 2004 in which it invited the Parliament to institute a judicial remedy (*Abhilfemöglichkeit*) for the protection of the generic right to be heard.

**Keywords:** amparo/constitutional appeal, effective judicial review, protection of procedural rights, means of judicial redress.

# Sumario

1. Introducción
2. El nuevo amparo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.
  - 2.1. La especial trascendencia constitucional: un nuevo criterio para la admisión del amparo.
  - 2.2. ¿Un sistema de selección o de admisión de asuntos?
  - 2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009: una aproximación al concepto de trascendencia constitucional y su posible aplicación en los amparos en los que se invoque el artículo 24.1 de la Constitución Española.
  - 2.4. Los amparos con trascendencia constitucional dictados en relación con los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución Española.
3. La necesaria existencia de vías procesales para la tutela de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española por la jurisdicción ordinaria.
  - 3.1. La doctrina constitucional española a propósito de la protección jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española: crítica y propuesta de reforma.
  - 3.2. La experiencia alemana: la importante Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de abril de 2003.
  - 3.3. Semejanzas y diferencias entre el sistema alemán y el español.
4. La piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular.
  - 4.1. La contrapartida a la objetivación del amparo: la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones.
  - 4.2. ¿Un recurso efectivo para la tutela de los derechos fundamentales? Las repercusiones de su establecimiento en el amparo constitucional
  - 4.3. La «trascendencia constitucional» del incidente de nulidad de actuaciones.
  - 4.4. ¿Amparo contra resoluciones erróneas del incidente de nulidad de actuaciones?

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha modificado de forma sustancial tanto el recurso de amparo como el incidente de nulidad de actuaciones. El hecho de que el legislador haya considerado necesario reformar de forma simultánea ambos instrumentos requiere una reflexión para verificar, sobre todo, si tal decisión responde a solo a cuestiones de oportunidad política o, por el contrario, se ha llevado a cabo por derivarse así de la Constitución.

Como podría apreciar cualquier atento lector de la doctrina constitucional, el TC ha jugado un papel decisivo desde su instauración a la hora de dispensar una *primera* tutela de los derechos contenidos en el artículo 24.1 de la CE. En estos casos, el recurso de amparo no ha funcionado como un recurso subsidiario que solo cabe interponer cuando ha resultado frustrada la tutela solicitada al órgano judicial ordinario, sino que como se afirmó por el Alto Tribunal en la STC 185/1990, ha sido también un «recurso común y general» para dispensar una *primera* tutela de estos derechos. Situar al recurso de amparo en esta posición en el sistema jurisdiccional de garantías lleva aparejado también que el TC pasa a desempeñar, en relación con la tutela de estos derechos, una función idéntica a la del resto de los órganos judiciales, lo que conlleva importantes problemas. Es cierto que la reiteración inicial de tal fenómeno ha decrecido con el paso de los años y que el amparo, como instrumento para dispensar una primera tutela de alguno de estos derechos, ha pasado a convertirse en la mayoría de los casos en un mecanismo de garantía de carácter subsidiario. No obstante, tal situación ha perdurado con más o menos intensidad hasta el año 2007 en el que, como ya se ha expuesto, el legislador ha optado no solo por modificar el régimen legal del recurso de amparo constitucional sino también el del incidente de nulidad de actuaciones. Solo desde el mes de mayo del año 2007 se permite al órgano judicial declarar la nulidad de las actuaciones judiciales por la vulneración de cualesquiera vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión tal y como han sido configuradas por el TC. Con anterioridad a la citada fecha, la nulidad de actuaciones solo podía declararse por alguna de las causas establecidas en el artículo 238 de la LOPJ que, como es evidente, no contempla todas y cada una de las vertientes de los derechos del artículo 24.1 de la CE cuya infracción puede dar lugar a la inconstitucionalidad de una resolución judicial.

En las siguientes páginas se abordará el alcance de ambas reformas y finalizará con una propuesta partiendo de la experiencia alemana y de la importante Sentencia dictada el día 30 de abril de 2003 por el Pleno del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán.

## 2. EL NUEVO AMPARO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 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 cuantitativa <sup>1</sup>. 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 TC y los órganos judiciales ordinarios en el ejercicio de su función de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos». En las siguientes páginas, me ocuparé de exponer someramente las nuevas exigencias previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) en relación con la admisión del recurso de amparo, la forma en que han sido interpretadas por el TC y, por último, cómo se han aplicado en relación con los derechos del artículo 24.1 de la CE.

### 2.1. La especial trascendencia constitucional: un nuevo criterio para la admisión del amparo

La principal novedad que la Ley Orgánica 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 artículos 14 a 29 de la CE para determinar su admisión, sino que además es preciso que el «recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del TC en razón de su especial trascendencia constitucional» [art. 50.1 b) LOTIC]. La propia LOTIC, en el mismo precepto, concreta que tal trascendencia se apreciará «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 LOTIC 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 sobre el fondo 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 este 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 menor <sup>2</sup>, el artículo 49.1 *in fine*, establece además que,

<sup>1</sup> «Comentario al artículo 50», *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. J.L. REQUEJO PAGÉS, Madrid, 2001, pág. 800.

<sup>2</sup> El resto de los requisitos exigidos en la LOTIC para la admisión del amparo están previstos en los artículos 41 a 46. Aunque son prácticamente idénticos a los que se exigían antes de reforma, me parece conveniente hacer referencia a ellos, some-

«[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 solo deba atenerse 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 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 objetivos»<sup>3</sup>. 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 este merezca una resolución de fondo por parte del Tribunal. 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 TC y determinaría la inadmisión del recurso de amparo por ausencia de especial trascendencia constitucional ex artículo 50.1 b) de la 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 implica que el amparo *es*, dentro del conjunto de garantías del sistema, un instrumento en el que cabe recabar la tutela de los derechos fundamentales una vez que esta 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 este recurso constituya hoy por hoy un instrumento instaurado para tutelar, con carácter general, derechos fundamentales.

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

---

ramente, en nota: 1. Que los derechos fundamentales cuya tutela se impetre sean susceptibles de amparo constitucional (arts. 14 a 29). 2. Que se haya dado oportunidad a los órganos judiciales de reparar el derecho fundamental vulnerado. Tal exigencia requiere, no solo 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 artículo 43, o de 30 días si se trata de un recurso del artículo 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.

<sup>3</sup> *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, 1999, pág. 107. *Vid.*, también en este sentido, P. PÉREZ TREMPES, *El recurso de amparo*, Valencia, 2004, pág. 31.

lesión de derechos cuya tutela se impetire haya causado un perjuicio especialmente grave al recurrente. Se trata, en definitiva, de acoger la fórmula alemana incluyendo un supuesto de admisión, distinto y diferenciado al de la especial trascendencia constitucional, que permita al TC tutelar determinados casos solo en atención de la especial gravedad de los perjuicios generados al solicitante de amparo. 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»<sup>4</sup>.

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 artículo 49.1 c) de la 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 artículo 49.4 de la LOTC<sup>5</sup>. 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 Ley Orgánica 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 Auto del TC (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 recurso goza de trascendencia constitucional, solo puede apreciar que concurre dicha causa de admisión el propio TC. Razonar sobre la trascendencia constitucional y que el asunto efectivamente la tenga son cosas distintas<sup>6</sup>. El hecho de que esto sea así, no ha impedido que

<sup>4</sup> Son dos los factores que me permiten mostrarme optimista en este sentido. Uno de ellos es que el fundamento jurídico 2.º de la STC 155/2009, al que aludiré más tarde, no ha dejado cercenada totalmente esa posibilidad. Por un lado porque no contiene un catálogo cerrado de los motivos que pueden dar a un recurso la «especial trascendencia constitucional» que es precisa para su admisión a trámite. Por otro porque en el motivo previsto en su apartado f) puede residenciarse alguno de estos supuestos. El segundo de los factores tiene que ver con la fórmula escogida por el TC para determinar cuando procede la admisión de un recurso de amparo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007. En varias resoluciones (ATC 188/2008, STC 155/2009) el TC ha declarado que «la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será suficiente por sí sola para admitir el amparo». A mi modo de ver, llama especialmente la atención que el TC se haya decantado por el término «mera» para referirse a las vulneraciones de derechos que pueden ser objeto de tutela a través del recurso de amparo. Según la Real Academia Española (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». Si tomamos al pie de la letra el significado de tal adjetivo, podemos llegar a la conclusión de que el TC quizás, ha elegido tal adjetivo no solo para excluir del ámbito del amparo aquellas lesiones de derechos fundamentales que sean puras y simples, es decir que no tengan mezcla de otra cosa –la «especial trascendencia constitucional»–, sino también para posibilitar la admisión del amparo en aquellos casos en los que la lesión del derecho no sea «insignificante».

<sup>5</sup> 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, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el artículo 49.4 de la LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)».

<sup>6</sup> 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.

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 amparo<sup>7</sup>, al margen de que el asunto tenga *de facto* especial trascendencia constitucional, cuya apreciación, como se ha expuesto, le corresponde en última instancia al TC<sup>8</sup>. 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 Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (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 Ley Orgánica 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»<sup>9</sup>.

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 artículo 49.1 *in fine*, en relación con la justificación de la especial trascendencia constitucional. Son tres, principalmente, las 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 artículo 50.1 b) de la LOTC<sup>10</sup>. 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 artículo 49.1 de la 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 senti-

<sup>7</sup> *Vid.*, entre otros, el ATC 26/2012.

<sup>8</sup> 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 en que 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 aquellos que les han confiado su defensa».

<sup>9</sup> 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», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, en especial pág. 350 y ss.

<sup>10</sup> Pueden verse en este sentido las SSTC 15 y 143/2011.

do, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 9 de noviembre de 2004 (*caso Sáez Maeso c. España*) apreció que el artículo 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»<sup>11</sup>. 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 objeto de subsanación por el recurrente mediante la presentación de un escrito complementario<sup>12</sup>.

## 2.2. ¿Un sistema de selección o de admisión de asuntos?

Si el disenso en cuanto a lo que necesitaba el amparo era extendido en la doctrina antes de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, 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 todo aquello que quiera<sup>13</sup>. 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 alto Tribunal 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 TC, en el sentido que podría equipararse, si el Tribunal en algún momento así lo considera, a una implantación del *certiorari*.

<sup>11</sup> En el mismo sentido que esta sentencia, pero sin hacer alusión expresa a la jurisprudencia del TEDH, se pronuncia la STC 145/2011.

<sup>12</sup> El reciente ATC 24/2012 confirma este extremo.

<sup>13</sup> *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.

Cuestión bien distinta es lo que el Tribunal esté haciendo con la reforma que, considero, solo en apariencia ha apostado por un sistema de admisión, pero no de selección<sup>14</sup>. 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 imposible en relación con lo que el Tribunal considera inadmisibile. Tampoco ayuda a tener una aproximación al criterio mantenido por el TC el hecho de que los amparos se inadmitan mediante providencia inmotivada. El que pueda afirmarse que quizás se haya instalado un *certiorari* en la práctica del Tribunal no sería de extrañar, ya que, como han sostenido algunos autores, el TC venía operando de esta manera ya antes de la reforma de 2007 en relación con lo que accedía al Tribunal<sup>15</sup>. 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 es 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 aquellos (amparos) que le pueden resultar incómodos. Eso no es *certiorari* tampoco. Eso es otra cosa»<sup>16</sup>.

A pesar de lo que se ha escrito, la reforma operada sobre el amparo no solo exige que el concepto «trascendencia constitucional» opere *solo* en la fase de admisión, sino también, y *sobre todo*, en la de decisión<sup>17</sup>. El hecho de que un asunto merezca una decisión del TC no debe estar solo en manos del aplicado y excelente abogado que es capaz de argumentar en la demanda que el asunto 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 solo al objeto de «agilizar» el trámite de admisión. Las razones enumeradas en el artículo 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 amparos de los motivos que le llevaron a admitir el caso por revestir trascendencia constitucional en aquellos casos en los que no es evidente que concurra la misma. No se pretende, con la anterior afirmación, exigir que el TC haga explícitos en cada uno de los amparos los motivos que le llevaron a sostener

<sup>14</sup> Vid. en este sentido, J.L. 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».

<sup>15</sup> Vid. en este sentido J.L. 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 50.1 c) (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-SUYER, «Diagnóstico para una reforma», *La reforma del recurso de amparo*, coord. P. PÉREZ TREMPES, Valencia 2004, pág. 38.

<sup>16</sup> «Debate sobre las crónicas», *La defensa de los derechos fundamentales...*, cit., pág. 515.

<sup>17</sup> Algunos autores que se han referido a la reforma del amparo, han incidido en que la objetivación se produce «solo en su fase de admisión». C. IZQUIERDO SANS («La inesperada relevancia del incidente excepcional de nulidad de actuaciones», *Otrosí* núm. 8, 2011, pág. 20) afirma respecto a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que esta estableció «las bases para modificar el carácter subjetivo predicable hasta entonces del recurso de amparo y establecer un recurso objetivo, aunque solo en su fase de admisión.» La cursiva es añadida.

que el asunto merecía una respuesta por parte del Alto Tribunal. Habrá casos en los que sea tan evidente que el amparo reviste la especial trascendencia constitucional que sería una simple formalidad exigir al TC una motivación en este sentido. No obstante, creo que debería consignarse en aquellos otros supuestos en los que no es fácil llegar a tal conclusión. Más adelante y cuando se analice con detalle la doctrina constitucional recaída hasta el momento, volveré sobre este asunto.

### 2.3. La Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009: una aproximación al concepto de trascendencia constitucional y su posible aplicación en los amparos en los que se invoque el artículo 24.1 de la Constitución Española

Aunque más tarde que pronto, el TC decidió clarificar a través de una importante sentencia<sup>18</sup> del Pleno algunos criterios para determinar cuando un asunto reviste la especial trascendencia constitucional para poder ser admitida a trámite. Se trata de la importante STC 155/2009, y más concretamente de su fundamento jurídico segundo. 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 futuro<sup>19</sup>. Algunos autores que se han ocupado del estudio de esta resolución, ya han sugerido la necesidad de que el TC amplíe los supuestos enunciados en ella<sup>20</sup>.

Los motivos que, según la meritada sentencia gozan de especial 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 de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la 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

<sup>18</sup> 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 LOTC 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.

<sup>19</sup> 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 opondría, 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».

<sup>20</sup> 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 LOTC», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010, pág. 39 y ss.) 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.

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 TC, es decir, al incumplimiento del artículo 5.1 de la 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 fundamento jurídico segundo de 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 TCF alemán<sup>21</sup>. Con todo, la enumeración o formulación del catálogo parece más propia de la labor del legislador que de un TC, 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 «especial 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 artículo 24.1 de la 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 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 incapaz<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta ahora los derechos del artículo 24.1 de la CE, este motivo dador de trascendencia constitucional, puede originarle serios problemas al TC. Como es de sobra sabido, son muchas las vertientes del artículo 24.1 de la 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»<sup>23</sup>. Bajo esta premisa, el TC elude elaborar una doctrina que sirva de guía para

<sup>21</sup> 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 haciendo fuera (especialmente en Alemania) y ha intentado obtener de ellas las mejores enseñanzas posibles. Nada más».

<sup>22</sup> 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 solo ha sido aplicada a otros supuestos.

<sup>23</sup> En reiteradísimas ocasiones y en relación con una buena parte de las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y de la prohibición de indefensión, el TC ha apelado a que las circunstancias concurrentes en el caso resultan decisivas a los efectos de juzgar la vulneración del derecho. Solo a modo de ejemplo se citan a continuación algunas concreciones de este fenómeno. En relación con el derecho a obtener una resolución judicial suficientemente motivada,

todos los casos y apostar por el control de cada caso concreto. Ciertamente, esta forma de enfocar las cosas no es exclusiva de nuestro TC. 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 artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>24</sup>. 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 auténtico «coladero», si se me 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 constitucional<sup>25</sup>. ¿Podrán estos casos subsumirse en el primer apartado de los enu-

el TC ha declarado que «el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no solo 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» (STC 122/1991). Asimismo, y en relación con los supuestos de incongruencia omisiva ha establecido en la STC 198/1990: «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 de un derecho fundamental. Antes bien, en cada caso deberán tenerse en cuenta las circunstancias que en el mismo concurren 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». También en relación con la prohibición de indefensión, el TC ha establecido en la STC 6/1992: «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, FJ 1.º).

<sup>24</sup> 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, pág. 12, apdo. 29)». La cursiva es añadida.

<sup>25</sup> 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 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.

merados 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 atendrá 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 TC, 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 que 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 artículo 24.1 de la CE. Un cambio o modificación legal en el sistema de garantías de los derechos insertos en el artículo 24.1 de la 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, 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 artículo 24.1 de la CE, pudiera ser admitida a trámite por el TC. 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.

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 sucede 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 artículo 24.1 de la CE asegurarse la primacía a la que se refiere el artículo 123 de la 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 solo órgano judicial (incluida una sola Sala del TS).

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.

#### **2.4. Los amparos con trascendencia constitucional dictados en relación con los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución Española**

Si existían dudas acerca de cómo el TC iba a gestionar el nuevo amparo <sup>26</sup>, estas 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, respecto a 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 artículo 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 explicité en los fundamentos los motivos por los que aprecia en el caso concreto «la especial trascendencia constitucional del asunto». De las 35 sentencias <sup>27</sup> que, salvo error por mi parte, han sido dictadas en amparo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, desde el año 2009 hasta 2011 (inclusive) y en las que se aduce la sola vulneración de alguno de los derechos del artículo 24.1 de la CE, tan solo 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 aspecto <sup>28</sup>.

Las sentencias dictadas en relación con los derechos del artículo 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 Tribunal 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 género <sup>29</sup>, si surten efecto las comunicaciones procesales a través de fax <sup>30</sup>,

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Tal y como apunto en texto principal, solo he tomado en consideración aquellas en las que se aduce la lesión del artículo 24.1 de la 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.

<sup>28</sup> Estas son: 58 y 95/2010 y 17, 59, 60, 89, 143, 145, 165 y 186/2011.

<sup>29</sup> STC 67/2011, en el que se toma en cuenta el elemento teleológico de la protección integral.

<sup>30</sup> STC 58/2010.

si se vulnera el derecho del menor a ser oído en relación con el régimen de visitas de uno de sus progenitores<sup>31</sup>, si las garantías del artículo 24 de la CE son aplicables en la conciliación civil –que ni es preceptiva ni persigue el ejercicio de la jurisdicción civil<sup>32</sup>– 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 entrega<sup>33</sup>.

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 artículo 24.1 de la 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 investigadas<sup>34</sup>. 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 TC. Y lo anterior por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, porque una lectura atenta de las sentencias 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 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 TC 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 fundamento jurídico segundo de la STC 155/2009, que creo que no es otro que hacer explícito y alertar a la generalidad de los órganos judiciales de 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 Ley Orgánica 6/2007 y expli-

<sup>31</sup> 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 Ley Orgánica 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de separación y divorcio.

<sup>32</sup> STC 155/2011.

<sup>33</sup> 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 artículo 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.

<sup>34</sup> 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.

citado 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 constitucional<sup>35</sup>. 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 solo 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 ha corregido las resoluciones judiciales que han sido dictadas por órganos judiciales que han mostrado su negativa a acatar doctrina constitucional reiterada<sup>36</sup>. Por último, la posible lesión del artículo 24.1 de la CE también ha dado lugar a varias sentencias que plantean cuestiones jurídicas de relevante y general repercusión social o económica o que tenga unas consecuencias políticas generales. Es el caso de las SSTC 183/2011<sup>37</sup>, 123/2011<sup>38</sup>, 60/2011<sup>39</sup> y 43 y 44/2009<sup>40</sup>.

No obstante, el hecho de que el TC haya dictado sentencias en materia de 24.1 de la 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 esta 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. No obstante, conviene tener este dato muy en cuenta pues sería del todo indeseable la convivencia en el propio seno del TC de políticas de admisión tan dispares. Para permitir al lector contrastar mis conclusiones analizaré a continuación, de forma somera, las sentencias que creo, carecen del requisito de la especial trascendencia constitucional y que, vuelvo a insistir, han sido dictadas todas ellas por la Sala Segunda del Tribunal.

<sup>35</sup> Vid. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007», cit., págs. 189-190.

<sup>36</sup> SSTC 59 y 195/2010 y 59 y 133/2011.

<sup>37</sup> 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».

<sup>38</sup> Se modifica un fallo a través de un auto aclaratorio que afectaba a los resultados de las elecciones al Ayuntamiento de Barcelona.

<sup>39</sup> Se trata de un amparo electoral.

<sup>40</sup> Estas dos últimas interpuestas contra sentencias dictadas por la Sala 61 del Tribunal Supremo (TS) en relación con ilegalización de partidos políticos.

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 objetivado<sup>41</sup>. Lo mismo hay que decir de la STC 38/2011. Debido a que 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 TC 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 incurrir 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 RUIZ es posible descubrir entre los casos decididos por el TS 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»<sup>42</sup>.

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 TCF corrige también los fallos de los tribunales ordinarios en la 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)»<sup>43</sup>. No obstante, de ser así, no

<sup>41</sup> La Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia (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 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.

<sup>42</sup> Según M. AHUMADA («*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 corriente, a costa del sacrificio de otros de impacto mayor».

<sup>43</sup> «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 TCF a

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 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. Habrá que esperar un tiempo para comprobar cuál de ellos se instala definitivamente en el Tribunal.

### 3. LA NECESARIA EXISTENCIA DE VÍAS PROCESALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Tras lo que se acaba de exponer en relación con la transformación sufrida por el amparo constitucional, se puede afirmar que la necesaria protección o garantía de los derechos del artículo 24.1 de la CE debe asegurarse en la jurisdicción ordinaria. Dejando a un lado los titubeos de la Sala Segunda del TC de los que se acaba de dar cuenta, hay que concluir que el recurso de amparo ha dejado de ser un instrumento «común y general» para dispensar una primera tutela de estos derechos, por lo que deberán ser los órganos judiciales ordinarios los que en un futuro aseguren su garantía. Si hasta ahora la gran preocupación que generaba a los constitucionalistas la tutela de estos derechos era precisamente las disfunciones que tal cometido generaba no solo en el recurso de amparo sino en la jurisdicción constitucional, ahora debe trasladarse esa misma preocupación a asegurar que los órganos judiciales cuenten con instrumentos eficaces para llevar a cabo tal cometido. En las siguientes líneas se analizan algunos problemas que genera esta cuestión.

No obstante, antes de entrar de lleno es importante llamar la atención en este momento sobre las premisas en las que se basa todo lo que se expondrá a continuación. La primera es que los derechos del artículo 24.1 de la CE, además de garantías del resto de los derechos, son también derechos fundamentales que requieren de tutela judicial para poder ser afirmados como tales<sup>44</sup>. Así lo ha considerado nuestro TC y también el TCF alemán en su importante Sentencia de 30 de abril de 2003 a la que más tarde aludiré. Según ha mantenido este último, un Estado de derecho que no garantiza el

---

una competencia general de justicia, respecto de la cual ciertamente existe el peligro de que sean dejados 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».

<sup>44</sup> Son varios los juristas que sostienen esta tesis. Entre los constitucionalistas, *vid.* por todos, L. AGUIAR DE LUQUE, «Las garantías de los derechos fundamentales en la CE», *Revista Derecho Político*, núm. 10, 1981, pág. 109. Entre los procesalistas, *vid.* I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «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. 154.

derecho de audiencia en el proceso, no puede ser considerado como tal. El segundo presupuesto es que hay que admitir que es imposible que el ordenamiento procesal pueda dotar de una primera protección judicial a todos los supuestos en los que se lesiona cualquiera de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión. Téngase en cuenta que en el proceso judicial de garantía del derecho, al ser jurisdiccional, siempre se podría volver a vulnerar cualquier otra vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva o 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. Como en algún momento hay que poner fin a las disputas judiciales, pues la seguridad jurídica es también un bien protegido por el ordenamiento jurídico, no se admite una cadena ilimitada de recursos o de acciones de anulación o rescisión. Ahora bien, el que esto sea así no debe impedir que el ordenamiento jurídico procesal deba diseñarse de tal manera que procure que la mayor parte de las lesiones de los derechos del artículo 24.1 de la CE tengan alguna vía de reparación ante los órganos judiciales ordinarios.

### **3.1. La doctrina constitucional española a propósito de la protección jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española: crítica y propuesta de reforma**

Nuestro TC ha dedicado muchos esfuerzos a dotar de contenido al artículo 24.1 de la CE. Así, ha extraído hasta ocho vertientes o proyecciones del genérico derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho de acceso a la jurisdicción; a los recursos legalmente establecidos; a obtener una resolución judicial congruente, motivada y fundada en Derecho, esto es, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente y dictada de conformidad con el sistema de fuentes constitucionalmente establecido; a la ejecución de las resoluciones judiciales así como a su invariabilidad o intangibilidad; derecho a que una misma persona no reciba resoluciones contradictorias por parte de un mismo órgano judicial; y la garantía de indemnidad. Asimismo, y como un derecho autónomo y diferenciado del anterior, la prohibición de toda situación de indefensión. Creo que ha existido una evidente desproporción entre el alcance y la amplitud que el TC ha conferido a estos derechos y la doctrina recaída a propósito de las vías a través de las que ha de dispensarse la tutela de estos derechos. Cuestiones tan importantes como las implicaciones que el artículo 53.2 de la CE tiene respecto de este asunto o, más aún, si es constitucionalmente admisible que la ordenación del sistema procesal otorgue un papel protagonista al recurso de amparo constitucional en la tutela de estos derechos, no han sido abordadas con la suficiente atención por parte del TC y, en las pocas ocasiones en las que se ha referido a las mismas no lo ha hecho, desde mi punto de vista, de forma satisfactoria.

El *leading case* es, sin duda, la STC 185/1990, resolutoria de una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 240.2 de la LOPJ en su redacción original. Dicho precepto impedía a los órganos judiciales declarar la nulidad de actuaciones una vez hubiera recaído sentencia definitiva en el proceso, aun en los casos en los que la resolución fuera vulneradora de cualquier precepto legal o constitucional, e incluso en aquellos en los que tal vulneración se hubiera producido por una actuación involuntaria del órgano judicial, «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 remedios aplicables por

los Tribunales ordinarios»<sup>45</sup>. De forma coherente con este último planteamiento, el TC decidió analizar la cuestión en los siguientes términos: «El inciso cuestionado del artículo 240.2 de la LOPJ únicamente resultaría, pues, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva si del artículo 24.1 de la CE, en relación con su artículo 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 aquella por los propios tribunales ordinarios y no solo 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 amparo».

Así pues, se le presentó al TC una disyuntiva absolutamente distinta a la que hasta ahora había venido resolviendo. En efecto, si hasta ese momento había reiterado en diversas ocasiones que «única instancia e indefensión no son términos correlativos»<sup>46</sup>, queriendo significar con tal alusión que la previsión por parte del legislador de una única instancia no implica per se ninguna objeción desde la perspectiva constitucional, lo que se le planteó el juez constitucional en la STC 185/990 fue el problema inverso: si en los casos en los que existe una fundada indefensión es necesaria su corrección a través de algún mecanismo procesal. A pesar de ser esta la cuestión principal que subyacía, el TC la resolvió en los siguientes términos: ¿es necesaria la tutela de tales derechos a través de mecanismos procesales distintos al recurso de amparo constitucional? Esta última perspectiva fue la que centró el debate procesal, por lo que pasó a ocupar 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 deriva un derecho a cualesquiera mecanismos judiciales para tutelar las situaciones de indefensión manifiestas. En el fondo, me parece, que el TC admite, aunque no de forma explícita que sí deben existir remedios jurisdiccionales para llevar a cabo la tutela de estos derechos, pero concluye negando que estos tengan que ser necesariamente judiciales.

El TC declaró la constitucionalidad de tal precepto, entre otras razones, en la existencia del recurso de amparo y en la posibilidad de que los ciudadanos impetraran la tutela del TC ante la falta de mecanismos judiciales para llevarla a efecto. Como señaló en su día I. Díez PICAZO GIMÉNEZ, de la citada doctrina cabe deducir *contrario sensu* que, de no haber existido el recurso de amparo, la STC 185/1990 hubiera tenido que declarar la inconstitucionalidad de la ley o, en su lugar –añado yo–, haber negado que el derecho de audiencia deba ser objeto de una primera tutela jurisdiccional<sup>47</sup>. En efecto, de no haber existido el recurso de amparo, el TC no habría tenido más remedio que admitir que el ordenamiento jurídico procesal contara con mecanismos que posibilitaran la corrección, anu-

<sup>45</sup> Fundamento jurídico 2.º de la STC 185/1990. La cursiva es añadida.

<sup>46</sup> 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 segunda instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal, por lo que no se viola la Constitución cuando 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 en el proceso como en la resolución que puso fin al mismo se observaron las obligaciones derivadas del artículo 24.1 de la CE.

<sup>47</sup> La primera de las apuntadas es la conclusión a la que llega I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, con A. DE LA OLIVA SANTOS, Madrid, 1996, pág. 157.

lación o rescisión de las resoluciones judiciales vulneradoras del derecho a ser oído en el proceso. O en otras palabras: asumir que de la Constitución se deriva un derecho a la existencia de recursos, entendido estos últimos en un sentido amplio, es decir, no limitado a los medios de impugnación sino también las acciones anulatorias, las rescisorias y los remedios judiciales.

Por las propias garantías de las que están revestidas la función jurisdiccional y las resoluciones judiciales, no parece posible acudir a fórmulas no jurisdiccionales para dispensar una primera tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 de la CE cuando su vulneración se produce en la resolución judicial definitiva<sup>48</sup>. Ni el poder legislativo ni el ejecutivo están en condiciones de llevar a cabo tal cometido. Al margen de lo anterior, nuestro derecho positivo, en el artículo 18 de la LOPJ dispone que «las resoluciones judiciales solo se podrán dejar sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes». Así, una resolución judicial que ha devenido firme desde una perspectiva formal por no disponer el ordenamiento jurídico de más instrumentos para ser impugnada, solo puede ser rescindida o anulada por los órganos judiciales ordinarios a través de las acciones de rescisión o anulación. Fuera de estos remedios contra la cosa juzgada –y a falta de medios de impugnación– no hay posibilidad de dejar una resolución judicial sin efecto, salvo que se impetre la protección del TC a través del recurso de amparo. Debido a que en la actualidad el recurso de amparo no constituye un remedio general de garantía de los derechos insertos en el artículo 24.1 de la CE, creo que no hay más remedio que concluir que de la Constitución sí se deriva un derecho a los recursos, entendidos estos en un sentido amplio, es decir, incluyendo también las acciones de nulidad y rescisión de las resoluciones judiciales firmes.

La tesis que se acaba de plantear –que puede deducirse de alguna manera de la STC 185/1990– es claramente contradictoria con la también sostenida por el TC en relación con el derecho a los recursos y su vinculación al legislador. Como es de sobra sabido, el Tribunal solo reconoce el derecho al recurso en aquellos casos en los que está previsto por la ley, sin que quepa derivar de la Constitución un derecho a la previsión de cualquiera de ellos salvo en el orden penal. Hasta tal punto se ha mostrado convencido de esta doctrina, que ha llegado a afirmar, incluso de forma reiterada, que sería no solo constitucional, sino también posible y real la eventualidad de que todos desaparecieran salvo en el orden penal<sup>49</sup>. Esta doctrina del TC ha sido respaldada de forma mayoritaria por la doctrina tanto constitucionalista como procesalista. Es más, algunos autores han considerado incluso que fue un exceso del TC incluir tal derecho como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>50</sup>. Han

<sup>48</sup> Tal como ha afirmado J.L. REQUEJO PAGÉS (*Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, págs. 200-201) 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 Derecho. De ahí, que sean las resoluciones judiciales los actos emanados del Estado que tienen unos niveles más importantes de irrevocabilidad.

<sup>49</sup> La expresión generalmente utilizada por el TC es la siguiente: «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 el orden penal». Dicha expresión se contiene por primera vez en la importante STC 37/1995, dictada por el Pleno del TC, con el fin de matizar la distinta eficacia con la que opera el principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción y a los recursos. Desde entonces y hasta el año 2008, se ha incluido en un sinnúmero de sentencias y autos referidos al derecho de acceso a los recursos.

<sup>50</sup> *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 LÓPEZ GUERRA, Madrid, 1992, págs. 118-119.

sido pocas las voces que se han manifestado en contra de las tesis sostenidas por el Tribunal. Las críticas doctrinales no han sido unidireccionales. Mientras que un grupo de autores rechaza de plano tales conclusiones por los graves perjuicios que ello comportaría para nuestro sistema judicial, otros creen que una lectura sistemática de la Constitución obliga a su establecimiento<sup>51</sup>. Entre los segundos, no todos analizan desde la misma perspectiva el problema planteado. Mientras para un sector doctrinal, el derecho a la existencia de medios de impugnación o de recursos se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 9.3, 14, 24 y 123.1 de la CE, con el fin de garantizar la efectiva igualdad en la aplicación de la ley<sup>52</sup>, para otros son distintos los argumentos que avalan la misma tesis. 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 interesa a efectos de este trabajo que no es otra que si de la Constitución se deriva tal derecho para procurar una primera tutela a las vulneraciones de los derechos del artículo 24.1 de la CE que son imputables al juez y se producen en una resolución judicial definitiva. Las aportaciones doctrinales españolas son muy escasas en este sentido. A pesar de que se admite con carácter general que los recursos, considerados en un sentido amplio, son los mecanismos a través de los cuales se tutelan las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de indefensión, han sido pocos los autores que han extraído consecuencias jurídicas de ello<sup>53</sup>.

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 artículo 24.1 de la CE, en especial en los supuestos de indefensión<sup>54</sup>. También J. PÉREZ ROYO se ha mostrado contun-

<sup>51</sup> Entre los primeros, hay que destacar a J. GARBERÍ LLOBREGAT (*El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del TC*, Barcelona, 2008, págs. 136-137) que ha censurado la doctrina del TC porque supondría ni más ni menos que la supresión del derecho 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 derecho. Según el procesalista, el derecho a los recursos debería haberse extraído de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 24 de la CE, y no de su apartado 1.

<sup>52</sup> Entre ellos, *vid.* J.L. REQUEJO PAGÉS, «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.

<sup>53</sup> *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 estos, el recurso de amparo ante el TC». Asimismo, I. BORRAJO INIESTA («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 TS 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 artículo 24.1 de la CE deben tener lugar en el proceso mismo «principalmente mediante el régimen de recursos previsto en las leyes». También en este sentido P. PÉREZ TREMPES («TC, 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. 1.657) 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».

<sup>54</sup> A tal efecto 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 solo de ese modo sea reparable la indefensión padecida».

dente 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 artículo 9.3 de la 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)»<sup>55</sup>. 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»<sup>56</sup>. Naturalmente, la consecuencia que extrae de tal tesis es que el artículo 24.1 de la 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 resoluciones judiciales. 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 estas –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 de la 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 sino de un problema de vías de reparación de derechos fundamentales.

También se ha pronunciado C. SÁEZ LARA. Esta autora sostiene que cuando una resolución judicial vulnera alguno de los derechos del artículo 24.1 de la 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»<sup>57</sup>. Además de esta función de tutela o de garantía de los derechos del artículo 24.1 de la 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 artículo 24.1 de la 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 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

<sup>55</sup> *Curso de Derecho Constitucional*, 12.ª ed. Revisada y puesta al día por M. CARRASCO DURÁN, Madrid, 2010, pág. 386.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pág. 386.

<sup>57</sup> C. SÁEZ LARA, *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, 2004, pág. 276.

judicial efectiva)»<sup>58</sup>. 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 estos –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 de la CE en un buen número de supuestos.

El hecho de que deban existir medios de impugnación, rescisión o anulación de 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.

Podría llegarse a la conclusión de que la forma en que ha procedido el legislador español, reformando simultáneamente tanto el recurso de amparo como el incidente de nulidad de actuaciones, tiene como presupuesto la tesis manejada en este trabajo, que no es otra que la que se condensa a continuación: la objetivación del amparo como meta del legislador no puede llevarse a término sin asegurar la protección judicial de todos los derechos, incluidos los del artículo 24.1 de la CE. En todo caso, y a pesar de que existen algunos indicios que pueden apuntar en esta dirección<sup>59</sup>, parece que tal decisión ha sido consecuencia de una determinada política legislativa, ya que nuestro TC sigue manteniendo la doctrina antes expuesta en relación con el derecho a los recursos. Esta no ha sido la conclusión que ha extraído el TCF alemán que, debido a la objetivación del recurso de amparo, ha obligado al legislador a crear remedios procesales con el fin de asegurar una primera tutela de los derechos contenidos en el artículo 103 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB). En las siguientes líneas se da cuenta, para apoyar la tesis que aquí se mantiene, de la forma en que el TCF ha abordado este asunto.

### **3.2. La experiencia alemana: la importante Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de abril de 2003**

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 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

<sup>58</sup> *Ibíd.*, pág. 276.

<sup>59</sup> Existen dos indicios que me llevan a afirmar lo sostenido en el texto principal. Por un lado, el hecho, fácilmente comprobable, de que el TC ha eliminado a partir del 2008 la expresión «siendo imaginable posible y real la eventualidad de que no existan [los recursos], salvo en lo penal». A pesar de que se mantiene la doctrina referida a que de la Constitución no cabe derivar un derecho a la existencia de recursos, esta se ha suavizado mediante la eliminación de tan tajante información. Este cambio se produce justo en el momento en que se lleva a cabo la objetivación del amparo y, como contrapartida, se amplía el incidente de nulidad de actuaciones. El segundo de los factores es que puede afirmarse que ambas reformas, tanto la del amparo como la del incidente, «salen del Tribunal». La reforma del amparo no se ha llevado solo a cabo por cuestiones de oportunidad política, sino por las constantes apelaciones del propio TC al legislador manifestadas por boca de quien en cada momento ostentaba su Presidencia. Seguramente, en este cambio de rumbo del amparo, se ha tenido en cuenta la opinión del TC, y quizás este es el que ha motivado también la reforma del incidente de nulidad de actuaciones.

oído previamente<sup>60</sup>. 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 este 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 judicial<sup>61</sup>. 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 esta 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 de la LFB constituye una verdadera garantía frente a las «resoluciones sorpresivas»<sup>62</sup>. De todo lo anterior hay que deducir que la Constitución alemana contiene no solo 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 artículo 103.1 de la LFB.

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 estos casos, el recurso de amparo ante el TC ha sido el remedio más importante que tenían los litigantes para hacer valer el derecho a ser oído en el proceso. Debido a que el amparo, a pesar de su objetivación, era la única y primera vía de tutela en un número importante de asuntos, el TCF en su importante Sentencia de 30 de abril de 2009 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 inimpugnabile. Los motivos en los que se basó el TCF para llegar a tal conclusión, son de diverso orden.

En primer lugar, el TCF no se apartó de la doctrina que venía manteniendo respecto al artículo 19.4 de la Constitución<sup>63</sup>. 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 artículo 19.4

<sup>60</sup> 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 este puede tener lugar a posteriori. *Vid.* en relación con esto último la STCF de 21 de enero de 1970 (2BvR 941/75).

<sup>61</sup> *Vid.*, entre otras, la STCF de 30 de abril de 2003.

<sup>62</sup> BVerfGE 84, 188, 190. Tomo el dato de *ZPO Kommentar*, 2 Auflage, dir. Prütting y Gehrlein, Luchterhand 2010, Colonia, 2010, pág. 932.

<sup>63</sup> El artículo 19.4 de la LFB establece: «Si una persona es lesionada por un poder público en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales de justicia. Cuando no haya establecida competencia alguna de índole especial, se interpondrá recurso ordinario, sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso». El TCF había venido sosteniendo que tal precepto no resultaba de aplicación en aquellos casos en los que quien vulnera un derecho fundamental es el órgano judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. De este presupuesto había derivado el TCF que el legislador no estaba obligado a crear recursos contra las resoluciones judiciales.

de la 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 solo de lo previsto en el artículo 19.4 de la Constitución, sino también del concreto marco del derecho a la tutela judicial o a la «exigencia de justicia» (*Justizgewährungsanspruchs*) que ha sido reconocido por el TCF como un elemento esencial del Estado de Derecho<sup>64</sup>. Esta garantía comprende el derecho de acceso al proceso, entendido este en un sentido material, no solo 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 solo 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 dos importantes conclusiones. Por un lado, que corresponde al legislador determinar en qué casos proceden los recursos (*Rechtsmittelzug*), 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».

En segundo lugar, el TCF admite que es cada vez más importante instaurar controles para garantizar el principio de audiencia. Para el Alto Tribunal alemán, el artículo 103.1 de la LFB «no es solo 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 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 «solo 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 relaciona el derecho a ser oído con la garantía de la tutela judicial (*Justizgewährungsanspruchs*). Esta última, según el TCF, asegura el acceso al proceso (*Zugang zum Verfahren*), mientras que el artículo 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 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, solo se reconocería un derecho al acceso al proceso en sentido formal, no sustantivo. Incluso, según el TCF, en aquellos 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.

<sup>64</sup> Vid. BVerfGE 88, 118 [123]; 96, 27 [39s.]

Según el TCF no existe una distinción nuclear entre la protección que dispensa el artículo 19.4 de la Constitución –solo frente a actos del ejecutivo– y el derecho a la tutela judicial derivado del reconocimiento de la cláusula del Estado derecho. Las diferencias entre ambos se refieren solo a su ámbito de aplicación<sup>65</sup>. Desde esta última perspectiva, el TCF asegura que los derechos procesales y de forma especial los previstos en los artículos 101.1 y 103.1 de la LFB «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»<sup>66</sup>. El TCF mantiene que esta protección no solo opera en una instancia del proceso, sino en todas ellas en el caso de que la ley procesal haya previsto su revisión a través de los distintos recursos (FJ 4.º). Así, una lesión del principio de audiencia producida en grado de apelación o de revisión –equivalente este 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. Según sostiene el TCF 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. Los cauces que sirvan para dotar de garantía al derecho de audiencia deben ser de carácter universal, no solo 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 realiza dos precisiones referidas a cómo debe articularse la necesaria garantía. Por un lado, llega a la conclusión de que esta 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 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 artículo 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 (FJ 5.º). 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 esta también ha de salvaguardar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de las partes del litigio.

<sup>65</sup> Esta conclusión es la que 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 artículo 19.4 de la LFB, a pesar de que la Sala Primera convocara al Pleno del TCF para corregirla o matizarla. *Vid.* fundamento jurídico 3.º b).

<sup>66</sup> 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 artículo 10.2 de la Constitución. *Vid.* en este sentido fundamento jurídico 3.º b) 2).

Una vez constatada la exigencia constitucional de establecer vías de tutela judicial respecto a las lesiones del derecho de audiencia, el TCF 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 a través del recurso de amparo.

Por lo que se refiere a las obligaciones que ha de cumplir el legislador, el TCF llega a la conclusión de que tiene un amplio margen de maniobra, ya que puede reconducir las lesiones de los derechos del artículo 103.1 de la LFB, bien a través de los medios de impugnación (*Rechtsmittelzug*), o bien a través de otro tipo de remedios especiales (*Abhilfemöglichkeit*). 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 dispense la tutela de estos derechos a través del recurso de amparo. Tal actuación supone la vulneración del reparto de competencias entre el TCF 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, valorar y ponderar estos otros bienes puede conducir al legislador a limitar el remedio jurídico (*Abhilfe*) a la tutela de las exigencias derivadas del artículo 103 de la LFB, pero no a otras infracciones de la legalidad procesal, e incluso establecer mecanismos oportunos contra su uso abusivo. 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 artículo 103.1 de la LFB, así como la necesidad de audiencia que ha de tener la contraparte. Esta 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 artículo 103 de la LFB deba ser eficaz, no meramente aparente o formal, ya que el Estado de derecho exige la efectividad de la protección jurídica y es esta la que debe instaurar el legislador.

Las obligaciones que se derivan del reconocimiento constitucional del derecho de audiencia no solo vinculan al legislador sino también a los órganos judiciales. Según el TCF, 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 recuerda que las exigencias básicas que se derivan de tal mandato están ya en su jurisprudencia anterior a esta sentencia. Estas 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 admite que no debe concluirse del contenido de la sentencia que el TCF deba dejar de conocer de las infracciones del derecho de audiencia a través del recurso de amparo constitucional. Ahora bien, por las especialidades de este 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 estos tienen asignada. Por un lado, por el tipo de control que tiene lugar en sede constitucional. En efecto, el TCF 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 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 artículo 90 de la Ley del TCF (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). Esta configuración exige que la lesión de los derechos fundamentales, también de los que se derivan del artículo 103.1 de la 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. Además de lo anterior, el TCF 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 solo 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, la protección del derecho a la tutela judicial (*Justizgewährungsanspruch*) exige una tutela universal, no solo 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 artículo 103.1 de la 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 artículo 103.1 deben, en consecuencia, abarcar a todo tipo de procesos.

Una vez sentada esta doctrina y tras analizar el ordenamiento procesal, el TCF llega a la conclusión de que este no cumple con las garantías constitucionalmente impuestas. Por ello y 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 de la LFB, el TCF emplaza en su sentencia al legislador a que, antes del 31 de diciembre de 2004 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 con el fin de que los órganos judiciales lo apliquen en los casos en los que se vulnerara el derecho de audiencia <sup>67</sup>. No obstante, el TCF 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 siga admitiendo recursos de amparo a pesar de no cumplir con los requisitos de admisibilidad legalmente establecidos. La misma doctrina recaída en esta sentencia fue reiterada por las Salas del TCF en diversas ocasiones, lo que corrobora que el Alto Tribunal siguió tutelando en el periodo transitorio las lesiones del derecho a ser oído <sup>68</sup>. Esta salida transitoria, que obliga al TCF a desconocer su propia reguladora, da muestras de la importancia que el alto Tribunal otorga a los derechos de los artículos 101 y 103 de la LFB.

<sup>67</sup> 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 recaiga la resolución que presuntamente vulnera el derecho fundamental.

<sup>68</sup> *Vid.* entre otras, la STCF de 3 de octubre de 2003 (NJW 2003, págs. 3.687-3.689).

No hubo que esperar mucho para que el legislador pusiera en marcha las medidas impuestas por el TCF. 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 2005 <sup>69</sup>. Causa envidia (sana) a un jurista español apreciar cómo el legislador sigue puntualmente las recomendaciones del TCF no solo desde el punto de vista material –aunque esto quizás exija alguna matización que no puede ser objeto de estudio en este breve trabajo–, sino también temporal. El remedio jurisdiccional es sucesor del que ya fue incluido en la *Zivilprozessordnung* [art. 321 a)] en la reforma acometida en el año 2001. Dicho precepto permitía al órgano judicial de primera y única instancia que se corrigieran las vulneraciones del derecho de audiencia en que hubieran incurrido y que no hubieran podido apreciarse antes de recaer sentencia definitiva. La principal novedad que presenta la ley de 2004 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. Se trata, en consecuencia, de un instrumento procesal tremendamente parecido al incidente de nulidad de actuaciones.

El hecho de que el legislador haya cumplido con lo que le sugirió vivamente el TCF 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 solo 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 en su Sentencia de 30 de abril de 2003, relacionó el derecho a ser oído con lo dispuesto en el artículo 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.

Hay que señalar, además, que la reforma de la que ha sido objeto la ZPO como consecuencia de la sentencia del TCF se ha extendido a otras leyes procesales. El derecho a la tutela judicial del derecho fundamental constitucionalizado en el artículo 103 de la LFB, no es exclusivo del proceso civil, sino de todos los procesos judiciales. En este sentido, los artículos 152 a) de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), el 78 a) de la Ley reguladora del Proceso Laboral (ArbGG), el artículo 133 a) de la Ley Procesal Tributaria (FGO), en el artículo 44 de 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) de la ZPO en los términos en los que quedó redactado tras la reforma del año 2004 <sup>70</sup>.

### 3.3. Semejanzas y diferencias entre el sistema alemán y el español

Las semejanzas entre el *Abhilfemöglichkeit* creado en Alemania para la tutela del derecho de audiencia y el incidente de nulidad de actuaciones son evidentes. En ambos casos se trata de una

<sup>69</sup> *Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehört (Anhörungsrügensgesetz)*.

<sup>70</sup> 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.

acción anulatoria que solo cabe interponer cuando no sea procedente ningún medio de impugnación para reparar el derecho fundamental vulnerado. Además, en ambos casos, la competencia para su conocimiento se atribuye al mismo órgano judicial que dictó la resolución judicial vulneradora de derechos fundamentales.

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 TC 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 estas incurran en una violación de cualquiera de los derechos a los que se refiere el artículo 53.2 de la CE, entre los que se incluye el 24.1 de la CE. Con independencia ahora de que en la reforma del artículo 241 de la 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 artículo 24.1 de la 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 artículo 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 implantó 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 artículo 24.1 de la CE. Este, sin duda, es otro tema del que me ocuparé inmediatamente. Tampoco cabe derivar,

evidentemente, que este vaya a ser el único mecanismo de tutela de los derechos insertos en el artículo 24.1 de la CE, ya que el resto de recursos, ordinarios y extraordinarios, también cumplirán esa función.

#### **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 TC». 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 artículo 44.1 a) de la LOTC entonces vigente. Tan solo el entonces 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 artículo 44 de la 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 estas 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. 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 artículo 24.1 de la 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 el 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, 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 TC 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 solo ante los órganos judiciales ordinarios, sino también ante el TC. 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 TC, 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»<sup>71</sup>.

La reforma sobre el artículo 241.1 de la 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 artículo 53.2 de la 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 recursos, ni tampoco respecto de aquellas 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 de la 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 artículo 24.1 de la 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 solo será posible en la medida en que estos instrumentos no puedan ya ser remedio a la vulneración del derecho. Naturalmente, la importancia del incidente radi-

<sup>71</sup> 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.

ca en que 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 deberían llevar consigo también una reforma orgánica<sup>72</sup>. Si este 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 artículo 24.1 de la 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 disp. trans.–, 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. 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.

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 artículo 238 de la LOPJ y en el resto de las leyes procesales, sino que la nueva regulación del artículo 241.1 LOPJ, 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 artículo 53.2 de la 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 artículo 241.1 de la LOPJ, que hace referencia a los derechos consignados en el artículo 53.2 de la 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 artículo 24.1 de la CE. El precepto que sirve de referencia en la actualidad para determinar las causas de nulidad de las actuaciones judiciales no es el artículo 238 de la LOPJ, sino el 241.1 del mismo texto legal.

Como es sabido, el discurso doctrinal en cuanto a las causas que podían dar lugar a la nulidad de resoluciones judiciales no siempre se ha centrado en intentar que la ley acogiera todas las vertientes o proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva tal y como lo ha configurado el TC. La doctrina procesalista ha hecho más hincapié en que los motivos que podían dar lugar a la nulidad de actuaciones tuvieran coherencia con lo dispuesto en el artículo 238 de la LOPJ, que en que dicho ins-

<sup>72</sup> 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 TSJ. Ahora bien, señala P. CRUZ, «(M)ientras no sea ese 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 de la CE.

trumento procesal sirviera de cauce ampliatorio para permitir la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales vulneradoras de alguna de las vertientes de los derechos a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión tal y como resulta de su interpretación por el TC. Solo 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 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 al incidente. Evidentemente, tanto el legislador como el sector doctrinal que mantenía esta postura estaba teniendo en cuenta las causas de nulidad previstas en el artículo 238 de la LOPJ, concretamente lo que dispone su apartado tercero («Cuando se prescindiera de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión»).

Así, ha existido durante mucho tiempo un desencuentro entre el ámbito de la nulidad de actuaciones y del amparo. El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho, razonable, no incurra en arbitrariedad o en error patente, el derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales, en sus modalidades de *infra petita* y mixta o por error, entre otras vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, quedaban excluidas del incidente de nulidades, por lo que solo podían ser tuteladas a través del amparo cuando su infracción tenía lugar en una resolución irrecurrible. 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 artículo 238 de la 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 «TC 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 TC y, contra toda lógica, no conceden la menor atención, por poner solo 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*»<sup>73</sup>.

Desde el año 2007, con la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, sobre el artículo 241.1 de la LOPJ, las cosas han cambiado de forma sustancial. En realidad, el citado precepto no solo 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 solo las previstas en el artículo 238 de la LOPJ, sino «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución».

<sup>73</sup> «El Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, pág. 31. La cursiva es añadida.

A pesar de lo que se ha sostenido por un sector doctrinal, me parece que la reforma llega muy tarde <sup>74</sup>. 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 estos 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 estado <sup>75</sup>. Sin duda hubiera sido deseable otra cosa, no solo desde el punto 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 artículo 24.1 de la CE y que el legislador no dote de instrumentos a los órganos judiciales ordinarios para dar tutela a estas. En segundo lugar, porque esta función, la de la depuración de los errores, es más propia de un órgano judicial ordinario que del TC. El juez ha de tener herramientas procesales en su haber para poder cumplir fielmente no solo la ley, sino también la doctrina emanada del TC en relación con el artículo 24.1 de la CE.

El establecimiento de un mecanismo de cierre en la regulación de las garantías de los derechos contenidos en el artículo 24.1 de la CE, que es lo que en realidad es el incidente de nulidad de actuaciones desde un punto de vista sustantivo –no solo 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.

<sup>74</sup> 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».

<sup>75</sup> Esta misma idea parece compartirla también A. GARRORENA MORALES («La LO 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para 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 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 TC».

ción de resoluciones judiciales. Estos intentos 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 solo con medidas de carácter procesal, sino que requieren también de otro tipo de intervención. También hay supuestos en los que 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.

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 esta, 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 solo para liberar al TC 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»<sup>76</sup>.

#### **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

<sup>76</sup> «El Tribunal Constitucional», cit., pág. 32.

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 de vicios formales casa mal con la nueva orientación que ahora pretende atribuirse<sup>77</sup>. 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 derecho<sup>78</sup>. 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 judiciales<sup>79</sup>. 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 ordinarios<sup>80</sup>.

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 legislativa<sup>81</sup>. Las razones que se han manejado al efecto son, básicamente, las que se enuncian en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. No solo 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

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> 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 TC*, Madrid, 2007, págs. 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 solo 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).

<sup>80</sup> 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».

<sup>81</sup> Podemos situar en este sector doctrinal a P. CRUZ VILLALÓN, «Acotaciones al proyecto de reforma de la LOTC», *cit.*, pág. 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».

que provoca la masificación de asuntos»<sup>82</sup>. También se mostraron favorables a su ampliación tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal<sup>83</sup>.

La médula de la reforma ha consistido en su ampliación a cualquier vulneración de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la 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 artículo 24 de la CE. Ahora bien, el que sea un instrumento idóneo para la tutela de todos 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 artículo 24.1 de la 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 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 problema<sup>84</sup>. A pesar de que tal posibilidad no está expresamente prevista en el artículo 241.1 de la LOPJ, una interpretación sistemática de los artículos 124.1 de la CE y 3.11 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, podría dar lugar

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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](http://www.poderjudicial.es)). Vid. también el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC, de 24 de octubre de 2005.

<sup>84</sup> «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.

a que su intervención pareciera obligada<sup>85</sup>. 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.

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 solo 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 <sup>86</sup>	Jurisdicción ordinaria <sup>87</sup>	Incremento amparos	Incremento jurisdicción ordinaria
2006	11.471	8.043.809		
2007	9.840	8.343.687	- 14,3%	3,7%
2008	10.279	9.048.785	4,4%	8,4%
2009	10.792	9.567.280	4,9%	5,7%
2010	8.947	9.355.526	- 17%	- 2,3%

En 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 donde 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 esta ya está en pleno funcionamiento) los resultados son aún más clarificadores. Frente a un incremento de asuntos en la jurisdicción ordinaria del 16,3 por 100, se produce una reducción del 22,1 por 100 en el número de amparos que acceden al TC.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, pág. 378.

<sup>86</sup> 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](http://www.tribunalconstitucional.es)

<sup>87</sup> 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 las siguientes direcciones electrónicas:

[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/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%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%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](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/ESTAD%C3%8DSTICA/JUSTICIA%20DATO%20A%20DATO/FICHERO/Justicia%20Dato%20a%20dato%202006def_1.0.0.pdf)

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 solo 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 cuál 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.

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 solo 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 interposición<sup>88</sup>. 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

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 solo con el incidente de nulidad de actuaciones, sino también con el resto de los medios de impugnación. 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 solo 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 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 solo 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

<sup>88</sup> En el año 2008 se interpusieron 5.582 incidentes; en 2009 fueron 4.832 y en 2010 la cifra asciende a 4.533.

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 TC <sup>89</sup>. 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 esta 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 judiciales <sup>90</sup>. 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 Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. En 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 Ley Orgánica 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 ello <sup>91</sup>. La primera de ellas resuelve un supuesto claro de indefensión en el que se aplica doctrina reiteradísima del derecho a ser oído en juicio <sup>92</sup>. El juez ordinario celebró juicio ejecutivo sin oír a los titulares

<sup>89</sup> 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», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 63, 2001, pág. 118), no solo 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 como 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.

<sup>90</sup> 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».

<sup>91</sup> 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 Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

<sup>92</sup> 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 fundamento jurídico 2.º 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 artículo 24.1 de la CE impone

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 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 lo establecido en los fundamentos jurídicos 4.º y 5.º, 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 fundamento jurídico 4.º *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 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»<sup>93</sup>. 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 cómo la actuación del órgano judicial se apartó de forma incontrovertida de la misma<sup>94</sup>.

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<sup>95</sup>. Interpuesto incidente de nulidad de actuaciones por el condenado en

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.

<sup>93</sup> La cursiva es añadida.

<sup>94</sup> Tras apelar al fundamento jurídico 2.º 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 artículo 24.1 de la CE impone a los órganos judiciales en los procesos de ejecución.»

<sup>95</sup> En la primera instancia el recurrente fue absuelto. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación solo por el Ministerio Fiscal –téngase en cuenta que el absuelto no podía recurrir una sentencia por no existir un «gravamen»– la Audiencia

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 trascendencia constitucional de este amparo vuelve a ser la importancia del incidente de nulidad de actuaciones como pieza clave en el sistema de garantías. El TC vuelve a reiterar en el fundamento jurídico 5.º 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 ochenta y noventa 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 derechos<sup>96</sup>. Ahora bien, este, 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 artículo 24.1 de la CE. 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 tutela de los derechos del artículo 24.1 de la CE que aquellos en los que solo 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 atestiguarlo<sup>97</sup>. En segundo lugar, porque los recursos ya sean ordinarios o extraor-

---

Provincial condena. Argumenta en su resolución que no puede modificar el relato de los hechos porque ninguna parte ha solicitado su revisión.

<sup>96</sup> Comparto en este sentido, aunque solo 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».

<sup>97</sup> Atendiendo a las cifras que se han expuesto antes, hay que recordar que en el año 2008 se interpusieron 5.582 incidentes de nulidad de actuaciones, frente a 10.279 recursos de amparo. Asimismo, en el año 2009, 4.832 incidentes de nulidad de actuaciones y 10.792 recursos de amparo. Y en el año 2010, 4.533 incidentes de nulidad de actuaciones y 8.947 recursos de amparo. Pueden consultarse estos datos en las direcciones electrónicas a las que antes se ha hecho referencia.

dinarios 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 constitucional<sup>98</sup>. Por ello, hay que buscar la solución, o al menos mitigar el problema, en otras fórmulas que, creo, pueden estar en manos del TC. 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 de la CE, hay que maximizar la utilidad y efectividad de estos 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 artículo 24.1 de la 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 solo quepa el incidente de nulidad de actuaciones. 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 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 artículo 24.1 de la 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 artículo 24.1 de la 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

<sup>98</sup> Me refiero a la propuesta realizada por M. ARAGÓN REYES citada anteriormente.

artículo 24.1 de la 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 en el 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 actuaciones<sup>99</sup>. Al margen de que sea o no una práctica posible, no puede admitirse una cadena indefinida de acciones de nulidad y esta posibilidad pare-

<sup>99</sup> 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 este, 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.

ce que apunta en esa dirección. En este trabajo 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 artículo 24.1 de la 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.