

Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

(Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)

Ignacio Díez-Picazo Giménez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad San Pablo CEU

Letrado del TC (excedente)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. TITULARIDAD, ÁMBITO Y CARACTERES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—1. *El tema de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva y, por extensión, de otros derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE, por personas jurídico-públicas.*—2. *La delimitación del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a no padecer indefensión. La necesidad de delimitar las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. La necesidad de evitar invocaciones indeferenciadas.*—3. *Derechos fundamentales de configuración legal y contenido esencial de los derechos fundamentales.*—II. DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN, DERECHO A UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO Y DERECHO A LOS RECURSOS.—4. *Delimitación entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a una resolución sobre el fondo.*—5. *Los llamados criterios pro actione y criterio de mera razonabilidad y no arbitrariedad. Necesidad de delimitación de su ámbito de aplicación respectivo. La falta de aplicabilidad del criterio pro actione frente al legislador.*—6. *La falta de una genuina jurisprudencia*

constitucional acerca del ámbito y límites de la técnica de la subsanación como imperativo constitucional.—
III. DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO.—7. *La exigencia de motivación. La extrema*
delgadez de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Los supuestos de ulteriores exigencias de
motivación de las resoluciones judiciales.—8. Apunte sobre la incongruencia con relevancia constitucional.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Este trabajo tiene por objeto verter ciertas reflexiones, como su propio título indica, sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, resulta necesario hacer algunas consideraciones preliminares sobre el método seguido y el objeto propuesto a la hora de redactar las líneas que siguen.

En primer lugar, podrá advertirse que no es objeto de este trabajo el artículo 24. 1 CE en su conjunto, sino sólo el derecho a la tutela judicial efectiva; y que, dentro de éste, sólo se examinan ciertas facetas o vertientes de este complejo y poliédrico derecho fundamental. Las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva no analizadas, así como la prohibición de indefensión garantizada también en el artículo 24. 1 CE, son objeto de examen en otros trabajos que se publican en este mismo número monográfico.

En segundo lugar, siguiendo un método común a todos los trabajos que ven aquí la luz conjuntamente, no se ha pretendido, ni por lo más remoto, examinar con exhaustividad las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva sobre las que se reflexiona. No es esto propiamente un estudio doctrinal completo ni tampoco un estudio jurisprudencial. El sentido de este trabajo es otro. Dando en buena parte por conocida la jurisprudencia constitucional acerca de los temas que se abordan, se trata de apuntar problemas que se reputan mal resueltos o sin resolver, de trazar sendas que quizás en el futuro podrían recorrerse en busca de soluciones o en busca de *otras* soluciones distintas de las hasta ahora dadas. Éste es un trabajo propiamente *prospectivo*. Ni siquiera trata de hacer balance. Pretende sólo ser un catálogo de problemas pendientes acerca de ciertas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de posibles soluciones o alternativas.

Y en tercer y último lugar, debo mencionar que parte de las ideas y reflexiones aquí recogidas las había expuesto con anterioridad. En unos casos, las he mantenido íntegramente; en otros, las he matizado o las he rectificado ¹.

¹ Sobre algunos problemas planteados por el artículo 24. 1 CE nos ocupamos hace algunos años Ignacio BORRAJO INIESTA, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y yo en el libro *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995. Creo que las ideas expuestas en esa obra siguen siendo sustancialmente válidas y defendibles. Con posterioridad me he ocupado de problemas relativos al derecho a la tutela judicial efectiva en algunos otros trabajos, de los cuales extraigo algunas de las reflexiones plasmadas en éste. Así, «Artículo. 24. Garantías procesales», en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), Madrid, 1997, vol. III, pp. 19-123; «El art. 24 de la Constitución y la aplicación del Derecho procesal: breve reflexión sobre algunas cuestiones pendientes en la interpretación de un precepto capital», en *La Constitución y la práctica del Derecho* (dir. M. Aragón Reyes y J. Martínez Simancas), Madrid, 1998, tomo I, pp. 341-360, publicado también

II. TITULARIDAD, ÁMBITO Y CARACTERES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. *El tema de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva y, por extensión, de otros derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE, por personas jurídico-públicas.*

No es exagerado afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho fundamental de más amplia titularidad de los reconocidos en la Constitución, puesto que la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no conoce prácticamente restricciones o limitaciones y se confunde casi con la capacidad para ser parte en un proceso, es decir, salvo algún matiz, se puede decir que son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva todos aquellos sujetos o entes a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte. La conclusión es lógica si se tiene en cuenta que la mencionada capacidad para ser parte no es sino el correlato procesal de la capacidad jurídica, de manera que si el ordenamiento reconoce a ciertos sujetos la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, coherentemente ha de reconocerles la capacidad para defenderse ante los Tribunales. El derecho a la tutela judicial efectiva no es sino la lógica consecuencia de que la jurisdicción sea una función monopolizada por el Estado que sustituye y prohíbe la autotutela de los individuos. La abolición de la justicia privada y el monopolio estatal de la jurisdicción comportan la necesidad para los individuos de servirse de los órganos instituidos por el Estado para ver tuteladas las situaciones reconocidas por el ordenamiento. En lógica correspondencia, esa necesidad de servirse de los órganos jurisdiccionales hace nacer a favor de los individuos un derecho fundamental, pues no se legitimaría la prohibición de la autotutela y el monopolio estatal de la jurisdicción si ulteriormente el Estado no reconociera el derecho a acudir a los Tribunales. De ahí sólo hay un paso a que la titularidad de ese derecho fundamental deba ser atribuida a todos quienes tengan situaciones jurídicas que defender o, como dice el artículo 24. 1 CE, «derechos e intereses legítimos». Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la amplitud en la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva es predicable de la generalidad de los demás derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, salvo aquéllos que restringen su ámbito de eficacia al proceso penal o, más genéricamente, al ámbito sancionador, en cuyo caso la titularidad de dichos derechos fundamentales viene lógicamente

en *Tribunales de Justicia*, 1998, núm. 6, pp. 615-625; y «La Constitución y el Derecho procesal (con ocasión del vigésimo aniversario de la Constitución española)», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1999, publicado también en *Tribunales de Justicia*, 1999, núm. 1, pp. 1-9. En alguna medida, para enmarcar los problemas tratados, me limito a reproducir lo que ya dije en esos trabajos previos. No obstante, lo que sigue no es mera refundición de lo expuesto en esos trabajos previos, puesto que, enmarcados los problemas, considero que hay nuevas reflexiones que hacer.

limitada a quienes sean sujetos pasivos de procedimientos sancionadores. En los demás casos, lo que se afirme respecto de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva debería valer para el conjunto de los derechos proclamados en el artículo 24 CE.

La titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce, sin duda alguna, a todas las personas físicas, con independencia de su nacionalidad, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva lo ostentan tanto los nacionales como los extranjeros (*vid.*, por todas, las SSTC 99/1985 y 115/1987), lo cual no implica necesariamente la inconstitucionalidad de toda diferencia de trato en las facultades procesales conferidas a nacionales y extranjeros, como, por ejemplo, la exclusión de estos últimos de la titularidad de la acción popular. El derecho a la tutela judicial efectiva lo tienen igualmente las personas jurídicas (*vid.*, por todas, la STC 53/1983). Sólo cabe plantearse en este punto si en aquellos casos en que se reconoce instrumentalmente capacidad para ser parte a entes sin personalidad, debe considerarse a éstos titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. La respuesta afirmativa parece la más lógica.

La cuestión que se quiere analizar, sin embargo, es la de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por las personas jurídico-públicas. En este sentido, el TC ha venido afirmando que también las personas jurídico-públicas —Administraciones públicas y entes públicos de ellas dependientes— son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 19/1983). Incluso se ha llegado a reconocer expresamente la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a la Administración del Estado (STC 64/1988), en una aparente retorsión no sólo de la categoría de derecho fundamental, sino de la categoría misma de derecho subjetivo, pues el Estado ostenta frente a sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en la citada —y capital en este tema— STC 64/1988 se afirma que «por lo que se refiere al derecho establecido en el artículo 24. 1 de la CE, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden». Y se añade que «hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el artículo 24 de la CE corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales». Ciertamente el TC matiza que «no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos», pero esta afirmación, convertida en frase de estilo (*vid.*, por ejemplo, la STC 91/1995, en la que incluso se afirma que «no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titu-

laridad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del artículo 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública»); no parece que conduzca a restricción alguna en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas, salvo en algún caso aislado, como el de la STC 197/1988, en el que se entendió que del artículo 24. 1 CE no cabe extraer la obligación del legislador de atribuir en todo caso a los poderes públicos un derecho de acceder a la jurisdicción para defender sus potestades. En todo caso, la amplitud en la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva comporta que el mismo es concebido, más que como el haz de facultades en que todo derecho subjetivo consiste, como una garantía objetiva, como la constitucionalización de un conjunto de principios y reglas procesales capitales.

Pues bien, los datos demuestran que, desde la STC 64/1988, que se enfrentó directamente a este problema imponiendo toda una serie de cautelas, ninguna otra ha retomado esta línea, sino que el TC asume acriticamente tal titularidad sin ni siquiera plantearse. Pues bien, a mi juicio, tal atribución, cuya más importante consecuencia práctica es la apertura del recurso de amparo a los entes públicos, comporta una retorsión del concepto de derecho fundamental, cuando no una *confusión de derechos*. Además, dicha atribución también supondría que el legislador no podría negarles lo que está obligado a reconocer a los particulares. Ciertamente, cabe pensar que negar la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a las personas jurídico-públicas comporta un exceso de individualismo en la concepción de los derechos fundamentales, así como que negar tal derecho a entes que tienen como misión la defensa del interés público supondría la falta de una garantía constitucional de la tutela jurisdiccional que dichos entes, aunque sea a través de la autotutela, llevan a cabo frente a actividades ilícitas (piénsese, entre otros muchos ejemplos, en materia de medio ambiente). Ahora bien, frente a este argumento, hay que hacer notar que una cosa es la atribución de potestades o de derechos por la legalidad ordinaria y otra bien distinta dotar a dichos derechos y potestades de contenido constitucional. En realidad, la única virtualidad de esa atribución de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a las personas jurídico-públicas es *abrir la puerta del amparo*.

En realidad, lo que hay que plantearse (o quizás, si uno no prejuzga, replantearse, buscando el porqué) es frente a quién se es titular de los derechos fundamentales y específicamente quién es el sujeto pasivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Pues bien, sin perjuicio de alguna virtualidad aislada del derecho a la tutela judicial efectiva en las relaciones entre particulares ²,

² El TC, probablemente con razón, ha sido muy reacio a realizar proclamaciones generales sobre la denominada *Drittwirkung der Grundrechte*, sobre todo porque el amparo constitucional, de acuerdo con su regulación legal vigente, protege sólo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales causadas por los poderes públicos (art. 41.2 LOTC); no obstante lo cual, el TC ha considerado que en aquellos casos en que la violación del derecho fundamental es directamente imputable a un particular, el amparo constitucional procede al cobijo de la ficción consistente en imputar la violación del derecho fundamental

resulta evidente que éste es un derecho fundamental que se tiene frente al Estado. Sin duda, a efectos gráficos, cabe señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva, como otros derechos fundamentales, tiene distinta virtualidad frente a cada uno de los poderes del Estado. Así, poca duda cabe de que el derecho a la tutela judicial efectiva despliega su eficacia básicamente frente al legislador³ y frente a los Tribunales de Justicia⁴. Desde este punto de vista, se podría sostener que las personas jurídico-públicas ostentan frente al legislador y los Tribunales el mismo derecho constitucional que los particulares. No obstante, hay que señalar que esto conduce a una suerte de *troceamiento* del Estado, pues de manera un tanto voluntarista dividimos al Estado en compartimentos estancos a efectos de poder sostener que un poder del Estado tiene derechos fundamentales frente a otro.

A mi juicio, sería necesario un completo replanteamiento de esta cuestión, tendente a negar a las personas jurídico-públicas la titularidad de derechos fundamentales, en general, y del derecho a la tutela judicial efectiva, en particular. Ello no significa que los Tribunales puedan cercenar los derechos

al Tribunal ordinario que no le puso remedio. En lo que al derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, el único caso, salvo error u omisión por mi parte, hasta ahora reconocido de *Drittwirkung* de este derecho fundamental es el de la denominada *garantía de indemnidad* (vid. SSTC 14/1993 y 54/1995), consistente en que en el ámbito de las relaciones laborales resulta inadmisibles la adopción por el empresario de medidas de represalia derivadas de la petición por el trabajador de tutela judicial de sus derechos. Es decir, el empresario vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador si adopta represalias ante el recurso por parte de éste a los Tribunales; o dicho de otro modo, en el ámbito de las relaciones laborales el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantiza que de su ejercicio no se pueden derivar represalias para el trabajador. Más allá de este caso, otros supuestos concebibles de eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva en las relaciones entre particulares (como, por ejemplo, el de la imposición obligatoria de la renuncia a la tutela judicial en los estatutos de las federaciones deportivas) no han sido (¿aún?) objeto de pronunciamiento por la jurisprudencia constitucional.

³ El derecho a la tutela judicial efectiva tiene obviamente eficacia frente al legislador, como todos los derechos fundamentales. Cuando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sea imputable a la interpretación y aplicación que de una norma legal se haya hecho, sino que sea imputable a la norma misma en cualquiera de sus posibles interpretaciones, debe desembocarse en la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Ninguna peculiaridad presenta en este aspecto el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva también es obviamente eficaz frente a los Tribunales de Justicia, que son los órganos que, en aparente paradoja, están paradigmáticamente llamados a un tiempo a vulnerarlo y a tutelarlos. En este punto, cabe señalar, en primer lugar, que el derecho a la tutela judicial efectiva se tiene ante todos los órganos jurisdiccionales; por consiguiente, tanto ante los Juzgados y Tribunales ordinarios, como ante los Tribunales especiales establecidos o permitidos por la Constitución, como, por ejemplo, los Tribunales militares o el Tribunal de Cuentas. Debe entenderse que el derecho a la tutela judicial efectiva se tiene también frente al TC, aunque ello desemboque en la paradoja de la falta de vías para hacerlo valer frente a supuestas vulneraciones del mismo que éste pueda causar (aunque no así frente a las vulneraciones que provengan directamente de las normas procesales constitucionales). Y en segundo lugar, hay que entender que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo despliega su eficacia frente a los Tribunales en aquellos procesos en que éstos ejercitan la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), sino también en el seno de aquellos procedimientos en que, como dice el artículo 117.4 CE, ejercitan otras funciones que les han sido expresamente atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. Así, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva se tiene frente al ejercicio de la denominada jurisdicción voluntaria, o en aquellos casos en que la intervención judicial se produce precisamente en garantía de otro derecho fundamental (STC 144/1987).

y facultades procesales que las leyes reconocen a los entes públicos, como a cualquier sujeto con capacidad para ser parte. Significa que esas violaciones que para esos otros sujetos suponen vulneraciones de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para los entes públicos serían violaciones de la legalidad procesal sin relevancia constitucional. En otro caso, la atribución de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a los entes públicos desemboca en una retorsión de la categoría de derecho subjetivo, puesto que el Estado tendría derechos frente a sí mismo. La retorsión es mayúscula cuando, como se ha sostenido, se pretende ese reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, al Ministerio Fiscal.

2. *La delimitación del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a no padecer indefensión. La necesidad de delimitar las distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. La necesidad de evitar invocaciones indiferenciadas*

Resulta en buena medida sorprendente que más de veinte años después de la entrada en vigor de la Constitución y de la entrada en funcionamiento del TC y contando con miles de pronunciamientos acerca del artículo 24 CE, el primer problema con que respecto de este artículo de la Constitución se encuentre el intérprete y aplicador del Derecho sea el de determinar cuáles y cuántos son los derechos fundamentales que en el mismo se consagran. Las dificultades del artículo 24 CE empiezan ya con algo aparentemente tan sencillo como enumerar los derechos fundamentales que en el mismo se proclaman. La cuestión no es mero prurito teórico, pues si no existe claridad acerca de cuáles son los derechos fundamentales que el artículo 24 CE consagra, es difícil que pueda haberla acerca de su contenido. Así, la falta de claridad acerca de cuáles son los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE provoca paradojas, como que haya ocasiones en que exista la certeza de que se ha vulnerado el artículo 24 CE, pero no se sepa a ciencia cierta qué derecho fundamental es el vulnerado; o el fenómeno, en absoluto infrecuente, de que no sólo por parte de los litigantes o de los Tribunales ordinarios, sino por parte del propio TC se invoquen de manera cumulativa e indiferenciada varios de los derechos fundamentales del artículo 24 CE. Si de la delimitación de cuáles son los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE pasamos a la delimitación de sus respectivos contenidos, el problema anteriormente descrito se acentúa. No es infrecuente que los contenidos de los diversos derechos fundamentales del artículo 24 CE se solapen. De este modo, resulta evidente la necesidad de sistematización y de mayor rigor en la construcción que, entre otras cosas, evite invocaciones indiferenciadas. Obviamente, la falta de nitidez acerca de cuántos y cuáles son los derechos fundamentales proclamados en el artículo 24 CE no significa la falta absoluta de criterios al respecto. Resulta evidente la autonomía de algunos de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE. Sin embargo, no

son pocas las dudas que a cualquier profesional jurídico avezado y conocedor de la jurisprudencia constitucional se le pueden suscitar.

Así, por ejemplo, ¿consagra el artículo 24. 1 CE uno o dos derechos fundamentales? Cabría tanto pensar que se trata de un único derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como que se trata de dos derechos fundamentales distintos: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a no padecer indefensión. Es posible que en este punto el problema sea fundamentalmente nominal, puesto que las variadas exigencias que según el TC derivan del artículo 24. 1 CE son las mismas tanto si se considera que dicho precepto consagra dos derechos fundamentales como si se considera que consagra uno solo. Teniendo en cuenta, además, la notoria complejidad del contenido del artículo 24. 1 CE, se puede considerar baladí la cuestión que se plantea. Sin embargo, la misma es importante, en primer término, por esa necesidad ya apuntada de claridad en la sistematización del contenido del artículo 24. 1 CE. Y, en segundo término, por la necesidad de evitar esas invocaciones indiferenciadas y acumuladas de las distintas vertientes o contenidos del artículo 24. 1 CE. Así, por ejemplo, no resulta infrecuente que en los casos en que se ha producido una notificación irregular que ha impedido a una de las partes defenderse, se alegue que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando, en rigor, lo que vulnera la realización irregular de actos de comunicación que traen consigo la incomparecencia del justiciable es la prohibición de indefensión. O tampoco resulta extraño que se entremezclen tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión en materia de incongruencia. En este terreno debería resultar claro a estas alturas que la incongruencia *extra petitum* vulnera el artículo 24. 1 CE cuando se produce una modificación sustancial de los términos del debate, es decir, cuando se causa indefensión, mientras que la incongruencia omisiva lo que supone es una falta de tutela judicial efectiva. Sin embargo, no son raros los casos en que, incluso en resoluciones del TC, se mezclan ambas cosas. Los ejemplos podrían sucederse, pero, a fin de cuentas, lo que se quería señalar es que, todavía hoy sigue sin estar claro si el artículo 24. 1 CE consagra uno o dos derechos fundamentales y la delimitación de sus respectivos contenidos ⁵, lo que con

⁵ El problema de la delimitación del contenido afecta, en rigor, al conjunto de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE y no sólo a los consagrados en el artículo 24. 1 CE. Así, por ejemplo, el TC viene afirmando que para que ciertos derechos fundamentales consagrados en el artículo 24. 2 CE se entiendan vulnerados es necesario que se haya causado indefensión al justiciable. Así sucede con el derecho a la asistencia letrada y con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. El problema que con ello se plantea es que se está privando a dichos derechos fundamentales de toda autonomía, porque, así entendidos, no pasan de ser especificaciones del derecho a no padecer indefensión. Dicho de otro modo, si para entender vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes o el derecho a la asistencia letrada se exige que se haya causado indefensión, dichos derechos carecen de virtualidad y no significan nada, porque la prohibición de indefensión ya está recogida en el artículo 24. 1 CE. Así, si en hipótesis suprimiéramos del texto del artículo 24. 2 CE las menciones a estos dos derechos, el re-

bastante frecuencia provoca que se produzcan invocaciones erróneas del derecho fundamental vulnerado.

Lo mismo que se dice respecto de la tutela judicial efectiva y la indefensión cabe decir de las múltiples y variadas facetas, vertientes o contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva. Tampoco existe a estas alturas la claridad suficiente acerca de cuántas son, cuáles son y cuál es su respectivo contenido. El derecho a la tutela judicial efectiva parece en no pocas ocasiones un *totum revolutum* en el que cabe incluir las cosas más diversas sin orden ni concierto.

En conclusión, sin desmerecer en absoluto el camino recorrido hasta ahora, hay que insistir en la necesidad de perseverar en la tarea de delimitar los diferentes derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 CE y sus respectivos contenidos, evitando la confusión que produce el que en ocasiones se esgriman de manera indiscriminada; y en particular, deslindar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del contenido del derecho a no padecer indefensión, así como, finalmente, deslindar con nitidez los diversos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva ⁶.

3. *Derechos fundamentales de configuración legal y contenido esencial de los derechos fundamentales*

Una cuestión que debería ser reflexionada, pese a su aparente obviedad, es la siguiente: que un derecho fundamental sea *de configuración legal* no significa que no se pueda precisar su contenido esencial. De acuerdo con la jurisprudencia del TC y la doctrina, los derechos fundamentales de configuración legal son aquéllos cuyo ejercicio no resulta posible partiendo de su consagración constitucional si no se da un desarrollo legal del mismo. La *interpositio legislatoris* resulta, por tanto, necesaria para que los titulares del derecho puedan realmente ejercitarlo. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en general, los derechos consagrados en el artículo 24 CE, son paradigma de esta categoría. Los derechos fundamentales de configuración legal tienen también como característica que, dado ese necesario desarrollo legal para su ejercicio, la vulneración de las normas que los desarrollan suponen vulneraciones del derecho fundamental mismo. De ahí que impongan un cuidadoso

sultado seguiría siendo el mismo, porque la indefensión seguiría estando prohibida en el artículo 24. 1 CE. Salvo que se acepte esta conclusión, el único modo de dotar de autonomía y, por tanto, contenido propio a dichos derechos fundamentales pasa necesariamente por un nuevo entendimiento de los mismos que permita considerarlos vulnerados sin necesidad de que se haya producido indefensión.

⁶ Respecto de este último aspecto, me parece que la sistematización de las diversas vertientes o facetas del derecho a la tutela judicial efectiva debe ser la siguiente: 1) derecho de acceso a la jurisdicción; 2) derecho a una resolución sobre el fondo; 3) derecho a una resolución fundada en Derecho; 4) derecho a los recursos; 5) derecho a la ejecución; 6) derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos; y 7) derecho a la tutela cautelar. No obstante, como casi toda sistematización jurídica, ni la reputo perfecta ni cerrada.

y extremadamente difícil trabajo de disección de qué normas legales configurarían realmente el derecho fundamental y cuáles no.

Ahora bien, sentado lo anterior, hay que reiterar, por obvio que parezca, que el hecho de que un derecho fundamental sea de configuración legal no significa que no tenga un núcleo esencial, un contenido indisponible, que debe ser siempre respetado. La cuestión resulta importante para delimitar, en lo que al derecho a la tutela judicial efectiva respecta, entre los límites que el mismo supone a la acción del legislador y los que supone para la acción del juez. En todo caso, queda también para la reflexión la idea de en qué medida no se deberían limitar las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva imputables a los Tribunales a aquellos casos en que, más allá de la infracción legal que hayan podido cometer o del carácter razonable o no de la interpretación de la ley que hayan podido hacer, si se elevase su proceder a la categoría de ley, la misma sería inconstitucional. Es decir, cabría sostener que sólo deben, en general, considerarse verdaderas violaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y, más allá, del artículo 24 CE, aquellas actuaciones y decisiones de los órganos judiciales que, con independencia de lo que las leyes vigentes regulen, serían inconstitucionales si fuesen consideradas como leyes. La operación intelectual consistiría, por tanto, en dejando a un lado la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de configuración legal, prescindir de la regulación legal, tomar al juez como si fuera el legislador de cada proceso, para entonces verificar si su proceder es acorde con la Constitución.

III. DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN, DERECHO A UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO Y DERECHO A LOS RECURSOS

4. *Delimitación entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a una resolución sobre el fondo*

El contenido primordial y básico del derecho a la tutela judicial efectiva suele ser definido por la copiosa jurisprudencia constitucional existente como el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales. A este contenido elemental del derecho a la tutela judicial efectiva se le denomina por la jurisprudencia y la doctrina de modos muy diversos: derecho de acceso a la justicia, derecho a una resolución de fondo, derecho a la instancia, etc. Lo que me interesa señalar en este momento es que, en rigor, este contenido primordial o básico es conveniente dividirlo en dos vertientes, facetas o contenidos: el que cabe llamar derecho de acceso a la jurisdicción y el que cabe llamar derecho a

una resolución sobre el fondo. Veamos en qué consiste cada uno de ellos y por qué conviene distinguirlos.

El derecho de acceso a la jurisdicción consiste en poder acudir a los Tribunales de Justicia solicitando la tutela de cualquier derecho o interés legítimo. Por ello, se puede decir que el derecho a la tutela judicial efectiva contiene el mandato *ex Constitutione* de plenitud de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, de plena justiciabilidad de todas las situaciones reguladas por el ordenamiento. Este mandato significa que no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico de los que deriven derechos subjetivos o intereses legítimos cuya vulneración no pueda ser residenciada ante los Tribunales. No cabe hacer exclusiones al acceso a la jurisdicción ni por razón del sujeto ni por razón del objeto⁷.

Ahora bien, el derecho a la tutela judicial efectiva no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos se formulan. Por decirlo gráficamente, no es sólo el derecho a traspasar el umbral de la puerta del Tribunal, sino el derecho a que, una vez dentro, éste cumpla la función para la que está instituido. En síntesis, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener del órgano judicial al que el justiciable se dirige una resolución sobre el fondo de la pretensión formulada, ya sea favorable o desfavorable, o una resolución de inadmisión de la misma. Lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva es el éxito de la pretensión⁸.

⁷ Así, sería claramente inconstitucional la norma legal que impidiera el acceso a la jurisdicción a cierto tipo de personas. Pero, lo que es más relevante —por ser más concebible la hipótesis—, también son inconstitucionales las normas legales que sustraen ciertas materias del conocimiento de los Tribunales. Así, por ejemplo, tempranamente declaró el TC derogados por el artículo 24. 1 CE aquellos preceptos legales [(art. 40 d) y f) LJCA de 1956)] que impedían el control por los Tribunales contencioso-administrativos de la legalidad de determinados actos administrativos (ATC 60/1980 y STC 39/1983). Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva ha traído consigo una drástica reducción de la noción de *acto político*. O, por poner otro ejemplo, se ha considerado inconstitucional una norma legal que imponía a las partes de una relación jurídica, salvo pacto en contrario de éstas, recurrir al arbitraje y no a la jurisdicción (STC 174/1995, sobre el artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres). Así pues, no hay derecho subjetivo o interés legítimo que pueda ser excluido de raíz de la tutela jurisdiccional. Naturalmente, salvo los derechos que la misma Constitución consagra, esto es, los derechos fundamentales, no es la Constitución la que define qué tipo de situaciones o intereses han de ser contemplados por el ordenamiento como derechos subjetivos o intereses legítimos. No hay una definición *ex Constitutione* de cuáles son los derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que tal definición corresponde al legislador. Ahora bien, lo que el artículo 24. 1 CE veda es que algo que el ordenamiento sustantivo configure como derecho subjetivo o interés legítimo quede ulteriormente huérfano de tutela jurisdiccional.

⁸ El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como el TC ha tenido ocasión de reiterar hasta la saciedad, no abarca el derecho a una sentencia favorable, es decir, no incluye el derecho a que la resolución de fondo que se dicte sea jurídicamente correcta. La razón es obvia: si el derecho a la tutela judicial efectiva —aunque la literalidad del artículo 24. 1 CE pudiera inducir a pensarlo— incluyera el derecho al acierto judicial o, en otros términos, la acción concebida, como hace un sector de la doctrina procesalista, como el derecho a una tutela jurisdiccional concreta, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contendría en su seno el conjunto del ordenamiento jurídico, lo que resulta desproporcionado como contenido de un derecho fundamental. Concebir el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho a una sentencia favorable supondría que cualquier error fáctico o jurídico de un órgano jurisdiccional en cualquier tipo de proceso supondría la vulneración de dicho derecho fundamental y al TC a través de recursos de amparo podrían llegar todos los pleitos y causas.

Así pues, el derecho a la tutela judicial efectiva no es el derecho a una sentencia favorable, sino, más modestamente, el derecho a obtener una resolución de fondo, sea favorable o desfavorable para los intereses de quien insta la actuación jurisdiccional. Ahora bien, lo que interesa subrayar es que, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución de fondo no es un derecho incondicionado. El derecho a obtener una resolución de fondo sólo se tiene si se cumplen todo un conjunto de *requisitos procesales* definidos por las leyes. El justiciable sólo tiene derecho a que el órgano judicial se pronuncie sobre el fondo de la pretensión que ha formulado si cumple con esos requisitos legalmente establecidos, que son de naturaleza procesal en la medida en que nada dicen acerca del fundamento de la pretensión. Es decir, es posible cumplir dichos requisitos procesales y que la pretensión sea infundada, con lo que el justiciable tendrá el derecho fundamental a que el órgano judicial se pronuncie sobre el fondo de la pretensión, aunque sea para desestimarla; y es posible también, al contrario, que una pretensión aparentemente fundada no llegue a ser examinada en cuanto al fondo porque falte algún requisito procesal establecido por la ley, con lo que el justiciable obtendrá una resolución meramente procesal o, como suele decir el TC, una resolución *de inadmisión* de la pretensión formulada ⁹.

⁹ Éste es el contenido dado por el TC al derecho a la tutela judicial efectiva de forma ininterrumpida desde sus primeras sentencias (*vid.*, por ejemplo, las SSTC 9/1981, 13/1981, 19/1981 y 11/1982 y, a partir de ellas, una lista interminable que resulta ocioso citar). A partir de lo dicho, la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal resulta evidente. Es el legislador el que establece, a través de un cúmulo de normas que constituyen buena parte del Derecho procesal, los requisitos que los justiciables deben cumplir para tener derecho a obtener un pronunciamiento de fondo. Esos *requisitos procesales* abarcan tanto lo que la doctrina procesalista denomina presupuestos procesales —que condicionan la validez del entero proceso— como los presupuestos, requisitos y condiciones de cada concreto acto procesal. El incumplimiento de lo que *lato sensu* el TC denomina *requisitos procesales* implica la carencia de ese derecho a un pronunciamiento de fondo y, en consecuencia, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se verá respetado si el órgano judicial dicta una resolución en la que aprecie la falta de algún requisito procesal. Ahora bien, no acaba aquí la virtualidad o el contenido de esta vertiente primordial del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho fundamental postula ulteriores exigencias tanto frente al legislador como frente a los órganos jurisdiccionales. Estas exigencias, sintéticamente expuestas, son las siguientes: 1^ª) Es el legislador el que debe establecer los requisitos procesales, para lo cual goza de un amplio margen de libertad, en el sentido de que dichos requisitos pueden variar en función del tipo de proceso, de la materia sobre la que el proceso verse o en función de otros múltiples criterios. Sin embargo, el legislador no es absolutamente libre a la hora de establecer requisitos procesales, puesto que no puede establecer requisitos arbitrarios, absurdos o desproporcionados, carentes de fundamento o de finalidad (*vid.*, por ejemplo, las SSTC 32/1991, 48/1995 y 76/1996). En la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva impone que como regla el justiciable obtenga una resolución de fondo, el legislador no puede condicionar la obtención de dicha resolución de fondo al cumplimiento de cualquier tipo de requisito procesal. Los requisitos procesales no constituyen un fin en sí mismos, sino que son claramente instrumentales de una adecuada administración de justicia, por lo que los mismos no pueden ser arbitrarios. De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva se erige en límite al legislador procesal y en rasero de la constitucionalidad de multitud de normas jurídico-procesales. El legislador no puede establecer requisitos procesales carentes de finalidad o en los que exista una manifiesta desproporción entre la finalidad perseguida y la carga que su cumplimiento supone para el justiciable, o, en fin, en los que se dé una desproporción entre la entidad del requisito y la consecuencia jurídica anudada a su incumplimiento. La previsión legal de un requisito procesal cuyo incumplimiento lleva anudado la conse-

En todo caso, conviene incidir en la idea de que el derecho de acceso a la jurisdicción es una cosa bien distinta del derecho a una resolución sobre el fondo. La virtualidad del primero consiste en que no existan, objetiva ni subjetivamente, ámbitos exentos de la jurisdicción; mientras que el segundo garantiza una resolución sobre el fondo si se cumplen los requisitos procesales. La importancia de su distinción radica en que, mientras el derecho de acceso es incondicionado, no está sometido a requisitos, el derecho a una resolución sobre el fondo, como se ha visto, sí lo está. De ello deriva una consecuencia particularmente importante y no siempre seguida con coherencia en la jurisprudencia constitucional: si una norma legal (o un tribunal en interpretación de una norma legal) establece un ámbito exento de la jurisdicción, una exclusión en el acceso a la justicia, dicha norma (o la aplicación de la misma) vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin más, sin que el juicio de constitucionalidad pase por una verificación acerca del carácter razonable y proporcionado de la exclusión. Frente a ello, las normas legales que establecen requisitos procesales y condicionan el derecho a una resolución sobre el fondo no son obviamente inconstitucionales sin más, sino sólo si el requisito no es razonable o la consecuencia jurídica anudada a su incumplimiento no guarda proporción con la entidad del mismo. Lo importante es que el test de razonabilidad y proporcionalidad propio del derecho a una resolución sobre el fondo no se aplique cuando lo que está en juego es el derecho de acceso a la jurisdicción. En este último caso, no hay que plantearse si la exclusión del acceso a la jurisdicción es razonable y proporcionada. Es inconstitucional sin más. A mi juicio, esta delimita-

ciencia de que la pretensión quede imprejuizada debe tener una finalidad razonable. 2ª) La interpretación y aplicación de las normas legales que establecen requisitos procesales corresponde obviamente a los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, en dicha labor de interpretación y aplicación de los requisitos procesales —y partiendo de la constitucionalidad de los mismos— el derecho a la tutela judicial efectiva impone a los órganos jurisdiccionales no sólo que las resoluciones de inadmisión estén fundadas en la aplicación razonada y razonable de una causa legal, sin realizar interpretaciones arbitrarias o carentes de base legal, sino que les impone también que se guíen por un criterio *pro actione* o de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, de modo que entre las interpretaciones posibles de un requisito procesal los órganos judiciales deben escoger la menos gravosa para la posibilidad de entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada y deben cuidar de que dicha interpretación respete la proporción entre la finalidad perseguida con el requisito y el efecto anudado a su inobservancia. Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva impone la regla de la subsanabilidad de los requisitos procesales, es decir, si la naturaleza del requisito procesal lo permite, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone a los órganos judiciales dar la oportunidad al justiciable de subsanar la falta del requisito procesal antes de proceder a dictar una resolución de inadmisión. La conclusión, como bien se ve, es que la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva implica establecer límites constitucionales a la regulación legal de todos y cada uno de los presupuestos procesales y de todos y cada uno de los requisitos de los actos procesales, así como límites constitucionales a las interpretaciones y aplicaciones que de los mismos hagan los Tribunales de Justicia. La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva para el ordenamiento procesal es inmensa e irradia su influencia a todas y cada una de sus normas. Sobre la base de la jurisprudencia esbozada en las líneas anteriores, el TC ha llevado a cabo una labor de fiscalización de la constitucionalidad de normas procesales y, aún en mayor medida, de depuración de interpretaciones de dichas normas, que ha abarcado una considerable multiplicidad de supuestos que resulta imposible ni siquiera enumerar. La jurisprudencia constitucional que se acaba de reseñar ha sido aplicada —bien es verdad que con matices diferenciadores, no exentos de contradicciones— a todo tipo de requisitos procesales.

ción entre ambas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva no es sólo una cuestión de claridad conceptual, sino que tiene una importante consecuencia a la hora de establecer el canon de constitucionalidad.

5. *Los llamados criterios pro actione y criterio de mera razonabilidad y no arbitrariedad. Necesidad de delimitación de su ámbito de aplicación respectivo. La falta de aplicabilidad del criterio pro actione frente al legislador*

El derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales o, en caso contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada igualmente fundada en Derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado. El derecho a la tutela judicial efectiva es claramente un derecho fundamental de configuración legal y de contenido complejo. Esa complejidad de contenido se traduce en que, como se viene reiterando, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un amplio número de vertientes o facetas (derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a una resolución de fondo, derecho a una resolución fundada en Derecho, derecho a los recursos, derecho a la ejecución, derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos y derecho a la tutela cautelar). Desde luego, no voy a adentrarme en estas líneas en la senda de describir ni siquiera someramente el contenido de cada una de esas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva. La reflexión que pretendo realizar es otra. Un análisis detenido de todas y cada una de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva permite sentar la conclusión de que a todas ellas subyace una *ratio* común: la imposición de un canon de razonabilidad y proporcionalidad a las normas procesales y a las interpretaciones de las normas procesales. En el fondo, el derecho a la tutela judicial efectiva no es sino el derecho a que las normas procesales que inciden en multitud de aspectos de la impartición de justicia, así como las interpretaciones que de dichas normas procesales se hagan, sean razonables y proporcionadas; es decir, las normas procesales y las interpretaciones de las mismas deben atender a una finalidad razonable y debe existir proporción entre dicha finalidad y los medios dispuestos por la norma para obtenerla. Ésta es la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, el problema consiste en que ese canon de razonabilidad y proporcionalidad puede ser formulado con grados diversos de intensidad o exigencia. Y el grado de intensidad de ese canon de razonabilidad y proporcionalidad determina obviamente el contenido del derecho fundamental. En este sentido, siguiendo la jurisprudencia constitucional, se pueden distinguir los que cabe denominar un *grado máximo* y un *grado mínimo* de intensidad

de ese canon de razonabilidad. El grado máximo es el que se condensa en la expresión principio *pro actione* o, en otros términos, principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva: las normas procesales deben ser elaboradas y ulteriormente interpretadas tendiendo a conseguir en todo caso el fin que cada faceta del derecho a la tutela judicial impone (acceder a la jurisdicción, obtener una resolución de fondo, acceder a los recursos, permitir la ejecución, etc.). El grado mínimo, por el contrario, es el que se condensa en la *mera razonabilidad y no arbitrariedad*: el respeto a la tutela judicial efectiva impondría solamente que tanto la norma procesal como la interpretación que de la misma se haga sean razonables y no arbitrarias. La existencia de un fin legítimo y una mínima proporción entre el fin y el medio serían suficientes para superar el juicio de adecuación a la Constitución. Las diferencias entre las exigencias que tanto al legislador como al aplicador del Derecho imponen cada una de estas dos formulaciones del canon de razonabilidad son claras.

El problema es que la jurisprudencia constitucional unas veces impone el grado máximo de razonabilidad mientras que en otros casos se conforma con el grado mínimo, esto es, unas veces impone el criterio *pro actione* o de interpretación más favorable y otras veces aplica el criterio de mera razonabilidad y no arbitrariedad. Las variantes en este punto son muchas, aunque la opción por un criterio u otro depende básicamente de cuál sea la faceta del derecho fundamental de que se trate. Así, por ejemplo, al día de hoy resulta claro, aunque al respecto se ha producido una clara evolución en la jurisprudencia constitucional, que mientras en materia de derecho a una resolución de fondo o derecho a la instancia debe aplicarse el canon de máxima razonabilidad, en materia de derecho a los recursos basta con el canon de mínima razonabilidad o de no arbitrariedad. Pues bien, la cuestión pendiente aquí es que la jurisprudencia constitucional aclare y precise en qué vertientes o facetas del derecho a la tutela judicial efectiva es aplicable —y por qué— el principio *pro actione* o de interpretación más favorable y en cuáles es aplicable el criterio de mera razonabilidad o no arbitrariedad. Porque más allá del ejemplo que se acaba de poner —el del derecho a una resolución de fondo y el derecho a los recursos— resulta difícil determinar cuál es el criterio que se deduce de la jurisprudencia constitucional para cada una de las facetas del derecho fundamental, siendo fundada la intuición de que ambos conviven pacíficamente —y contradictoriamente— en la jurisprudencia constitucional. E incluso en aquellos casos en que el TC ha delimitado la distinta aplicación de uno y otro criterio, como sucede con el derecho a una resolución de fondo en la primera o única instancia y el derecho a los recursos, aunque el fundamento de la distinta intensidad del derecho a la tutela judicial efectiva en uno y otro caso sea razonable, la distinción plantea interrogantes en aquellos casos en que una norma procesal establece un requisito que rige tanto en la instancia como en los recursos. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 45 LPL, declarado constitucional por la STC 48/1995, que establece el deber de comunicar al Juzgado competente al día siguiente hábil la presentación de es-

critos en los Juzgados de Guardia. Dicho requisito puede determinar la tempestiva presentación tanto de una demanda como de un recurso de suplicación. ¿Se puede sostener que las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad de la norma y de la interpretación que de la misma se haga son distintas en función de que el requisito establecido se aplique en la instancia o se aplique en un recurso extraordinario? Es posible que así sea, pero convendría profundizar en la reflexión, porque resulta de importancia capital —y afecta a casi todas las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva— precisar en qué casos y por qué el artículo 24. 1 CE impone una exigencia de máxima razonabilidad y proporcionalidad de la norma y en qué casos, por el contrario, impone solamente un canon de mera razonabilidad y no arbitrariedad de la norma y de las interpretaciones de la misma.

A lo dicho cabe añadir otras dos reflexiones de importancia, a mi juicio. En primer lugar, si ya constituye un problema que el TC no precise cuál es el respectivo criterio (el *pro actione* o el de mera razonabilidad y no arbitrariedad) aplicable en cada una de las facetas del derecho a la tutela judicial efectiva y por qué, aún resulta más grave que, por decirlo gráficamente, en vez de avanzar se retroceda. Así, el TC ha venido afirmando recientemente que el principio *pro actione* no impone realizar la interpretación más favorable de la legalidad reguladora de los requisitos procesales, sino que veda únicamente hacer interpretaciones formalistas, rigoristas o desproporcionadas de los mismos (v., por ejemplo, la STC 63/1999, f. j. 2)¹⁰. Es decir, ahora resulta, por decirlo llanamente, que el criterio *pro actione* ya no es el criterio *pro actione*, sino que habría pasado a asumir el mismo contenido que el canon de razonabilidad. De seguir esta línea, ya no habría que distinguir entre un criterio y otro, sino que habría que aplicar indiscriminadamente el mismo criterio de la razonabilidad de la decisión a todos los supuestos. El derecho a la tutela judicial efectiva pasaría a imponer un mismo grado de razonabilidad y proporcionalidad en todas sus vertientes. No digo que un giro así en la jurisprudencia constitucional no se pueda dar. Pero desde luego no debería ser un giro que se produjese de forma casi inadvertida y sin que el Pleno del TC se pronunciase al respecto. Y, además, me parece que el argumento no puede ser que el criterio de interpretación más favorable implica que el TC tenga que entrar a interpretar la legalidad procesal ordinaria y que eso no le corresponde. También el criterio de mera razonabilidad le impone al TC la misma tarea. Ése no puede ser el argumento. Ciertamente, en la aplicación por el

¹⁰ Aunque el conjunto del fundamento jurídico 2 de la STC 63/1999 se extiende sobre el particular, merece ser resaltada la siguiente afirmación: «... como concreta la STC 207/1998, el principio de interpretación *pro actione* no debe ser entendido como la selección forzosa de la solución más favorable a la admisibilidad de entre todas aquellas posibles —ya que tal exigencia llevaría al TC a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios—, sino como interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, fundamento jurídico 2º).

TC del criterio *pro actione* y del criterio de razonabilidad, tal y como venían siendo entendidos, existe una semejanza y una diferencia. La semejanza es que con ambos el TC tiene que entrar a interpretar la legalidad procesal. La diferencia estriba en que, caso de que quepan varias interpretaciones de la legalidad procesal, con el criterio *pro actione* se desemboca en imponer a los Tribunales ordinarios la más favorable a la efectividad del derecho fundamental (incluso aunque la interpretación alternativa fuera razonable y cupiera en el tenor literal del precepto legal), mientras que con el criterio de mera razonabilidad y no arbitrariedad el TC se limita a fiscalizar que la interpretación sustentada por el órgano judicial es razonable y no arbitraria (incluso aunque cupiera otra más favorable o incluso aunque desde el punto de vista de la legalidad procesal quepa dudar de que sea la más adecuada). Qué duda cabe de que el criterio *pro actione* supone una inmisión más intensa del TC en labores de interpretación de la legalidad. Pero ello no significa que en los demás casos esa labor no se dé. Significa que no se da con tanta intensidad. Y ello no es argumento sin más para desechar el criterio de interpretación más favorable. Ello no significa tampoco, como ya se ha dicho, que el TC no pueda, de forma más fundada y reposada, abandonar el criterio *pro actione* como definidor del contenido de ciertas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva.

En otro orden de cosas, conviene tener presente que criterio o principio *pro actione* y criterio de mera razonabilidad y no arbitrariedad, en cuanto raseros distintos de definición del contenido de las diversas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, tienen relevancia frente al juez, pero no frente al legislador. Frente al legislador, al enjuiciar la constitucionalidad de la ley procesal, no tiene sentido la distinción entre *pro actione* y mera razonabilidad. Sólo este segundo criterio opera y no el primero. Al legislador procesal no le es exigible que configure los presupuestos procesales de la manera más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Frente al legislador tampoco tiene sentido la jurisprudencia constitucional acerca de las mayores exigencias del artículo 24. 1 CE respecto de los requisitos procesales de la instancia en comparación con los recursos. Frente al legislador el derecho a la tutela judicial efectiva impone sólo el canon o límite de la razonabilidad y no arbitrariedad, en cuya aplicación, por cierto, el TC ha hecho gala de una particular deferencia hacia el legislador ¹¹. En este sentido, suscita cierta perplejidad la facili-

¹¹ Desde hace ya tiempo, se viene señalando que uno de los problemas que se detectan en la jurisprudencia del TC sobre el artículo 24 CE y, en particular, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, es un exceso de fiscalización de las interpretaciones de normas procesales y un déficit de fiscalización de la constitucionalidad de las normas procesales. Cabe pensar que éste es un fenómeno normal si se tiene en cuenta que el TC, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, debe llevar a cabo la interpretación conforme a la Constitución de la legalidad vigente. Así, excepto en los casos en que el TC llega a un juicio de inconstitucionalidad de un precepto legal, de sus pronunciamientos lo que cabe obtener son interpretaciones de las leyes conforme a la Constitución. Que este fenómeno se acentúe en el caso del artículo 24 CE puede estimarse igualmente normal, si se tiene en cuenta que los del artículo 24 CE constituyen, co-

dad con que, al socaire ya sea del criterio *pro actione* o incluso del de la razonabilidad de la decisión —da igual en este punto—, el TC enmienda la plana a los órganos judiciales ordinarios cuando interpretan las normas procesales y, sin embargo, cuando se enfrenta a la constitucionalidad de esas mismas normas procesales, las considera constitucionales. ¿Por qué el juez tiene un plus añadido de *razonabilidad* que al legislador no se le exige? ¿Por qué la deferencia frente al legislador y el rigor frente al juez? Creo que éste es el meollo de una importantísima reflexión que el TC debería realizar para, una vez realizada, adoptar criterios claros. Aquí caben, a grandes rasgos, dos líneas de actuación. Muy posiblemente ambas caben como interpretación de la Constitución. Pero lo que no caben son las dos a la vez, coexistiendo contradictoriamente. Es necesario escoger entre la una o la otra de manera clara e inequívoca.

mo ya se ha señalado, el paradigma de los derechos fundamentales de configuración legal. Resulta, portanto, absolutamente normal que en estos casos el TC interprete la Constitución al interpretar la Ley y viceversa. Asimismo, el hecho de que la inmensa mayoría de los pronunciamientos del TC sobre el artículo 24 CE se produzcan en recursos de amparo explica el fenómeno de que la jurisprudencia constitucional esté plagada de reinterpretaciones de normas procesales, que corrigen las interpretaciones de dichas normas realizadas previamente por los Tribunales ordinarios, siendo escasos, sin embargo, los supuestos en que el TC llega a la conclusión de que lo inconstitucional no es la interpretación de la norma, sino la norma misma. Por consiguiente, nada tiene de extraordinario, en principio, que de la labor del TC derive una mayor fiscalización de las interpretaciones de las normas procesales hecha por los Tribunales ordinarios que de la constitucionalidad de las normas mismas. Ahora bien, es incuestionable que este fenómeno resulta particularmente intenso en el ámbito del artículo 24 CE, resultando totalmente desproporcionada la ingente masa de resoluciones dictadas por el TC sobre el artículo 24 CE con el escasísimo número de preceptos legales que han sido declarados inconstitucionales por ser contrarios al mismo. Parece como si nuestro ordenamiento procesal fuese en términos generales conforme con el artículo 24 CE y que lo que resultara contrario al mismo fueran las interpretaciones de dicho ordenamiento procesal sostenidas por los Juzgados y Tribunales. Que a este fenómeno, sin embargo, subyace algo anormal lo prueba el hecho de que a menudo el TC no se atreve a extraer las mismas consecuencias cuando se enfrenta a la constitucionalidad de una Ley procesal que cuando se enfrenta a una determinada interpretación de dicha Ley procesal, es decir, por decirlo más llanamente, cuando resuelve un recurso o cuestión de inconstitucionalidad que cuando resuelve un recurso de amparo. Así, no han faltado casos en que el TC ha estimado un buen número de recursos de amparo por considerar contrarias al artículo 24 CE ciertas interpretaciones de un precepto procesal y, sin embargo, cuando ulteriormente se le ha planteado —o, incluso, se ha autocuestionado— la constitucionalidad de dicho precepto ha llegado a la conclusión de que el mismo es constitucional. En este sentido, como se ha indicado, el TC tiene una deferencia con el legislador procesal que no practica con los Tribunales ordinarios. No querría que se me malinterpretase. No estoy en absoluto propugnando que el TC emprenda una peligrosa senda de activismo que le conduzca a declarar inconstitucionales un gran número de preceptos procesales. Antes bien, lo que estoy manteniendo es que el TC debería meditar con mayor detenimiento sus reinterpretaciones de las interpretaciones de preceptos legales hechas por los Tribunales ordinarios. Pero no para practicar necesariamente el *self-restraint*, sino para cobrar mayor conciencia de los efectos de las interpretaciones que en sus sentencias se sostienen. Por decirlo también de forma gráfica, toda sentencia estimatoria de amparo en que se censura la interpretación de un precepto legal hecha por un Tribunal ordinario equivale a una sentencia interpretativa dictada en un procedimiento de inconstitucionalidad. Para acabar con esa desproporción existente entre ese exceso de fiscalización de interpretaciones de normas procesales y el déficit de fiscalización de la constitucionalidad de esas mismas normas procesales, la solución pasa por equiparar el canon del control que el TC ejerce sobre las decisiones judiciales y sobre las leyes procesales.

Cabe seguir manteniendo que frente al juez ciertos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva (si bien habría que decidir con claridad cuáles) exigen la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental. Con ello, sin duda, el TC habrá de llevar a cabo una labor más intensa de interpretación de la legalidad procesal, que le asemejará mucho a un tribunal de casación¹². Ahora bien, en tal caso, la coherencia obligaría al TC a hacer algo que hasta ahora no ha hecho: extender esa intensidad del control también al legislador. De ello se derivaría la exigencia de que, cuando se enfrentase a la constitucionalidad de la norma procesal y no sólo de una concreta interpretación judicial de la misma, el TC señalase no sólo cuáles son las interpretaciones de la norma conformes a la Constitución y cuáles no, sino que señalase cuál es la interpretación más favorable. En caso contrario, el TC incurriría —de hecho, lleva años haciéndolo— en una contradicción: imponer por vía de amparo determinadas interpretaciones de normas procesales que luego no impone cuando juzga su constitucionalidad. De este modo, el criterio *pro actione*, en pura lógica, exigiría que las sentencias del TC en procedimientos de inconstitucionalidad fueran siempre sentencias interpretativas. Ciertamente, este modo de proceder se aleja del que es el propio del TC como juez de la constitucionalidad de las leyes. Al fin y al cabo, siempre quedaría en el aire —sin despejarse la incógnita— por qué si existen varias interpretaciones constitucionales de una norma procesal, el TC puede imponer como única constitucionalmente admisible la más favorable de todas ellas. Quizás con ello estamos llegando a la demostración de la falta de fundamento del criterio *pro actione*.

O cabe, por el contrario, abandonar en todo caso el criterio *pro actione*, no imponer a los Tribunales que hagan la interpretación más favorable a la efectividad de la tutela de las normas procesales. El TC se limitaría en todo caso a verificar la razonabilidad y no arbitrariedad de la interpretación realizada. La intensidad del control frente al juez y frente al legislador se equipararían. La interpretación judicial sólo sería censurada en amparo si, elevada en hipótesis a la categoría de única interpretación posible de la norma en cuestión, debería concluirse que la norma es inconstitucional.

6. *La falta de una genuina jurisprudencia constitucional acerca del ámbito y límites de la técnica de la subsanación como imperativo constitucional*

Otro tema para la reflexión que plantea el derecho a la tutela judicial efectiva es el del ámbito y límites de la técnica de la subsanación. Como es sa-

¹² Quizás la prueba más palmaria de que ello es así es la de que cuando en casación el TS ha de resolver motivos procesales, invocar el criterio *pro actione* no deja de ser un brindis al sol, una frase de estilo sin consecuencias prácticas, porque es obvio que su función consiste en decidir cuál es la interpretación más correcta del precepto procesal cuestionado, de acuerdo con los tradicionales criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3 CC.

bido, el TC ha consagrado como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva la regla de la subsanabilidad de los requisitos procesales, que supone que el incumplimiento de los *requisitos procesales* —entendiendo por tales tanto los presupuestos procesales, que afectan a la validez del entero proceso, como los requisitos de los concretos actos procesales—, no debe traer como consecuencia la inadmisión de la pretensión sin haber otorgado la posibilidad de subsanarlo, caso de que se trate de un requisito subsanable. Esta regla, deducida como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, se encuentra recogida en el artículo 11.3 LOPJ: «Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido por las leyes».

Pues bien, sin duda, el camino recorrido hasta hoy debe ser juzgado positivamente. Pero ello no obsta para que se deba considerar necesaria una delimitación más precisa del ámbito de esta regla de subsanabilidad. La ampliación, cuando no lisa y llanamente introducción, de la técnica de la subsanación puede ser estimada sin exageración como una de las grandes contribuciones de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. A partir de la misma, no sólo se ha generalizado en nuestra cultura forense la técnica sanatoria, sino que por obra de sucesivas reformas procesales se han introducido normas sobre supuestos y procedimientos de subsanación de defectos procesales, si bien es precisamente en el ámbito legislativo en el que hoy por hoy más camino queda por recorrer. Debe ser el legislador el que identifique con claridad qué defectos procesales son subsanables, cómo y cuándo. No obstante, sentado lo anterior, siguen existiendo ambigüedades en torno a cuáles son realmente las exigencias deducibles del artículo 24. 1 CE en este campo, es decir, si existe y, en su caso, cuál es el ámbito en el que existe una exigencia constitucional de subsanabilidad de la falta de requisitos procesales. En este terreno son varias las preguntas básicas que hay que hacerse e intentar responder.

La primera y principal pregunta que debe ser contestada es si el derecho a la tutela judicial efectiva abarca o no el derecho a subsanar todo lo que sea por naturaleza subsanable o si, por el contrario, el legislador tiene un margen de opción para establecer qué tipo de requisitos son subsanables y cuáles no. En este sentido, la subsanabilidad o insubsanabilidad entra de lleno en el ámbito del canon no ya de razonabilidad, sino de proporcionalidad, es decir, la subsanabilidad de la falta de un requisito procesal da por supuesto que el requisito en sí mismo considerado es razonable, que atiende a una finalidad legítima, pero que podría ser desproporcionada la consecuencia jurídica de inadmisión anudada a su falta. Pues bien, la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el problema apuntado, aunque de la misma cabe deducir una posición favorable a la existencia de un margen de libertad del legislador para configurar los requisitos procesales como in-

subsanales. Piénsese que, estrictamente, los únicos requisitos procesales realmente insubsanales por naturaleza son los requisitos de tiempo¹³. Todos los demás podrían ser configurados como subsanales. Pues bien, aunque sea de forma tácita, la jurisprudencia constitucional parece partir del presupuesto de que un requisito procesal puede ser configurado por el legislador como insubsanable, pese a que por naturaleza no lo sea. De este modo, la configuración como insubsanable de un requisito procesal que podría haber sido configurado como subsanable no es sin más inconstitucional, sino que dicha conclusión sólo podrá alcanzarse tras establecer por qué en dicho caso la insubsanabilidad resulta desproporcionada. En síntesis, no hay un mandato *ex Constitutione* de subsanabilidad de todo lo subsanable. Si así fuera, aquí se acabaría el problema y habríamos hallado la solución al mismo.

Partiendo de la anterior premisa, cabe formular ulteriores preguntas que están necesitadas de respuesta. Así, cabe plantearse si la subsanabilidad, como elemento del canon de proporcionalidad del requisito procesal y de su interpretación, puede considerarse exigible en mayor medida en aquellos ámbitos en que opera el principio *pro actione* que en aquéllos en que opera el criterio de la mera razonabilidad o no arbitrariedad. Así, por ejemplo, ¿puede considerarse que el derecho a la tutela judicial efectiva impone una menor exigencia de subsanabilidad en los recursos que en la instancia? ¿Podría, por ejemplo, el mismo requisito considerarse subsanable en la instancia e insubsanable en los recursos? La lógica empuja a entender que sí: si lo que hemos llamado criterio *pro actione* o de interpretación más favorable y criterio de mera razonabilidad o no arbitrariedad no son sino las formulaciones máxima y mínima del canon de razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos procesales y de su interpretación, y la subsanabilidad se integra en el canon de proporcionalidad, la conclusión obviamente ha de ser que la exigencia de proporcionalidad puede variar de intensidad en un caso y en otro.

Con todo, el problema principal hoy por hoy, dada la falta de recepción generalizada de la técnica de la subsanación en nuestra legislación procesal, es si el derecho a la tutela judicial efectiva impone alguna solución acerca de la subsanabilidad de los requisitos procesales en caso de silencio del legislador al respecto. En un ordenamiento en el que las leyes procesales establecien-

¹³ No obstante, el TC ha considerado subsanales en ciertos casos los requisitos de tiempo, quizás para salvar su constitucionalidad. El paradigma es el ya derogado requisito de la *comunicación previa* en el proceso contencioso-administrativo (v. STC 76/1996). Ello plantea una cierta contradicción, puesto que si la comunicación debía ser *previa*, había que presumir en el legislador la voluntad de que se realizase en determinado momento y no después. Permitir la subsanación del requisito, pese al silencio del legislador al respecto, transformando lo insubsanable en subsanable, suponía en cierta medida una invasión por el TC de la esfera del legislador. Dicho de otro modo, ¿podría el TC declarar inconstitucional la insubsanabilidad de un requisito procesal sin declarar la inconstitucionalidad del requisito mismo, cuando la voluntad del legislador haya sido la de configurarlo como insubsanable?

ran en todo caso con claridad qué requisitos son subsanables, en qué momento o hasta qué momento procesal y a través de qué procedimiento, este problema sería menor o residual. En la actualidad, sin embargo, dada la falta de adecuación de algunas de nuestras leyes procesales a la técnica de la subsanación, este problema es capital y cotidiano. Pues bien, cabe afirmar que, aunque tampoco en este caso la jurisprudencia constitucional se haya pronunciado expresamente, la misma parece partir del criterio *favor sanationis*, es decir, en caso de silencio legal, la solución debe ser favorable a la consideración del requisito como subsanable. No queda claro, sin embargo, si este criterio favorable a la subsanabilidad es aplicable en todo caso o sólo en aquellas facetas del derecho a la tutela judicial efectiva en que rige el criterio *pro actione*. Por lo demás, el TC se ha encargado de aclarar que si respecto de determinado requisito procesal se llega a una conclusión favorable a la subsanabilidad, la falta de específica previsión legal en torno al procedimiento subsanatorio no debe ser obstáculo, debiendo los órganos judiciales en tales casos colmar la laguna procedimental. Si éstas son las conclusiones en cuanto al *si* y al *cómo* de la subsanabilidad, menos clara es la cuestión referente al *cuándo*, es decir, el problema de, ante el silencio legal, determinar hasta cuándo es subsanable un requisito procesal.

Finalmente, la delimitación del ámbito de la técnica de la subsanación exige analizar si constitucionalmente cabe establecer alguna modulación a la subsanabilidad en función de cuál sea la conducta de la parte. La cuestión consiste en determinar si la subsanación es una técnica objetiva, que debe estar abierta con independencia de cuál haya sido la conducta de la parte, o si se trata— o, al menos, puede ser configurada sin vulnerar el artículo 24.1 CE— como una técnica subjetiva. En este sentido, la conducta de la parte podría ser relevante en dos aspectos: el primero, la eventual negligencia de la parte en el incumplimiento del requisito procesal; el segundo, el posible abuso de los justiciables a la hora de incumplir requisitos que se consideran subsanables. En este terreno la jurisprudencia constitucional se mueve en la ambigüedad, pues existen tanto sentencias en las que se ha entrado a valorar la conducta de la parte a la hora de estimar o no vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, como sentencias en que el tema ha sido examinado desde un punto de vista estrictamente objetivo y sin referencia alguna a la conducta de la parte. A mi juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva no impone aquí solución alguna, es decir, el legislador es libre para determinar si la subsanabilidad ha de hacerse depender de la conducta de la parte. A falta de expresa previsión legal al respecto, la solución debe variar dependiendo de que la conducta de la parte pueda ser calificada como meramente negligente o como abusiva: en el primer caso, debe jugar el principio *favor sanationis*; en el segundo, sin embargo, el abuso no debe ser permitido, siendo el artículo 11.2 LOPJ fundamento suficiente para que el órgano judicial deniegue motivadamente la posibilidad de subsanación.

III. DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO

7. *La exigencia de motivación. La extrema delgadez de esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Los supuestos de ulteriores exigencias de motivación de las resoluciones judiciales*

Alguna reflexión debe ser hecha acerca de la exigencia de motivación de las sentencias y otras resoluciones judiciales que el TC considera que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a que se dicte una resolución *fundada en Derecho*. Cabe, en primer término, señalar la *extrema delgadez* que ha acabado por tener este contenido del derecho fundamental. Con ello se quiere decir que a la luz de la jurisprudencia constitucional resulta muy difícil que el TC considere que una resolución judicial carece de motivación. Y ello porque el TC ha ido flexibilizando notablemente las exigencias para entender que una resolución judicial está debidamente motivada, admitiendo las motivaciones por remisión a otras resoluciones, el uso de impresos cuando en ellos se contienen los motivos del caso concreto (por escuetos que sean), y afirmando hasta la saciedad que el derecho a la motivación no abarca una determinada extensión o calidad de la misma. De ahí que el número de recursos de amparo estimados por vulneración del derecho a la motivación sea realmente exiguo ¹⁴. También cabe que ello se deba a que nuestros Tribunales cumplen siempre bien con el deber de motivación ¹⁵.

No obstante, el tema que se quiere traer a colación en este epígrafe es otro. Al genérico deber de motivación de las resoluciones judiciales el TC ha añadido un específico deber de motivación de las resoluciones judiciales que limitan o restringen otros derechos fundamentales. Por ejemplo, la libertad personal garantizada en el artículo 17 CE o los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones garantizados en el artículo 18 CE. Así, un auto de prisión provisional o un auto que ordena una entrada y registro en un domicilio o autoriza unas escuchas telefónicas tienen *ex Constitutione* unas específicas exigencias de motivación, más allá de las que genéricamente impone el artículo 24. 1 CE. Además, el incumplimiento de esas específicas exigencias de motivación trae consigo una vulneración constitucional, pero no del derecho a la tutela judicial efectiva, sino del derecho fundamental sustantivo que a través de esa resolución

¹⁴ Siendo exiguo, no puede dejar de mencionarse el siguiente problema. Cuando el TC estima un recurso de amparo por falta de motivación y anula lo actuado para que el órgano judicial vuelva a dictar la resolución debidamente motivada, ¿puede éste alterar el sentido de la decisión o debe limitarse a adoptar la misma decisión que adoptó sólo que motivándola? El TC parece aceptar que la nueva decisión ya debidamente motivada (y adoptada años después que la primera) puede ser distinta.

¹⁵ No obstante, no deja de ser sorprendente que haya tan pocos amparos estimados por falta de motivación y, sin embargo, haya un número considerable de amparos estimados todos los años por incongruencia, tanto omisiva como por *extra petitum*. Es decir, nuestros Tribunales cometen más incongruencias que faltas de motivación.

judicial se haya limitado. No obstante, en ocasiones el TC afirma vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o declara que éste ha sido *también* vulnerado. Esto, en mi modesta opinión, o es incorrecto, o no añade nada y debería evitarse. Si ya se entiende vulnerado, por ejemplo, el artículo 17 CE, ¿para qué hay que decir que se vulnera también el artículo 24. 1 CE? Parece como si al declarar vulnerados dos derechos fundamentales en vez de uno se le diera más importancia a la cuestión. En estos casos en que existe un *derecho a una especial motivación*, ese derecho forma parte del derecho fundamental sustantivo en juego y no del derecho a la tutela judicial efectiva. Posiblemente se considere que se trata de una cuestión nominalista, pero, aparte de que no está de más propugnar la claridad conceptual, la opción por entender vulnerado el derecho fundamental sustantivo y no el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una repercusión importante. Si, pongamos por caso, se entiende que un auto de prisión está deficientemente motivado y que ello vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, lo lógico es anularlo y retrotraer las actuaciones al momento anterior a que se dictara para que se dicte un nuevo auto debidamente motivado. Si se entiende que esa falta de motivación de los requisitos específicos de la prisión provisional lo que viola es la libertad personal del sujeto, lo que procede es declararlo así, anular el auto y poner en libertad al sujeto. Pues bien, lo lógico es decantarse por esta segunda opción. En los casos en que está en juego otro derecho fundamental distinto de la pura y simple motivación y en los que esa motivación debe cumplir especiales exigencias para ser suficiente, no debería darse al órgano judicial una suerte de *segunda oportunidad*, porque lo que se viola no es el genérico derecho a la motivación, sino el derecho fundamental sustantivo y esa vulneración ya se ha producido y consumado ¹⁶.

8. *Un apunte sobre la incongruencia con relevancia constitucional*

Sobre la incongruencia con relevancia constitucional, no se advierten novedades relevantes en la jurisprudencia constitucional más reciente. Sigo pensando, como hace tiempo sostuve con Ignacio BORRAJO y Germán FERNÁNDEZ FARRERES ¹⁷, que la determinación de qué incongruencias tienen relevancia constitucional debe hacerse prescindiendo por completo de qué es lo que nuestro ordenamiento procesal vigente considera incongruente. Lo relevante debería ser, más allá de si la decisión judicial incurre o no en incongruencia desde el punto de vista legal, analizar si la omisión de pronunciamiento o el exceso de pronunciamiento, caso de —hipotéticamente— estar permitidos expresamente por la ley, serían constitucionales o no. A mi juicio, toda la jurisprudencia constitucional en este punto, con todo su casuismo, no

¹⁶ Y ello, sin perjuicio de que, en ciertos casos, nada impediría al órgano judicial volver a dictar la misma resolución debidamente motivada.

¹⁷ *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., pp. 77-93.

añade nada y la única repercusión práctica que tiene es la de poder denunciar las incongruencias en amparo. Es más, el tema de la incongruencia es, en el ámbito del artículo 24. 1 CE, sino el que más, uno de los que da lugar a la interposición de más recursos de amparo. Por otra parte, cabe señalar que el TC sigue estimando esporádicamente algún recurso de amparo por el carácter irrazonable o arbitrario de la decisión de fondo, lo que resulta a todas luces criticable y falta de fundamento ¹⁸.

¹⁸ Al respecto, me remito íntegramente a lo dicho en *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, cit., pp. 62-77.

